

TRANSCONSTITUCIONALISMO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA*

Marcelo NEVES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Diversidad de transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos*. III. *El transconstitucionalismo en un sistema jurídico mundial de niveles múltiples*. IV. *Límites y posibilidades del transconstitucionalismo entre condiciones empíricas, exigencia funcional y pretensión normativa*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

No se trata, en esta ponencia, de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal o local. El concepto apunta al desdoblamiento de problemas jurídicos que atraviesan los diversos tipos de órdenes jurídicos. Un problema transconstitucional implica una cuestión que envuelve a tribunales estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales (arbitrales), así como instituciones jurídicas locales nativas, en la busca de su solución.

En la primera parte de esta ponencia, el tema central será enfrentado de manera abarcadora: la diversidad de transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos.

En la segunda parte consideraré el transconstitucionalismo no sólo entre dos órdenes jurídicos, de misma especie o de tipos diferentes, sino también entre una pluralidad de órdenes jurídicos en un sistema mundial de niveles múltiples, caracterizado por jerarquías entrelazadas.

* Esta ponencia tiene como base mi libro *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009.

En el t3pico tres tratar3 de las perspectivas del transconstitucionalismo, tomando en consideraci3n sus l3mites y posibilidades, tanto frente a las condiciones emp3ricas de su realizaci3n y desarrollo como teniendo en cuenta el hecho de presentarse como una exigencia funcional y pretensi3n normativa de la sociedad mundial actual.

Por 3ltimo, presentar3 algunas observaciones finales.

II. DIVERSIDAD DE TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE 3RDENES JUR3DICOS

1. *Transconstitucionalismo entre derecho internacional p3blico y derecho estatal*

En la relaci3n entre 3rdenes jur3dicos internacionales y 3rdenes jur3dicos estatales surgen, cada vez con m3s frecuencia problemas jur3dico-constitucionales, cuya soluci3n interesa, simult3neamente, a los diversos 3rdenes envueltos. Son situaciones en las que m3s de un tribunal es invocado para la soluci3n del caso, sin que necesariamente existan normas de soluci3n de conflictos de competencia, o habiéndolas no haya convergencia en torno de ellas por parte de los respectivos tribunales. Desde el punto de vista del orden estatal, el creciente involucramiento de los tribunales constitucionales en esas cuestiones, en las cuales el modelo cl3sico de ratificaci3n viene paulatinamente perdiendo significado, les fortifica el car3cter de problemas constitucionales referentes a derechos humanos o fundamentales o concernientes a la cuesti3n de limitaci3n y control del poder, envolviendo pretensiones que sobrepasan el 3mbito de validez espec3fico del orden interno. Desde el punto de vista del orden internacional, eso significa la incorporaci3n de las cuestiones constitucionales en el 3mbito de competencia de sus tribunales, que levantan la pretensi3n de decidir con car3cter vinculante inmediato para agentes y ciudadanos de los Estados.

Podr3amos tratar aqu3 de varios casos fuera de Am3rica Latina, como, por ejemplo, la relaci3n entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y las culturas jur3dicas consolidadas de los 3rdenes constitucionales de los respectivos Estados europeos a 3l vinculados. Pero nos interesa aqu3 considerar ejemplos de la experiencia latinoamericana.

Una experiencia relevante de transconstitucionalismo entre orden internacional y orden estatal viene desarrollándose en la relación entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, instituido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y los órdenes constitucionales de los respectivos Estados signatarios que la ratificaran.¹ En ese contexto, no se trata simplemente de la imposición de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), creada y estructurada por el capítulo VIII (artículos 52 a 69) de la CADH, a los tribunales nacionales con competencias constitucionales. Éstos también revisan su jurisprudencia a la luz de las decisiones de la Corte. Tanto del lado de la CIDH, como por parte de las cortes estatales ha habido una disposición de diálogo en cuestiones constitucionales comunes referentes a la protección de los derechos humanos, de tal manera que se amplía la aplicación del derecho convencional por los tribunales domésticos.²

Un caso interesante respeta a la colisión entre el artículo 7o., núm. 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 5o., inciso LXVII, de la Constitución brasileña. Mientras esa disposición constitucional permite la prisión civil del depositario infiel, el dispositivo de la Convención la prohíbe. En el juzgado del RE 466.343/SP, del RE 349.703/RS y del HC 87.585/TO, el Supremo Tribunal Federal decidió, el 3 de diciembre de 2008, por mayoría, que los tratados y convenciones sobre derechos humanos, cuando no aprobados en los terminos procedimentales del artículo 5o., § 3o., de la Constitución federal (procedimiento idéntico al de una enmienda constitucional), tienen una jerarquía suprallegal, pero infraconstitucional. Ese caso acarreó una amplia discusión al respecto de la incorporación de los tratados de derechos humanos en el orden jurídico brasileño.³ Una tendencia en el análisis del caso fue la defensa de una solución en el sentido de la validez interna ilimitada del mencionado precepto de la ratificada Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en vista que esa norma llevaría a una amplia-

¹ A convenção foi adotada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, tendo entrado em vigor em 18 de julho de 1978, conforme o seu artigo 74, n.º 2. A respeito, ver Burgorgue-Larsen, 2009; Ortiz, 2009; sobre a discussão no Brasil, ver Oliveira (coord.), 2007, destacando-se o prefácio de Trindade, 2007. Para uma análise da jurisdição da CIDH, cf. Ramírez, 2008.

² *Cfr.* Ortiz, 2009, pp. 273 ss.; Burgorgue Larsen, 2009, pp. 309 ss.

³ RE 466.343/SP, RE 349.703/RS, HC 87.585/TO, julg. 03/12/2008, TP, DJ 12/12/2008.

ción de los derechos constitucionalmente establecidos, de tal suerte que el derecho en ella contenido estaría fundado en el artículo 5o., § 2o., de la Constitución federal.⁴ Pero también en la interpretación restrictiva en relación con el nivel de la validez interna del dispositivo da CADH, no se excluye una solución positiva para la ampliación práctica de los derechos fundamentales: el argumento en favor de la validez supralegal e infraconstitucional de la Convención ratificada sirve a una decisión en el sentido de que la Constitución apenas admitió la prisión del depositario infiel; entonces, el derecho infraconstitucional podría decidir libremente al respecto de la permisón o prohibición y, en esta hipótesis, el pacto internacional tendría primacía sobre el Código Civil brasileño.⁵ Solamente la manutención de la orientación dominante anteriormente en la tradición jurídica brasileña, o sea, la concepción de que los actos internacionales ratificados tienen el nivel de validez de una ley ordinaria, podría llevar a un conflicto insuperable entre el STF y la CIDH, pues el Código Civil brasileño entró en vigor después de la ratificación del tratado y, en ese caso, prevalecería la máxima *lex posterior derogat priori*.⁶ Mantenido esa posición, el STF estaría rompiendo un diálogo constitucional con la CIDH en torno a la comprensión de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Sin embargo, en la discusión que se trató, parece claro haber sido colocado en primer plano el esfuerzo con vista a la for-

⁴ Posição defendida pelo ministro Celso Melo, em voto condutor da divergência, com apoio nas obras de Trindade, 2003, pp. 407 s.; Piovesan, 2008a, pp. 51-77; Mazzuoli, 2001, pp. 147-50; 2007, pp. 682-702. Mello (2001, pp. 25 s.) vai além e sustenta o caráter supraconstitucional dos tratados e convenções sobre direitos humanos.

⁵ Posição defendida pelo ministro Gilmar Mendes, em voto condutor da maioria. Nesse sentido, ver Mendes, Coelho e Branco, 2007, pp. 665 ss.

⁶ Jurisprudência consolidada pelo STF no julgamento do RE 80.004/SE, julg. 01/06/1977, DJ 29/12/1977. A respeito dessa jurisprudência, ver Mendes, Coelho e Branco, 2007, pp. 659 ss. Essa ainda é a posição de Dimoulis e Martins (2007, p. 50) para os tratados não aprovados nos termos do § 3.º do artigo 5.º da Constituição Federal. Pontes de Miranda (1960, p. 225), embora equiparasse hierarquicamente o tratado à lei ordinária, afirmava: “A Constituição não pode atingir tratado anterior sem ser dentro das cláusulas que o próprio tratado, válido em direito das gentes, contém para a denúncia dele, ou a ab-rogação das suas regras. Assim, o primado do direito das gentes, então, é indiscutível. [...] Os escritores incidiram, a respeito, em graves confusões, oriundas de assimilação inconsiderada entre o tratado anterior à Constituição e o tratado posterior à Constituição.”

mación de una racionalidad transversal, que se muestre soportable para ambos órdenes jurídicos envueltos.⁷

Del lado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe destacar la importante sentencia en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, referente a la participación democrática de miembros de la comunidad indígena, afiliados al partido Yatama, a quienes se les prohibió presentarse para la elección municipal del 5 de noviembre de 2000, por fuerza de decisión del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua.⁸ La CIDH no sólo condenó al Estado de Nicaragua a indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, sino que también determinó que se procediera a la reforma de la respectiva ley electoral. Aquí se presenta un ejemplo claro en que la ampliación de derechos fundamentales constitucionales encontró apoyo en norma del orden internacional, invocada para dirimir el conflicto: la propia comprensión del derecho interno de ciudadanía activa, materia intrínsecamente constitucional, quedó vinculada a regulaciones internacionales, pasando a depender de la interpretación de un tribunal también internacional.

Pero hay experiencias en el sentido inverso, en las cuales la norma internacional de protección de los derechos humanos a ser invocada puede presentarse como una restricción a derechos fundamentales de la Constitución estatal. Ése es el caso de la colisión entre la Constitución brasileña y el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, que fue adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor en el orden internacional el 1o. de julio de 2002, habiendo sido ratificado por Brasil mediante el Decreto Legislativo núm. 112, de 2002. Mientras el artículo 77, núm. 1, alinea *b*, del Estatuto de Roma, prevé la prisión perpetua (“si el elevado grado de la ilicitud del hecho y las condiciones personales del condenado la justificaran”), esa pena es prohibida conforme el artículo 5o., inciso XLVII, alinea *b*, de la Constitución federal. A pesar de que al artículo 5o., § 4o., de la Constitución federal, introducido por la Enmienda Constitucional núm. 45, de 2004, haya establecido que “Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación tenga manifestado adhesión”, la cuestión permanece problemática, teniendo en cuenta que,

⁷ Parto, aquí, do conceito de “razão transversal”, proposto por Welsch (1996), mas dou-lhe contornos mais estritos, ao utilizar a expressão “racionalidade transversal”. *Cfr.* Neves, 2009.

⁸ Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sentença de 23/06/2005.

de acuerdo con el artículo 60, § 4o., inciso IV, del diploma constitucional brasileño, la veda de penas de “carácter perpetuo”, incluida en el catálogo de los derechos y garantías individuales, no puede ser abolida, por ser cláusula pétrea. Por un lado, la comprensión de derechos humanos por el derecho internacional público parte de las preocupaciones con los crímenes escandalosos y chocantes contra la humanidad. Por otro, el punto de partida de la comprensión constitucional brasileña de los derechos fundamentales reside en el entendimiento de que la prisión perpetua viola los derechos humanos. Una solución unilateral no es adecuada en ese caso. De acuerdo con los casos precedentes, hay la tendencia en la jurisdicción constitucional brasileña de exigir una condición específica para la extradición del supuesto criminoso a ser procesado, o del criminoso ya condenado por el Tribunal Penal Internacional (TPI): él solamente será entregado si la prisión perpetua fuera conmutada en una pena de, como máximo, treinta años.⁹ Aunque, a rigor, no se trate de extradición en la hipótesis de un tribunal internacional, pues el concepto de extradición se refiere a la relación entre Estados, esa solución podrá ser adoptada para los casos de pedido al Brasil de la *entrega* de criminosos, acusados o indiciados al Tribunal Penal Internacional.¹⁰ Ésa es una solución intermediaria, que, si bien que no sea enteramente compatible con el Estatuto de Roma, puede ser soportada por el Tribunal Penal Internacional en una posición constructiva y dispuesta al aprendizaje. La cuestión podrá tornarse más problemática si el STF considerara la hipótesis como una de “extradición”, y afirmar su jurisprudencia de no-extradición de brasileños, en los términos del artículo 5o., inciso LI, de la Constitución brasileña. En ese caso, no sería tan simple la solución del conflicto normativo. Sin embargo, no parece correcta, como ya fue adelantado, la extensión semántica de ese precepto, en el sentido de que esa prohibición valga también para la en-

⁹ Confirmando os precedentes na experiência jurisprudencial mais recente, cf. os seguintes casos de extradição, todos decididos por unanimidade pelo Pleno do STF: Ext. 1.104/UK – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, julg. 14/11/2008, DJe 25/06/2008; Ext. 1.103 – Estados Unidos da América, julg. 13/03/2008, DJe 07/11/2008; Ext. 1.060/PU – Peru, julg. 15/10/2007, DJe 31/10/2007; Ext. 1.069/EU – Estados Unidos da América, julg. 09/08/2007, DJe 14/09/2007.

¹⁰ *Cfr.* Maliska, 2006, pp. 188 s., que ainda admite a hipótese da entrega ao TPI sem essas condições (p. 189), o que me parece incompatível com os precedentes jurisprudenciais brasileiros e implicaria a quebra de “cláusula pétrea”. A respeito, ver Sabadell e Dimoulis, 2010.

trega del criminoso, acusado o indiciado al TPI, pues la extradición se refiere a la relación entre Estados. Sin duda, admitida esa interpretación del concepto de extradición, todavía surgirán nuevamente problemas por la invocación del artículo 60, § 4o., inciso IV, de la Constitución, que no permite la abolición de garantías de derechos fundamentales (“cláusulas pétreas”). El rumbo de los desarrollos en ese contexto normativo permanece abierto. No obstante, la disposición para el aprendizaje en ambos lados, mediante la formación de una red transversal constructiva, o sea, el transconstitucionalismo, es decisivo para el suceso en esa área de colisión. Internacionalismo y nacionalismo, en esa hipótesis, podrán llevar a actitudes destructivas para los derechos humanos o fundamentales.

Esos ejemplos en torno al transconstitucionalismo entre órdenes internacionales y órdenes estatales apuntan hacia la necesidad de superación del tratamiento provinciano de problemas constitucionales por los Estados, sin que eso nos lleve a la creencia, en la *ultima ratio*, del derecho internacional público: no sólo aquéllos, pero también éste puede equivocarse cuando es confrontado con cuestiones constitucionales, inclusive con problemas de derechos humanos.

2. *Transconstitucionalismo entre derecho supranacional y derecho estatal*

Si restringimos el concepto jurídico de supranacionalidad para una organización fundada en un tratado que atribuye, para sus propios órganos, competencias de naturaleza legislativa, administrativa y jurisdiccional abarcadora en ámbito personal, material, territorial y temporal de validez, con fuerza vinculante directa para los ciudadanos y órganos de los Estados miembros, podemos afirmar que la Unión Europea constituye la única experiencia de supranacionalismo.¹¹ Es verdad que se puede observar un desarrollo de supranacionalidad en el ámbito de la Comunidad

¹¹ Nesse sentido, Langer (1995, p. 50) afirma que, “praticamente, só no caso da União Européia é correto falar de uma ‘organização supranacional’”. No mesmo sentido, afirma Grimm (2001a, p. 161): “Instituições supranacionais com grau de intensidade semelhante [à da União Européia] não há, até agora, nem fora da Europa nem em escala global.”

Andina.¹² Otro ejemplo es el que da Corte Centroamericana de Justicia, que dispone inclusive de competencia para decidir sobre conflictos internos entre los poderes de cualquiera de los Estados bajo su jurisdicción.¹³ Pero, en ambos los casos, las experiencias todavía permanecen limitadas prácticamente a la dimensión de la competencia judicial. De ahí que no consideraré, en esta ponencia, el transconstitucionalismo entre orden estatal y orden supranacional en la experiencia latinoamericana.

3. *Transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos estatales*

Entre cortes de diversos Estados se desarrolla, de manera cada vez más frecuente, una “conversación” constitucional mediante referencias recíprocas a decisiones de tribunales de otros Estados.

Podríamos apuntar varios casos de transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos estatales más allá de América Latina, que analicé en mi libro, entre los que podemos destacar: en los Estados Unidos, los casos *Lawrence vs. Texas* y *Roper vs. Simons*; en Canadá, *Harvard College vs. Canada*; en África del Sur, *State vs. Makwanyane*; en Inglaterra, *Derbyshire County Council vs. Times Newspaper Ltd. And others*. Pero nos interesa, en esta ponencia, especialmente la experiencia latinoamericana.

También en América Latina hay una vieja tradición de referencias a dispositivos, jurisprudencias y doctrinas constitucionales extranjeras. A pesar de que la influencia de los Estados Unidos, especialmente en virtud de la fuerte influencia del modelo constitucional de ese país en el origen del constitucionalismo latinoamericano, haya sido por mucho tiempo dominante, también el derecho constitucional de los países europeos y la respectiva jurisprudencia fueron invocados crecientemente, destacando la influencia reciente del constitucionalismo alemán. Es verdad que, históricamente, las referencias a los textos, doctrinas y jurisprudencia constitu-

¹² A respeito da afirmação da supremacia ou primazia do direito da Comunidade Andina em relação ao direito nacional, *cf.*, entre muitas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, os julgamentos dos seguintes casos: Processo núm. 1-IP-87; Processo núm. 50-IP-2008; Processo núm. 67-IP-2008. Sobre o significado desse Tribunal, véase Perotti, 1998; Toledo, 2009.

¹³ A respeito, *cf.* Perotti, 2002.

cional extranjera, en gran parte, han sido expresión de “bacharelismo”,¹⁴ que se presentaron en los votos “retóricos” de los magistrados como prueba de erudición, sin cualquier vínculo de relevancia argumentativa con el caso *sub judice*. No obstante, se observa, particularmente en la jurisprudencia reciente, la tendencia de inclusión de referencia a textos constitucionales y precedentes jurisdiccionales de Estados extranjeros como parte no sólo del *obter dictum*, sino también de la *ratio decidendi*.

Por ejemplo, en la experiencia brasileña más reciente, el transconstitucionalismo, con otros órdenes jurídicos estatales, se viene desarrollando sensiblemente en el ámbito del Supremo Tribunal Federal. En decisiones de gran relevancia en materia de derechos fundamentales, la invocación de la jurisprudencia constitucional extranjera no se presenta apenas en los votos singulares de los ministros, pero se expresa en las decisiones colegiadas, como parte de la *ratio decidendi*. En el juzgado histórico del *Habeas Corpus* núm. 82.424/RS, el 17 de noviembre de 2003, el Pleno del STF, por caracterizar como crimen de racismo la publicación de libro con contenido antisemítico (negación de la existencia del holocausto) y, por tanto, sostener su imprescriptibilidad, rechazó, por mayoría, el pedido, en el ámbito de una discusión en que la invocación de la jurisprudencia constitucional extranjera fue fundamental.

En los votos de los ministros hubo una amplia discusión sobre precedentes jurisprudenciales, dispositivos constitucionales y legislación de Estados extranjeros, siendo relativamente insignificante la referencia a la jurisprudencia nacional e internacional.¹⁵

Innumerables casos podrían ser citados en los cuales las decisiones judiciales extranjeras invocadas, si bien no hagan por sí sólo parte de la *ratio decidendi*, contribuyen para la formación de los argumentos que la constituyen.

¹⁴ O termo “bacharelismo” refere-se a um distanciamento retórico da pesquisa, atingindo não apenas os bacharéis em direito, mas também médicos, engenheiros, economistas e outros (Chacon, 1969, p. 21). Contra o uso generalizado e simplista dessa expressão em relação aos juristas brasileiros, *cf.* Saldanha, 1978. Sobre as diversas concepções de bacharelismo, véase Venancio Filho, 1977, pp. 271 y ss.

¹⁵ *Cfr.* Extrato do julgamento do HC 82.424/RS, julg. 17/11/2003, TP, DJ 19/03/2004.

4. *Transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos estatales y transnacionales*

Una de las dimensiones más interesantes del transconstitucionalismo se refiere a la relación de los órdenes jurídicos estatales con órdenes jurídicos transnacionales en sentido estricto, o sea, con órdenes normativos que son construidos primariamente no por Estados o a partir de Estados, pero sí por organizaciones o actores privados o casi públicos.

También aquí podríamos analizar varios casos de transconstitucionalismo entre derecho estatal y orden transnacional, ya sea en relación con la *lex mercatoria*, con la *lex sportiva* y con la *lex digitalis*, los cuales examiné en mi libro. Pero también aquí consideraré la experiencia latinoamericana.

Observemos la decisión del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS), del 17 de mayo de 2007, en la cual, cuanto al propio mérito, se negó la decisión tomada en el ámbito del derecho nacional.¹⁶ En ese caso, la Agencia Mundial Antidoping (World Anti-Doping Agency, WADA) interpuso recurso contra una decisión tomada por la Comisión Disciplinaria de la Federación Mexicana de Fútbol y también contra una decisión del órgano jerárquico superior del Ministerio de los Deportes de México, la Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte (CAAD), que desconsideraron laudo de laboratorio (Olympic Analytical Laboratory de la Universidad de California, UCLA) fichado por la WADA. El TAS anuló la decisión de esta Comisión Disciplinaria ya que declaró que la decisión de la CAAD no tenía “ningún efecto en el sistema de sanciones establecidas en los Estatutos y Reglamentos de la FIFA”.¹⁷ En consecuencia, teniendo en vista que se trataba de la segunda vez que el jugador era condenado por el uso de la misma sustancia anabólica (en la primera vez fue condenado a un año de suspensión), lo declaró excluido de manera inmediata y vitalicia de cualquier competición en el ámbito de la FIFA.¹⁸

Para juzgar e imponer decisión contra el órgano de arbitraje estatal, el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) invocó fundamento típicamente constitucional: la igualdad de tratamiento de los diversos atletas envueltos en los deportes transnacionales. El TAS rechazó perentoriamente el

¹⁶ Sentenças núms. 2006/A/1149 e 2007/A/1211, extrato e comentário oferecidos por Loquin, 2008, pp. 259-72.

¹⁷ Loquin, 2008, p. 270.

¹⁸ *Ibidem*.

argumento del “el laboratorio más favorable”, propuesto por el jugador, con base en el hecho de que obtuviera un resultado negativo en análisis ofrecido por el laboratorio no fichado por la WADA. Residiendo el fundamento de esa prevalencia del juzgado del TAS sobre la decisión estatal del CAAD en la necesidad de “asegurar el tratamiento igual y consistente de todos los participantes de un deporte”,¹⁹ se observa que aquí está presente el problema potencial de una colisión entre el principio constitucional de la igualdad, afirmado por el orden jurídico deportivo transnacional, y el principio de la amplia defensa, basado en el orden interno del Estado de derecho, y alegado de manera implícita por el jugador. Por tanto, ésta es una cuestión que se encuadra plenamente en el ámbito del transconstitucionalismo, exigiendo conversaciones constitucionales constructivas entre orden jurídico transnacional y orden jurídico estatal.

Por fin, cabe observar que los entrelazamientos transconstitucionales entre órdenes transnacionales y órdenes estatales difícilmente se presentan de forma aislada. En virtud de la diversidad de tipos de órdenes transnacionales y, en muchos casos, de su carácter informal, el involucramiento de ellas con problemas transconstitucionales ocurre, en regla, simultáneamente con una pluralidad de órdenes de tipos diferentes: estatales, internacionales, supranacionales y locales. También por atravesar diversas especies de orden jurídico, los órdenes transnacionales en sentido estricto están intrínsecamente envueltos de forma más directa con el transconstitucionalismo en un sistema mundial de “niveles” múltiples entrelazados.

5. Transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos estatales y órdenes locales extraestatales

Otro lado del transconstitucionalismo apunta para la relación problemática entre los órdenes jurídicos estatales y los órdenes extraestatales de colectividades nativas, cuyos presupuestos antropológico-culturales no se compatibilizan con el modelo de constitucionalismo del Estado. Evidentemente, en ese caso, se trata de órdenes arcaicos que no disponen de principios o reglas secundarias de organización y, por consecuencia, no se encuadran en el modelo reflexivo del constitucionalismo. En rigor, ellas no admiten problemas jurídico-constitucionales de derechos huma-

¹⁹ Loquin, 2008, p. 262.

nos y de limitación jurídica del poder. Órdenes normativos de esa especie exigen, cuando entran en colisión con las instituciones del orden jurídico constitucional de un Estado, un “transconstitucionalismo unilateral” de tolerancia y, en cierta medida, de aprendizaje.

La experiencia latinoamericana es rica de problemas jurídico-constitucionales decurrentes del entrelazamiento entre órdenes normativos nativos y órdenes constitucionales de los Estados, especialmente en lo que concierne a los derechos fundamentales.

Uno de los casos más delicados se presentó recientemente en la relación entre el orden jurídico estatal brasileño y el orden normativo de los indios Suruahá, habitantes del municipio de Tapauá, localizado en el Estado de Amazonas, los cuales permanecieron aislados voluntariamente hasta finales de la década de 1970.²⁰ Conforme el derecho consuetudinario de los Suruahá, es obligatorio el homicidio de los recién nacidos cuando tengan alguna deficiencia física o de salud en general. En otra comunidad, la de los indígenas Yawanawá, localizada en el Estado de Acre, en la frontera entre Brasil y Perú, hay un orden normativo consuetudinario que determina que se quite la vida a uno de los gemelos recién nacidos. En ese contexto, también se tornó público el hecho de que las prácticas de ese tipo eran comunes entre los Yanomami y otras etnias indígenas. Esa situación llevó a polémicas, pues se trataba de un conflicto prácticamente insoluble entre derecho de autonomía cultural y derecho a la vida. La repercusión pública de la costumbre de los Suruahá llevó a la proposición, por parte del diputado federal Henrique Afonso, representante del Estado de Acre, del Proyecto de Ley núm. 1.057, de 2007, destinado específicamente a la criminalización de esa práctica. Las hipótesis previstas en el proyecto corresponden a prácticas verificadas en las comunidades indígenas localizadas en el territorio del Estado brasileño. Ese proyecto dio lugar a una audiencia pública en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados.²¹ A pesar de que no logró éxito, hasta ahora, el contexto en que fue elaborado y la discusión que engendró apuntan para un caso singular

²⁰ Segato, 2009, p. 8. As páginas citadas correspondem ao formato do arquivo original que me foi oferecido gentilmente pela autora, pois o texto ainda não foi publicado com paginação. Já há uma versão na internet (também indicada na bibliografia), mas sem paginação.

²¹ Convocada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados em agosto de 2007 e realizada em 5 de setembro de 2007 (*cf.* Segato, 2009, pp. 1-15).

de diálogo transconstitucional entre orden jurídico estatal y órdenes normativos locales de las comunidades indígenas.

Los creadores y defensores del proyecto de ley partieron primariamente del carácter absoluto del derecho fundamental individual a la vida, en los términos de la moral cristiana occidental. Secundariamente, también contribuyó, para la proposición del proyecto, el derecho fundamental de la madre a la maternidad. Esa postura unilateral por la imposición de los derechos individuales en detrimento de la autonomía cultural de las comunidades no pareció adecuada para los que se manifestaron en torno del problema en una perspectiva antropológica más abarcadora. La simple criminalización de las prácticas indígenas, en nombre de la defensa del derecho a la vida, puede ser vista como un verdadero genocidio cultural, la destrucción de la propia comunidad, destruyendo sus creencias más profundas.

Con intensa participación en el debate, inclusive en la audiencia pública realizada el 5 de septiembre de 2007 en la Cámara de los Diputados,²² las ponderaciones de la antropóloga Rita Laura Segato contribuyeron positivamente para el esclarecimiento de esa colisión de órdenes jurídicos, apuntando para la necesidad de un diálogo entre órdenes normativos, en términos que se encuadran en un modelo constructivo de transconstitucionalismo. En el contexto del debate, Segato reconoció que tenía por delante la “tarea ingrata de argumentar contra esa ley, pero al mismo tiempo hacer una apuesta fuerte en la transformación de la costumbre”.²³ En el ámbito de su argumentación, ella invocó investigación empírica sobre los Suruahá, en la cual se verificó que en un grupo de 143 miembros de la comunidad indígena, entre 2003 y 2005, hubo dieciséis nacimientos, veintitrés suicidios, dos homicidios de recién-nacidos (denominados por los antropólogos “infanticidio”, sin el sentido técnico-jurídico del tipo penal) y una muerte por enfermedad. O sea, mientras 7.6% de las muertes ocurrieron por “infanticidio”, hubo 57.6% muertes por suicidio entre los Suruahá. Esa situación apunta una comprensión de la vida muy distinta de la concepción cristiana occidental. Entre esa comunidad indígena, la vida sólo tiene sentido si no es marcada por excesivo sufrimiento para el individuo y la comunidad, si sea una vida tranquila y amena. Así se

²² *Cfr.* Segato, 2009, pp. 15 y ss.

²³ *Ibidem*, p. 2.

justificaría el homicidio de recién nacido en determinados casos.²⁴ El significado atribuido a la vida y a la muerte por los Suruahá no sería menos digno de que el sentido que les atribuye el cristianismo: “También constatamos que se trata de una visión compleja, sofisticada y de gran dignidad filosófica, que nada tiene a perder para los cristianismos”.²⁵ El argumento es fortificado con la referencia a la práctica Yanomami, en la cual la mujer tiene derecho absoluto sobre la vida de sus recién nacidos. El parto ocurre en ambiente natural, fuera del contexto de la vida social, dejándose la opción a la madre: “si no toca el bebé ni lo levanta en sus brazos, dejándolo en la tierra donde cayó, significa que éste no ha sido acogido en el mundo de la cultura y las relaciones sociales, y que no es, por lo tanto, humano. De esa forma, no se puede decir que ha ocurrido, desde la perspectiva nativa, un homicidio, pues aquello que permaneció en la tierra no es una vida humana”.²⁶ Esa concepción tan diversa de la vida humana importa realmente un delicado problema, que, también me parece, es incompatible con una mera imposición de concepciones externas sobre la vida y la muerte, mediante aquello que, en otro contexto, llamé paradójicamente de “imperialismo de los derechos humanos”.²⁷ Y eso es válido no apenas desde un punto de vista antropológico-cultural o antropológico-jurídico, pero también en la perspectiva específica de un derecho constitucional sensible al transconstitucionalismo.

Se impone en ese contexto considerar la colisión entre dos perspectivas diversas de los derechos, para no “hacer injusticia” mediante la imposición de una, la del orden de los más fuertes, a la otra, la del orden de los más flacos. De un lado está el derecho a la autonomía colectiva, del otro el derecho a la autonomía individual. Simplemente someter aquel, considerado expresión de una forma ética de vida, a éste, considerado expresión de una moral universal que se presenta como base de los derechos humanos,²⁸ no parece la solución más oportuna en un modelo de

²⁴ *Ibidem*, pp. 8 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 9.

²⁶ *Ibidem*, p. 10.

²⁷ Neves, 2005, pp. 23-27.

²⁸ Klaus Günther, embora sustente que “a aplicação adequada de normas jurídicas não pode, *sem fundamento*, ofender formas de vida” (grifo meu), mostra-se antes favorável a uma tal orientação, quando sustenta que “as colisões entre princípios de justiça e orientações da vida boa [*des guten Lebens*], no nível pós-convencional, só podem ser resolvidas universalmente, portanto, em favor da justiça” (1988, p. 196). Cabe advertir, po-

transconstitucionalismo. Al contrario, en ese contexto de colisión radical entre el orden jurídico estatal y los órdenes normativos indígenas, hay que considerar y ponderar entre “el derecho a la vida del sujeto individual y el derecho a la vida del sujeto colectivo”, como arguye Segato.²⁹ En este caso, la “Ultracriminalización” de las prácticas del homicidio de recién nacidos practicadas en el interior de las comunidades indígenas, propuesta en el Proyecto de Ley núm. 1.057/2007, podría ser “etnocida, al eliminar valores culturales indispensables a la vida biológica y cultural de un pueblo”.³⁰ Siendo así, tal solución legal tendría implicaciones de difícil compatibilización inclusive con el orden constitucional del Estado brasileño.³¹ Parece ser necesaria, en esas circunstancias, la búsqueda de otros caminos.

La propuesta que parece más adecuada al transconstitucionalismo reside en garantizar la “jurisdicción o foro étnico”, para que cada comunidad indígena “resuelva sus conflictos y elabore su disenso interno por un camino propio”.³² Eso no implica simplemente tolerancia del más poderoso, tampoco tolerancia frente al intolerante,³³ sino que se trata de capacidad de admitir la autonomía del otro, o sea, de la esfera de comunicación, del juego de lenguaje o de la forma de vida diferente del nativo, no sometida a los modelos del constitucionalismo estatal. Mucho menos cabe hablar de sociedades “decentes” e “indecentes”, o sea, dignas o indignas del diálogo con las sociedades “liberales” del Estado democrático constitucio-

rém, que nos termos da teoria habermasiana da ação comunicativa e do discurso, segundo a qual Günther se orienta, haveria, no caso, a colisão entre uma moral pós-convencional e uma pré-convencional. Sobre os níveis do desenvolvimento da consciência moral na teoria da evolução social de Habermas, véase Neves, 2006, pp. 25 y ss.

²⁹ Segato, 2009, p. 13. A respeito, afirmou Segato na referida audiência pública, referindo-se “ao significado da expressão ‘direito à vida’” nesse contexto: “Esa expresión puede indicar dos tipos diferentes de derecho a la vida: el derecho individual a la vida, es decir, la protección del sujeto individual de derechos, y el derecho a la vida de los sujetos colectivos, esto es, el derecho a la protección de la vida de los pueblos en su condición de pueblos” (Segato, 2009, p. 17).

³⁰ Botero, 2006, p. 106, también citada por Segato, 2009, p. 12.

³¹ E especificamente em face do disposto no artículo 231, *caput*, da Constituição Federal: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

³² Segato, 2009, pp. 19 y 21.

³³ Rawls, 1990 [1972], pp. 216-21.

nal,³⁴ como se no estuviéramos en la misma sociedad mundial, con colisiones y conflictos entre dominios de comunicación y juegos de lenguaje. Pero cabe ponderar que, no sólo desde un punto de vista antropológico, como también en la perspectiva del transconstitucionalismo, delante de los disensos y conflictos en el interior de las comunidades indígenas, inclusive en torno de la práctica del homicidio de recién nacidos, “el papel del Estado en la persona de sus agentes tendrá que ser el de estar disponible para supervisar, mediar o interceder con el fin único de garantizar que el proceso interno de deliberación pueda ocurrir libremente, sin abusos por parte de los más poderosos en el interior de la sociedad”.³⁵ Así, a ese respecto, la postura transconstitucional se presenta en la limitación jurídica del poder abusivo dentro de la comunidad. Eso porque, acaso haya manipulación de las decisiones comunitarias por los más poderosos, sin legitimidad en el orden normativo respectivo, desaparece la autonomía étnica de que se parte para el diálogo constitucional. Por tanto, se observa, de esa manera, que ninguna forma de presentación de autonomía de esferas sociales, inclusive de las construidas por comunidades nativas no diferenciadas funcionalmente, tiene un carácter absoluto, siendo todas relativas en el ámbito de la sociedad mundial del presente.

Ese delicado problema no se restringe al dilema entre relativismo ético (de las culturas particulares) y universalismo moral (de los derechos de los hombres), antes apunta para la convivencia de órdenes jurídicos que parten de experiencias históricas diversas,³⁶ exigiendo, especialmente por parte del Estado constitucional, una postura de moderación relativamente a su pretensión de concretizar sus normas específicas, cuando éstas entren en colisión con normas de comunidades nativas fundadas en bases culturales esencialmente diferentes. La discreción y el comedimiento, en

³⁴ Rawls, 1999, pp. 4 y ss., y 59 y ss.

³⁵ Segato, 2009, pp. 19 s. A respeito acrescenta Segato: “Tampoco se trata de solicitar la retirada del Estado porque, como atestan las múltiples demandas por políticas públicas colocadas al mismo por los pueblos indígenas a partir de la Constitución de 1988, después del intenso y pernicioso desorden instalado por el contacto, el Estado ya no puede, simplemente, ausentarse. Debe permanecer disponible para ofrecer garantías y protección cuando convocado por miembros de las comunidades, siempre que esa intervención ocurra en diálogo entre los representantes del Estado y los representantes de la comunidad en cuestión. Su papel, en ese caso, no podrá ser otro que el de promover y facilitar el diálogo entre los poderes de la aldea y sus miembros más frágiles” (2009, p. 20).

³⁶ *Cf.* Segato, 2009, pp. 19-21; véase, de maneira mais abrangente, 2006. A respeito da relação intrínseca entre universalismo e diferença, véase Neves, 2001.

ese caso, parecen ser la vía que puede llevar a conversaciones constructivas que estimulen autotransformaciones internas de las comunidades indígenas para una relación menos conflictiva con el orden estatal. La tentativa de buscar modelos internos de optimización, en los términos de la teoría de los principios, puede ser desastrosa en esas circunstancias. En relación con el “otro”, al orden diverso de los nativos, cabe antes una postura transconstitucional de autocontención de los derechos fundamentales, cuya optimización pueda llevar a la desintegración de formas de vida, con consecuencias destructivas para los cuerpos y las mentes de los miembros de las respectivas comunidades.³⁷

III. EL TRANSCONSTITUCIONALISMO EN UN SISTEMA JURÍDICO MUNDIAL DE NIVELES MÚLTIPLOS

1. *Transconstitucionalismo multiangular entre órdenes de la misma especie y órdenes de tipos diversos*

El transconstitucionalismo entre dos órdenes jurídicos, sea del mismo tipo o de especies diversas, puede ocurrir no sólo en las cinco formas presentadas en el capítulo anterior. Más allá de esas, es posible vislumbrar el entrelazamiento de problemas constitucionales entre órdenes internacionales, entre órdenes transnacionales, entre una de ese tipo y otra de aquella especie, entre orden internacional y local, entre orden transnacional y local, entre órdenes transnacionales y órdenes supranacionales, entre órdenes locales, entre orden supranacional y local y, en perspectiva, entre órdenes supranacionales en sentido estricto. Pero, en regla, el transconstitucionalismo tiende al involucramiento de más de dos órdenes jurídicos, sean ellos de la misma especie o de tipos diversos. Esas situaciones complejas apuntan para un sistema jurídico mundial de niveles múltiples, en el cual ocurre un transconstitucionalismo pluridimensional, que resuelta de la relevancia simultánea de un mismo problema jurídico-constitucional para una diversidad de órdenes jurídicos.³⁸

³⁷ Ao afetar destrutivamente corpos e mentes, a otimização dos direitos fundamentais viola os direitos humanos, compreendidos como “garantias da integridade da psique e do corpo” (Teubner, 2006, p. 175).

³⁸ Nesse sentido, a situação é mais complexa do que a apresentada no modelo de “glocalização do direito” (Randeria, 2003; *cf.* Robertson, 1995).

Por referirme a un “sistema mundial de niveles múltiples”, expresión que se tornó corriente y que tiene su origen en la concepción de “política de niveles múltiples”,³⁹ corresponde hacer algunos esclarecimientos previos al respecto del uso del término “niveles”, para evitar cualquier sospecha de que sustento un modelo jerárquico-piramidal para los órdenes jurídicos de la sociedad mundial. Tampoco pretendo afirmar, cuando uso esa expresión, una división de trabajo entre esos órdenes, pues eso implicaría un plano de supra-ordenación, lo que tornaría innecesaria una discusión sobre los delicados problemas del transconstitucionalismo. Mucho menos se trata de vincular la noción de un sistema de niveles múltiples al concepto inflacionario de relación entre una pluralidad de Constituciones (acabadas). Pero parece ser en ese sentido de jerarquía y división de trabajo que se ha utilizado predominantemente la expresión “sistema de niveles múltiples”, especialmente cuando se trata de cuestiones constitucionales. En ese sentido, se destaca, por ejemplo, la siguiente asertiva de Pernice: “El resultado es una *conexión escalonada de Constituciones complementares*, un sistema de niveles múltiples de poder público, con los respectivos ámbitos materiales limitados de competencia para el cumplimiento, conforme la división del trabajo, de las correspondientes tareas públicas confiadas”.⁴⁰ Y, como se observa de ese trecho, el énfasis ha sido en el “público” y en el político (“poder”), no propiamente en la relación entre órdenes jurídicos en el entrelazamiento del público y del privado.

Recurriendo a la expresión “sistema jurídico mundial de niveles múltiples”, se busca aquí resaltar una pluralidad de órdenes cuyos tipos estructurales, formas de diferenciación, modelos de autocomprensión y modos de concretización son muy diversos y peculiares, una multiplicidad de la cual resultan entrelazamientos en los cuales ninguno de los órdenes puede presentarse legítimamente como detentor de la *ultima ratio* discursiva. Eso nos pone frente a un sistema multicéntrico, en el cual, si bien haya jerarquía en el interior de los órdenes, prevalecen en-

³⁹ Em relação especificamente à Europa, cf. Scharpf, 1994; 2002. Nesse contexto, fala-se também de “governança global de camadas múltiplas” [“*multilayered global governance*”] (Held e McGrew, 2002, espec. p. 9). Para a recepção no âmbito jurídico, véase, entre muitos, Pernice, 1999; 2002; Joerges e Petersmann (orgs.), 2006; Petersmann, 2008; Joerges, 2003. Com relação aos conflitos interjudiciais, véase Sauer, 2008.

⁴⁰ Pernice, 2006, pp. 511 y ss.

tre ellos las relaciones heterárquicas. El nexo circular entre los órdenes admite apenas la noción de una “jerarquía entrelazada”, que es incompatible con una “conexión escalonada” entre ellas.⁴¹ En ese contexto, ocurre el entrelazamiento de diversos órdenes jurídicos, cada uno de ellos con pretensión de autofundamentación realizada en grado mayor o menor, confrontados con problemas jurídico-constitucionales que les son igualmente relevantes.

Así, pueden presentarse entrelazamientos transconstitucionales simultáneamente entre órdenes estatales, supranacionales, internacionales, transnacionales y locales, siempre que un problema jurídico-constitucional les sea relevante en un determinado caso. En regla, todos los tipos de orden no están envueltos concomitantemente frente a un mismo problema constitucional, pero es usual que más de dos órdenes jurídicos, de tipos diversos o no, entren en conexión transconstitucional delante de casos jurídicos que les son simultáneamente relevantes.

Un ejemplo interesante envuelve el propio orden jurídico brasileño. Se trata del caso de importación de neumáticos usados por Brasil. Esa controversia envuelve tanto el derecho constitucional brasileño y los órdenes jurídicos uruguayo y paraguayo, cuanto el derecho del Mercosur y el orden jurídico de la OMC. El 17 de diciembre de 2007, el Órgano de Solución de Controversias (OSC) de la OMC, al adoptar el informe del Órgano de Apelación de la OMC, del 3 de diciembre 2007, que reformara el informe del Grupo Especial, del 12 de julio de 2007, decidió favorablemente al recurso interpuesto por Brasil, con base en argumentos referentes a la protección del medio ambiente, para que fuera prohibida la importación de neumáticos provenientes de la Unión Europea. Entretanto, esa decisión estableció que la política brasileña de continuar importando neumáticos usados de Paraguay y de Uruguay implicaba discriminación, y por tanto debería ser abolida, no aceptándose la alegación brasileña de que el número de neumáticos recauchutados importados de Paraguay y de Uruguay no era significativo.⁴² Más tarde, en laudo arbitral en el ámbito de la OMC, a solicitud de las Comunidades Europeas, se decidió que el plazo para Brasil de cumplir las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Controversias sería de un año a partir de la data de la adopción

⁴¹ Nesse sentido, o termo “nível” também é usado por Hofstadter, especialmente quando ele trata de “hierarquias entrelaçadas” [“*tangled hierarchies*”]. Cfr. 1979, pp. 684 y ss.

⁴² WT/DS332/AB/R; WT/DS332/R.

por éste de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación (17 de diciembre de 2007), lo que significa que el término final fue el 17 de diciembre de 2008.⁴³

El problema decurrente de esa condición impuesta por la decisión del Órgano de Solución de Controversias de la OMC consiste en que el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur ya rechazara la pretensión de Argentina de que fuera prohibida la importación de neumáticos recauchutados oriundos de Uruguay, corroborando recientemente sus decisiones anteriores, por entender que tal prohibición ofendería las normativas del Mercosur.⁴⁴ Brasil intentó, inicialmente, controlar ambas decisiones, y proponer un límite al número de neumáticos importados de Uruguay y de Paraguay, lo que dio lugar a una situación de conflicto en relación, al mismo tiempo, con las normas del Mercosur y de la OMC, en sentidos diametralmente opuestos.

La situación se complicó, teniendo en cuenta que un alegato de No Cumplimiento de Precepto Fundamental ya fuera propuesta por la Presidencia de la República el 29 de septiembre de 2006 (ADPF núm. 101/2006), en la cual se pidió que se declararan inconstitucionales e ilegales las decisiones judiciales que venían admitiendo la importación de neumáticos usados con base en el argumento de que las normas infraconstitucionales que vedan esa práctica son inconstitucionales. La ADPF se fundamentó básicamente en la alegación de que el artículo 225 de la Constitución federal se violaba mediante esas decisiones. El *caput* de ese dispositivo constitucional prescribe: “Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la saludable cualidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones”. La relevancia de la cuestión llevó a la realización de una audiencia pública el 27 de junio de 2008.⁴⁵

A pesar de la decisión del STF, haber sido por medio del proveimiento parcial de la ADPF 101/2006, esa situación apunta para las dificultades presentes para alejar un constitucionalismo provinciano en el caso brasi-

⁴³ WT/DS/332/16, de 29/08/2008. A respeito desse caso, véase Perotti, 2009.

⁴⁴ Laudo 1/2005, de 20/12/2005; Laudo 1/2007, de 08/07/2007; Laudo1/2008, de 25/04/2008.

⁴⁵ *Cf.* O sítio oficial do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101> (último acesso em 24/11/2008).

leño. Al mismo tiempo, evidencia la grande dificultad de conseguir un nivel de solución satisfactorio para todos los órdenes envueltos.

2. *Transconstitucionalismo pluridimensional de los derechos humanos*

Del caso analizado en el ítem anterior ya se puede inferir que el transconstitucionalismo en un sistema jurídico mundial de niveles múltiples está relacionado, de manera directa o indirecta, con problemas de “derechos fundamentales” o “derechos humanos”. Esas expresiones tienen un grado de ambigüedad que exige cierta delimitación preliminar para que podamos tratar la cuestión en el ámbito del transconstitucionalismo.

La cuestión de los derechos humanos, que surgió como un problema jurídico-constitucional en el ámbito de los Estados, atraviesa hoy todos los tipos de órdenes jurídicos en el sistema jurídico mundial de niveles múltiples: órdenes estatales, internacionales, supranacionales, transnacionales y locales. Constituye una cuestión central del transconstitucionalismo. Las controversias sobre los derechos humanos son decurrentes de la posibilidad de lecturas diversas del concepto, de la pluralidad conflictiva de interpretaciones/concretizaciones de las normas y de la incongruencia práctica de los diferentes tipos de derechos humanos. Pero la situación se agrava si consideramos que los diversos órdenes normativos del sistema jurídico mundial de niveles múltiples tienen comprensiones sensiblemente diversas de las cuestiones de los derechos humanos, muchas de ellas siendo, inclusive, contrarias a la idea de derechos humanos como derechos que pretenden valer para toda y cualquier persona. Es en ese contexto que toma significado especial el transconstitucionalismo pluridimensional de los derechos humanos, que corta transversalmente órdenes jurídicos de los más diversos tipos, instigando, al mismo tiempo, cooperación y colisiones.

En el caso brasileño, no sólo la referencia al derecho extranjero en materia de derechos humanos es pronunciada. En los términos de un transconstitucionalismo pluridimensional, las referencias a las normas convencionales del derecho internacional y a la jurisprudencia de tribunales internacionales son usuales. En el anteriormente mencionado juz-

gado del *Habeas Corpus* núm. 82.424/RS,⁴⁶ en que el Pleno del STF caracterizó como crimen de racismo la publicación del libro con contenido antisemítico (negación de la existencia del holocausto), para concluir por su imprescriptibilidad, además de la constante referencia al derecho extranjero, fueron citados innumerables actos y normas de derecho internacional público, así como se invocó el caso *Jersild vs. Dinamarca*, juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en setiembre de 1994.⁴⁷ En muchos otros juzgados, el STF presentó indicaciones de su disposición para integrarse en un diálogo transconstitucional en el sistema de niveles múltiples, en el cual diversos órdenes jurídicos son articulados concomitantemente para la solución de problemas constitucionales de derechos humanos. Y aquí no se trata de la adopción de un simple “modelo de convergencia” con base en el artículo 5o., § 2o., de la Constitución federal y, posteriormente, con fundamento en los §§ 3o. y 4o. del mismo dispositivo, introducidos por la Enmienda Constitucional núm. 45/2004.⁴⁸ Mucho menos, cabe el regreso a un “modelo de resistencia” a partir de una interpretación parroquial de esos dispositivos constitucionales.⁴⁹ El camino más adecuado en materia de derechos humanos parece ser el “modelo de articulación” (*engagement model*),⁵⁰ o mejor dicho de entrelazamiento transversal entre órdenes jurídicos, de tal manera que todos sean capaces de reconstruirse permanentemente mediante el aprendizaje con las experiencias de órdenes jurídicos interesados concomitantemente en la solución de los mismos problemas jurídicos constitucionales de derechos fundamentales o derechos humanos. La alternativa absoluta “con-

⁴⁶ HC 82.424/RS, julg. 17/11/2003, TP, DJ 19/03/2004.

⁴⁷ Caso *Jersild v. Denmark* (*Application* núm. 15890/89), julg. 23/09/1994.

⁴⁸ Por um “modelo de convergência”, véase Mello, 2001; Trindade, 2003; 2000; Piovesan, 2008a, pp. y 51 ss.; Mazzuoli, 2001, pp. 33 ss.; 2005; 2007, pp. 682 ss.; Galindo, 2005. Mais cuidadosos, Sarlet (2001, pp. 77-95 e 132-5; 2006; 2010) e Gomes (2008, espec. p. 189) relativizam o “modelo de convergência”, embora demonstrem propensão para esse modelo. Em posição singular, Tavares (2005, pp. 47 s.) sustenta a recepção dos tratados de direitos humanos, anteriores à Emenda Constitucional núm. 45/2004, como normas constitucionais com a entrada em vigor dessa Emenda.

⁴⁹ Estranhamente, Dimoulis e Martins (2007) optam por um “modelo de resistência” em relação às normas internacionais de direitos humanos (pp. 40-51), mas são entusiastas de um “modelo de convergência” quando se trata do direito estrangeiro, particularmente da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (pp. 261 y ss.).

⁵⁰ Sobre os modelos de convergência, resistência e articulação (*engagement*) véase Jackson, 2005.

vergencia o resistencia” carga, respectivamente, elementos potenciales de autodestrucción del propio orden constitucional o de heterodestrucción de otros órdenes jurídicos.

Además de la invocación de normas y precedentes de otros órdenes jurídicos, especialmente extranjeros e internacionales por cortes nacionales, se destacan casos en que decisiones de tribunales cortan transversalmente órdenes jurídicos diversos en materia de derechos fundamentales y derechos humanos, con fuerza vinculante. A ese respecto, me parece de una relevancia especial la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en los juzgados de los casos *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*,⁵¹ en los cuales se decidió sobre el derecho de propiedad sobre territorios de las comunidades indígenas *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, localizadas en Paraguay. En estos interesantes casos, la CIDH decidió no conforme el concepto técnico-jurídico de propiedad privada definido en los términos del derecho constitucional estatal, sino tomando en cuenta primariamente la noción cultural de “propiedad ancestral” de las comunidades indígenas sobre los respectivos territorios, sedimentada históricamente en sus tradiciones. Así, dejando en segundo plano un derecho fundamental asegurado constitucionalmente en el plano “estatal”, la CIDH argumentó favorablemente a los derechos de comunidad “local extra-estatal” sobre su territorio, para asegurar derechos humanos garantizados en el nivel internacional. Ese entrelazamiento multiangular en torno de los derechos humanos y fundamentales no sería posible si no hubiera una disposición, en los diversos órdenes, especialmente en el estatal, para ceder a las exigencias de las perspectivas de otros órdenes normativos en relación al significado y extensión de derechos en colisión.

El problema de entrelazamiento pluridimensional en torno de los derechos humanos también se presenta en las comunidades indígenas, en las cuales la práctica del homicidio de recién nacido es legitimada —cuestiones que ya consideré anteriormente—, al tratar del transconstitucionalismo entre órdenes estatales y locales extraestatales. Pero, en ese caso, es relevante la Convención núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas

⁵¹ Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentença de 17/06/2005 (para análisis desse caso, véase Ramírez, 2005); caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentença de 29/03/2006 (para resúmenes de ambos os casos, véase Piovesan, 2008b, pp. 71-3).

y Tribales,⁵² cuyo artículo 8o., núm. 2, prescribe: “Esos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, desde que ellos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...)”. Ese dispositivo torna más complicada la colisión de los órdenes locales nativos con el orden de los derechos fundamentales estatales y de los derechos humanos internacionales. Una interpretación literal de ese dispositivo, en nombre de la protección absoluta de la vida de los recién nacidos, llevaría tendencialmente a un etnocidio contra las respectivas comunidades indígenas. En ese caso, es prudente una relectura adecuada tanto de las normas estatales de derechos fundamentales, así como de las normas internacionales de derechos humanos. Un universalismo superficial de los derechos humanos, basado linealmente en cierta concepción occidental ontológica de tales derechos, es incompatible con un diálogo constitucional con órdenes nativos que no corresponden a ese modelo. Al contrario, la negación de un diálogo constructivo con los órdenes indígenas en torno de esas cuestiones delicadas es contraria a los propios derechos humanos, pues implicaría una “ultracriminalización” de toda la comunidad de autores y coautores de los respectivos actos, afectándoles indiscriminadamente cuerpo y mente mediante una ingerencia destructiva. En el ámbito de un transconstitucionalismo positivo se impone, en esos casos, una disposición de los órdenes estatales e internacionales de sorprenderse en un aprendizaje recíproco con la experiencia del otro, el nativo en su autocomprensión.

Los ejemplos presentados respecto del transconstitucionalismo pluridimensional de los derechos humanos me parecen corroborar la idea de que a pesar de que no se pueda apartar el derecho constitucional clásico del Estado, vinculado generalmente a un texto constitucional, el constitucionalismo se abre para esferas además del Estado, no propiamente porque surjan otras Constituciones (no estatales), sino porque los problemas eminentemente constitucionales, especialmente los referentes a los derechos humanos, atraviesan simultáneamente órdenes jurídicos diversos, que actúan entrelazadamente en busca de soluciones. El transconstitucionalismo se presenta, de esa manera, como el derecho constitucional del futuro, exigiendo un mayor grado de interdisciplinariedad. En ese sentido, es fundamental la construcción de una metodología específica para el transconstitucionalismo.

⁵² A respeito dessa Convenção, véase a breve exposição de Wolfrum, 1999.

3. *Esbozos de una metodología del transconstitucionalismo*

El transconstitucionalismo depende de un método que no se concentre en una identidad ciega. Órdenes jurídicos aislados son evidentemente llevados, especialmente mediante sus tribunales supremos o constitucionales, a considerar en primer plano su identidad, pues, caso contrario, se diluyen como orden sin diferencia de su ambiente. Pero si ellas están confrontadas con problemas comunes, especialmente cuando son de naturaleza jurídico-constitucional, se impone que sea considerada la alteridad. Caso contrario, la tendencia es el bloqueo recíproco. En ese sentido es fundamental, en el plano de la construcción de una metodología del transconstitucionalismo, que se estime indispensable la reconstrucción permanente de la “identidad constitucional” por fuerza de una consideración permanente de la alteridad.⁵³ Eso no significa la negación de la identidad conforme un modelo ingenuo de pura convergencia, y sí la prontitud para una apertura ya cognitiva, pero también normativa para otro(s) orden(es) entrelazado(s) en casos concretos. Evidentemente, permanece una incertidumbre de los resultados, pero sólo mediante esa disposición es posible absorber el disenso originario. El camino contrario lleva al bloqueo recíproco en la solución de relevantes problemas constitucionales, tanto en el plano de los derechos humanos y fundamentales, como en el ámbito de la organización (control y limitación) del poder.

La aplicación del modelo de la “ponderación optimizante”,⁵⁴ siendo problemática en el interior de un orden constitucional, se torna especialmente discutible en la relación de los derechos fundamentales entre órdenes jurídicos, en el ámbito del transconstitucionalismo. La tendencia a la “optimización” en la relación entre “identidades constitucionales” radicalmente diversas puede llevar no sólo a ilusiones, sino también a la paralización “narcisista” recíproca. Lo fundamental en ese caso es la construcción de mecanismos que sirvan a la rearticulación de la identidad mediante la observación de la solución ofrecida por el otro orden para un determinado problema. Antes de afirmar la optimización, cabe hablar, en

⁵³ Em perspectiva inteiramente diversa, partindo de pressupostos psicanalíticos, Rosenfeld (2003) associa a “identidade do sujeito constitucional” com a perspectiva do “outro”.

⁵⁴ Alexy, 1986, espec. pp. 71 y ss., que desenvolveu o seu sofisticado modelo a partir de Dworkin, 1991, espec. pp. 16-80.

el primer paso del método transconstitucional, en contención,⁵⁵ la cual no es un fin en sí mismo, sino que se relaciona con la dupla contingencia, con la capacidad de sorprenderse con los otros, en la admisión de un futuro abierto, que no puede ser predefinido por ninguno de los órdenes entrelazados en el caso. Es fundamental la disposición de buscar las “descubiertas” normativas de los otros,⁵⁶ para fortificar la propia capacidad de ofrecer solución a problemas comunes.

Por tanto, el método del transconstitucionalismo no puede tener como punto de partida un determinado orden jurídico, mucho menos los órdenes de los más poderosos, pero sí los problemas constitucionales que se presentan enredando los diversos órdenes.⁵⁷ De la desconexión inicial entre órdenes presos en sus respectivas identidades, el transconstitucionalismo observa la articulación recíproca de reglas y principios ante el caso. En esa perspectiva, el desarrollo de un método del transconstitucionalismo abre la posibilidad de construcción de una racionalidad transversal en la relación entre principios y reglas de órdenes jurídicos distintos. Eso implica que se consideren tres niveles de relaciones entre principios y reglas de órdenes jurídicos diversos, cada uno de esos niveles entrelazado circularmente con los otros: principio-principio, regla-regla, principio-regla (habiendo más de dos órdenes envueltos, la situación se torna aún más rica en posibilidades de entrelazamientos). La comprensión de esas múltiples interfaces puede ofrecer nuevas luces inclusive sobre la teoría de la relación entre principios y reglas.⁵⁸

Evidentemente, el modelo de énfasis en la alteridad, que implica la manera constante de rearticular la identidad en vista del otro, tiene sus límites en el sistema jurídico mundial de niveles múltiples. Como ya fue afirmado, hay órdenes jurídicos que no están dispuestos al diálogo transconstitucional. Eso no significa que ellos deban ser excluidos metodológicamente del transconstitucionalismo. Principalmente en relación con

⁵⁵ Aquí cabe lembrar a tendência das diversas esferas sociais ou discursos em maximizar suas racionalidades em detrimento de outras, como vêm enfatizando Fischer-Lescano e Teubner (2006, pp. 25 ss.). *Cfr.* também Teubner, 2008, pp. 32 y ss.

⁵⁶ *Cfr.* Waldron, 2005.

⁵⁷ *Cfr.* Baudenbacher, 2003, p. 523.

⁵⁸ Portanto, não se propõe aqui um recuo para o modelo clássico de regras. Princípios como normas de normas são instâncias reflexivas indispensáveis do sistema jurídico, servindo ao balizamento e construção de regras no processo concretizador (sobre mecanismos reflexivos ou reflexividade, véase Luhmann, 1984; 1987, pp. 601 e 610-6).

ellos, el transconstitucionalismo está expuesto a delicado desafío. Como ofrecer métodos que, por instigaciones recíprocas, lleven a transformaciones internas. Excluido el simple “constitucionalismo impuesto”,⁵⁹ eso implica una cierta capacidad de encontrar, dentro del orden del otro, los elementos que puedan servir para su autotransformación en el sentido de un primer paso para el diálogo transconstitucional. Esa limitación inicial es problemática y, algunas veces, no será posible siquiera un inicio de aproximación transconstitucional.

No obstante, en un mundo de problemas constitucionales comunes para una pluralidad de órdenes jurídicos, el método transconstitucional parece más adecuado al pasaje de una simple situación de fragmentación desestructurada para una diferenciación constructiva entre órdenes jurídicos, en el plano de sus respectivas autofundamentaciones, que métodos jerárquicos lineales definitivos, ya sea internacionales, estatales, supranacionales, transnacionales o, inclusive, jurídico-antropológicos locales. Por tanto, con base en una metodología del transconstitucionalismo, cabe rechazar tanto un modelo metódico jerárquico como la simple constatación de la fragmentación del derecho, sin horizonte metodológico. En vista de la fragmentación, el método transconstitucional precisa desarrollarse con el fin de construir “puentes de transición” que posibiliten una relación más constructiva (o menos destructiva) entre órdenes jurídicos, mediante la articulación pluridimensional de sus principios y reglas ante problemas jurídico-constitucionales comunes, dependientes de soluciones soportables para todos los órdenes envueltos, sin una última instancia decisoria. Antes que la autoridad, el transconstitucionalismo necesita método.

IV. LÍMITES Y POSIBILIDADES DEL TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE CONDICIONES EMPÍRICAS, EXIGENCIA FUNCIONAL Y PRETENSIÓN NORMATIVA

1. *Condiciones empíricas: transconstitucionalismo vs. asimetría de las formas de derecho*

Hay relevantes condiciones empíricas negativas a la realización del transconstitucionalismo en la sociedad mundial del presente. Se puede

⁵⁹ *Cfr.* Schauer, 2005; Feldman, 2005; Sunder, 2005; Levinson, 2005; Choudhry, 2005; Chesterman, 2005; Janis, 2005.

también afirmar que el transconstitucionalismo lleva en sí una dimensión positiva, el desarrollo de la racionalidad transversal entre órdenes jurídicos, y una dimensión negativa, las relaciones bloqueadoras y destructivas entre ellos. Sus límites no son, por tanto, determinados únicamente a partir del exterior del sistema jurídico, mediante la sobreposición o “colonización” de órdenes jurídicos por sistemas sociales que instrumentalizan el derecho. También desde el punto de vista interno al sistema jurídico, el transconstitucionalismo es autobloqueado por las asimetrías de las formas de derecho, a pesar de que estas asimetrías estén condicionadas por aquellos factores externos.

Cabe un esclarecimiento previo sobre el uso de la expresión “formas de derecho” en el plural. En la tradición marxista, al tratarse de la “forma del derecho” (“Rechtsform”), análogamente al concepto de la mercadería como forma,⁶⁰ se usa el término en el singular.⁶¹ Se trata, en ese caso, de una distancia entre formas estructurales de la sociedad (una de la economía, la otra del derecho) y los sujetos concretos, o sea, formas de la “alienación” (*Entfremdung*). Cuando me refiero a “formas de derecho”, en plural, pretendo desvincularme, de cierta manera, de esa tradición. Considero, entonces, los diversos modos en que se relaciona, en las dimensiones temporal, social, material y territorial, el código-diferencia primario del derecho (lícito/ilícito) con los programas y criterios jurídicos de decisión y solución de conflictos (particularmente normas constitucionales, legales, administrativas, sentenciales, negóciales y consuetudinarias, modelos dogmáticos y precedentes judiciales). En efecto, si se pretendiera una mayor aproximación con la tradición marxista, cabría hablar de manifestaciones múltiples de la “forma del derecho”. No obstante, al énfasis en la pluralidad es más adecuada la expresión “formas de derecho”.

Mediante las asimetrías de las formas de derecho, el transconstitucionalismo es obstaculizado o perjudicado en virtud del hecho de que, en determinados contextos, una de ellas se presenta muy fuerte en relación con otra, sin considerar las pretensiones y exigencias. Esa manera de superposición de una forma de derecho a otra no implica la formación de un orden u organización jerárquica en el sentido tradicional de una estructura escalonada, pero, antes, conduce a mecanismos difusos de opresión o negación de la autonomía de formas de derecho por otras.

⁶⁰ Cfr. Marx, 1988 [1863-1867], espec. pp. 24 e 27 s.

⁶¹ Cfr. Buckel, 2008.

El transconstitucionalismo es un recurso escaso de la sociedad mundial. Entrelazamientos transconstitucionales estables entre órdenes jurídicos sólo ocurren, hasta ahora, en ámbitos muy limitados del sistema mundial de niveles múltiples, ya sea desde el punto de vista territorial o funcional. Y prevalecen las perspectivas desfavorables a desarrollos positivos. Sería totalmente ilusoria la idea de que las experiencias con la racionalidad transversal en los términos del transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos están generalizadas, o en vías de generalizarse en un corto o medio plazo. Esas experiencias hacen parte de los privilegios de algunos ámbitos jurídicos de una sociedad mundial sensiblemente asimétrica.

En suma: se puede verificar qué formas de derecho fuertes se superponen de manera opresora a formas de derecho frágiles en el sistema mundial de niveles múltiples.

2. *Exigencia funcional: allá de utopía constitucional y fragmentación, promoción de un “orden diferenciado de comunicaciones” (integración sistémica)*

En el plano de los estudios del derecho internacional público y de los órdenes jurídicos transnacionales, se ha hecho común el uso del término “fragmentación” para designar la falta de unidad del derecho en la sociedad mundial del presente.⁶² Y, en ese contexto teórico, cuando no se reconoce la fragmentación, la alternativa presentada es la “utopía constitucional”.⁶³ Desde el punto de vista sistémico-funcional, la simple afirmación de utopías teleológicas o el mero reconocimiento de la fragmentación no constituyen alternativas, sino que indican, respectivamente, el exceso de normativismo o de realismo con que se abordan los problemas jurídicos de la sociedad mundial.

Así, el transconstitucionalismo, en la perspectiva del sistema jurídico, sirve como un modelo estructural de conexión funcional entre esferas funcionales fragmentadas de la sociedad mundial. Eso porque a la mera fragmentación le falta estructura. Los fragmentos internos y externos al

⁶² *Cfr.* Fischer-Lescano e Teubner, 2006; 2007; Teubner, 2006, pp. 185 y ss.; Fischer-Lescano, 2005, pp. 187 y ss.; Koskeniemi e Päivi, 2002; Koskeniemi, 2004, pp. 205 y ss.; 2006a; 2006b; 2008, pp. 70 y ss. Lateur e Viellechner (2008, p. 60) esclarecem, porém, com razão, que tendências à fragmentação já se encontram no plano intra-estatal.

⁶³ *Cfr.* Koskeniemi, 2006a.

sistema jurídico encuentran en el transconstitucionalismo, desde el punto de vista parcial del derecho, los elementos constitucionales que pueden contribuir para su conexión estructural, promoviendo un “orden diferenciado de comunicaciones”.⁶⁴

La cuestión, por tanto, es la de “promover” las estructuras estables de un orden diferenciado de comunicaciones, conectando transversalmente los fragmentos. Eso no se resuelve con “utopías constitucionales” teleológicas, o con órdenes normativos últimos, pero sí con modelos que ofrezcan las condiciones para la “trama” de los fragmentos. El transconstitucionalismo, al promover diálogos entre órdenes jurídicos en cuestiones constitucionales, vinculando la identidad a la alteridad en la relación entre ellas, es promotor de un orden diferenciado de comunicaciones, tanto para dentro, como para fuera del sistema jurídico.

3. Pretensión normativa: más allá de la hegemonía y comunidad, promoción de la inclusión (“integración social”)

A pesar de que la dimensión normativa no está totalmente desconectada de la funcional, cabe distinguir el plano de la exigencia funcional (relación entre problema y solución) y el plano de la pretensión normativa, que respecto a las expectativas dice que son estabilizadas de modo contrafactual en el ámbito de la sociedad mundial. De eso derivan estructuras normativas elementales relacionadas con la sociedad multicéntrica y altamente compleja.⁶⁵ El transconstitucionalismo se presenta como un contrapunto normativo básico tanto en relación a la primacía expansiva de las *estructuras* cognitivas de la sociedad mundial (vinculadas a la economía, a la técnica y a la ciencia), así como respecto de la *semántica* de control de las informaciones (y del saber) por los órganos de comunicación de masas.

Una tendencia en los estudios críticos en torno de la internacionalidad o transnacionalidad jurídica es la afirmación del carácter hegemónico del

⁶⁴ Luhmann, 1965, p. 25, relacionando os direitos fundamentais à manutenção de uma ordem diferenciada de comunicações.

⁶⁵ “... a abstinência cética em relação a teorias centradas na norma não significa naturalmente que se poderia imaginar que a vida social seja possível sem normas. A autovinculação em normas e valores é um aspecto que atravessa a vida social” (Luhmann, 1987, p. 444).

derecho.⁶⁶ En ese sentido, destacase Koskenniemi, quien presenta al derecho internacional público como una “técnica hegemónica”,⁶⁷ y apunta para la capacidad profesional de distinguir entre “narrativas hegemónicas y contra-hegemónicas”.⁶⁸ Y, en ese contexto, se presenta la “comunidad” como la alternativa.⁶⁹

El modelo de hegemonía, que encuentra su expresión más fuerte en la obra de Gramsci,⁷⁰ se torna vago si lo utilizamos sin contornos específicos. La relación plural entre hegemonía/contrahegemonía es inherente a cualquier “comunidad política”. Su superación sólo sería alcanzada en la “utopía” de una comunidad puramente moral. Por tanto, no cabe colocar hegemonía y comunidad como alternativas.

Pero, además, el concepto de “comunidad política”, aplicado al “mundo internacional”, es inadecuado, pues el concepto de comunidad implica un tipo de relación social de pertinencia como miembro, y también de solidaridad fundada en el compartir de valores comunes. La noción de comunidad política sirve a la descripción de formas premodernas de sociedad.⁷¹ Por su vez, el concepto de miembro, en las condiciones hodiernas de diferenciación entre sociedad y organización, se refiere a la pertinencia a una organización determinada. El “mundo internacional” no es una organización. Para la sociedad mundial, toda tentativa de utilización de la retórica de la comunidad es, antes, más una expresión retórica del discurso hegemónico. Lo que hay son sistemas de comunicaciones, juegos de lenguaje, grupos y personas diversas, en una confluencia heterogénea de intereses, valores y expectativas en general. Sin duda, hay formaciones comunitarias dentro de la sociedad mundial (o del “mundo internacional”) del presente, pero comprenderla como “comunidad política” es un desastre tanto teórico como práctico.

Lo que se exige en la sociedad mundial del presente es la promoción de la inclusión: la reducción del creciente sector de exclusión. En ese

⁶⁶ A respeito, véase Koskenniemi, 2004; Buckel e Fischer-Lescano, 2008; *idem* (orgs.), 2007.

⁶⁷ Koskenniemi, 2004, p. 198.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 202.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 214.

⁷⁰ Gramsci, 2007.

⁷¹ Nesse sentido, desenvolveu-se a distinção entre comunidade (antiga, tradicional) e sociedade (moderna) a partir de Tönnies (1979, espec. pp. 3-6, 34, 73 ss. e 106 ss.), passando por Weber (1985, espec. pp. 21-3). *Cfr.* Neves, 1992, pp. 11 y ss.

sentido, Luhmann alerta para el peligro de la “avalancha de exclusión” en vista del desmontaje del Estado social, mismo en regiones más desarrolladas del globo.⁷² Se trata aquí de la integración social en el sentido de la teoría sistémica: “chance de la consideración social de personas”.⁷³ En rigor, tratase, en la inclusión, del acceso de las personas a los beneficios de los sistemas funcionales; en la exclusión, de esa falta de acceso.

Aquí debe estar presente una asertiva fundamental: lo que se exige, en el ámbito del transconstitucionalismo, no es pertinencia (cualidad de miembro: *membership*) o comunidad, pero sí una promoción de inclusión generalizada, o mejor, la reducción de la exclusión primaria creciente, especialmente en relación con el derecho, en el contexto de una estructura heterogénea y diferenciada de comunicaciones. En ese sentido, cabe sostener que constituyen problemas morales en la sociedad mundial del presente no sólo la corrupción sistémica, sino también, asociada a ella, la exclusión de amplios sectores de la sociedad mundial de los beneficios elementales de los sistemas funcionales. Si la moralización, en la sociedad mundial del presente, sólo tiene significado para los sistemas funcionales en casos de patología, por lo tanto se puede concluir que: la pretensión normativa del transconstitucionalismo tiende a afirmarse contrafactualmente frente a “patologías de la normalidad”.⁷⁴

Observación final: el punto ciego, el otro le puede ver

La Constitución se presenta como la instancia básica de autofundamentación normativa del Estado como organización político-jurídica territorial. Como criterio básico de autocomprensión del orden jurídico estatal, la Constitución no debe ser puesta de lado por los intérpretes-aplicadores del ordenamiento constitucional, o, mejor, por aquéllos encargados de concretarlo como orden con fuerza normativa, especialmente por los jueces y tribunales constitucionales. En ese sentido, constituye un “nivel inviolable” del orden jurídico del Estado constitucional, según Hofstadter. Pero, aun recurriendo a ese autor, el “nivel inviolable” puede involucrarse en el dinámico juego constitucional, con otros niveles (entrelazados) en un

⁷² Luhmann, 2000, pp. 427 y ss.

⁷³ Luhmann, 1997, t. 2, p. 620.

⁷⁴ Parfraseando, com uma respeitosa ironia, Fromm, 1956, pp. 12 ss.

“nivel superentrelazado”.⁷⁵ Eso significa, en nuestro contexto, que, si bien la Constitución del Estado constitucional vincula normativamente sus concretizadores, especialmente jueces y tribunales constitucionales, ella es reconstruida permanentemente mediante su interpretación y aplicación por esos mismos concretizadores. Ésa es la paradoja de las jerarquías entrelazadas: la sentencia constitucional, subordinada normativamente a la Constitución, afirma, al concretizarla, lo que es constitucional.

Una transformación profunda ocurre en las condiciones hodiernas de la sociedad mundial, en el sentido de la superación del constitucionalismo provinciano o parroquial por el transconstitucionalismo. Esa transformación debe ser tomada en serio. El Estado dejó de ser un *locus* privilegiado de solución de problemas constitucionales. A pesar de fundamental e indispensable, es apenas uno de los diversos *loci* en cooperación y concurrencia en la búsqueda del tratamiento de esos problemas. La integración sistémica cada vez mayor de la sociedad mundial llevó a la desterrar problemas-caso jurídico-constitucionales, que, por así decir, se emanciparon del Estado. Esa situación no debe llevar, sin embargo, a nuevas ilusiones, en la búsqueda de “niveles inviolables” definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme una nueva jerarquización absoluta; supranacionalismo como panacea jurídica; transnacionalismo como fragmentación libertadora de las amarras del Estado; localismo como expresión de una eticidad definitivamente inviolable.

Contra esas tendencias, el transconstitucionalismo implica el reconocimiento de que los diversos órdenes jurídicos entrelazados en la solución de un problema-caso constitucional —a saber, de derechos fundamentales o humanos y de organización legítima del poder—, que les sea concomitantemente relevante, deben buscar formas transversales de articulación para la solución del problema, cada uno de ellos observando al otro, para comprender sus propios límites y posibilidades de contribuir para solucionarlo. Su identidad es reconstruida, de esa manera, mientras toma en serio la alteridad, la observación del otro. Eso me parece fructífero y enriquecedor de la propia identidad porque todo observador tiene un límite de visión en el “punto ciego”, aquel que el observador no puede ver en virtud de su posición o perspectiva de observación.⁷⁶ Pero, si es verdad, considerando la diversidad de perspectivas de observación de *alter* y

⁷⁵ *Cfr.* Hofstadter, 1979, pp. 686 y ss.

⁷⁶ Foerster, 1981, pp. 288 y ss.

ego, que “yo veo lo que tú no ves”,⁷⁷ cabe adicionar que el “punto ciego” de un observador puede ser visto por el otro. En ese sentido, se puede afirmar que el transconstitucionalismo implica el reconocimiento de los límites de observación de un determinado orden, que admite la alternativa: *el punto ciego, el otro le puede ver*.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.
- BAUDENBACHER, Carl, “Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles”, *Texas International Law Journal*, Austin: University of Texas at Austin School of Law Publications, vol. 38, 2003.
- BOTERO, Esther Sánchez, *Entre el juez Salomón y el dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá, Universidad de Ámsterdam-Unicef, 2006.
- BUCKEL, Sonja, “«Judge without a legislator» Transnationalisierung der Rechtsform”, en BRUNKHORST, Hauke y VOIGT, Rüdger (orgs.), *Rechts-Staat: Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- ___ y FISCHER-LESCANO, Andreas (orgs.), *Hegemonie gepanzert mit Zwang” – Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- ___ “Emanzipatorische Gegenhegemonie im Weltrecht”, en Kreide, Regina y Niederberger, Andreas (orgs.), *Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, Frankfurt am Main-Nueva York, Campus, 2008.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: entre clasicismo y creatividad”, en Bogdandy, Armin von, César *et al.* (orgs.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, Heidelberg, Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Público Internacional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009.

⁷⁷ Luhmann, 1990.

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*, 2a. ed., Brasília, UnB, 2000.
- , *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 2a. ed., Porto Alegre, Fabris, vol. I, 2003.
- , “Prefácio. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história”, en OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.), *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- CHACON, Vamireh, *Da Escola do Recife ao Código Civil (Artur Orlando e sua geração)*, Rio de Janeiro, Simões, 1969.
- CHESTERMAN, Simon, “Imposed Constitutions, Imposed Constitutionalism, and Ownership”, *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 37, núm 4, 2005.
- CHOUDHRY, Sujit, “Old Imperial Dilemma and the New Nation Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Polities”, *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 37, núm 4.
- (org.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri y MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 6a. ed., Londres, Duckworth, 1991.
- FELDMAN, Noah, “Imposed Constitutionalism”, *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 37, núm. 4, 2005.
- FISCHER-LESCANO, Andreas, *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist, Velbrück, 2005.
- y TEUBNER, Gunther, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006.
- , “Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatischer Rechtseinheit”, en ALBERT, Mathias y STICHWEH, Rudolf (orgs.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Wiesbaden, VS Verlag, 2007.
- FOERSTER, Heinz von, “On Constructing Reality”, en FOERSTER, H. Von, *Observing Systems*, Seaside, Intersystems Publications, 1981.
- FROMM, Erich, *The Sane Society*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1956.

- GALINDO, George Rodrigo Bandeira, “A reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo § 3o. do artigo 5o. da Constituição Federal”, *Cena Internacional*, Brasília, año 7, núm. 1, UnB/Funag, 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VIII, 2008.
- GOMES, Luís Flávio, “Direito internacional dos direitos humanos: vigência, validade e operacionalidade do princípio *pro homine*”, en FACHIN, Zulmar (org.), *20 anos de Constituição Cidadã*, Rio de Janeiro, Forense/São Paulo-Método, 2008.
- GRAMSCI, Antonio, *Cadernos do Cárcere*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, vol. 4. 2007.
- GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988.
- HELD, David y MCGREW, Anthony, “Introduction”, en HELD, D. y MCGREW, A. (orgs.), *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity Press, 2002.
- HOFSTADTER, Douglas R., *Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid*, Hassocks, The Harvester Press, 1979.
- JACKSON, Vicki C., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, Cambridge/MA, vol. 119, 2005.
- JANIS, Mark W., “Human Rights and Imposed Constitutions”, *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 37, núm. 4, 2005.
- JOERGES, Christian, *On the Legitimacy of Europeanising Europe’s Private law: Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (Justun Facere) for the EU Multi-Level System (EUI Working Paper: Law; 2003, 3)*, San Domenico (Florenca), European University Institute, 2003.
- y PETERSMANN, Ernst-Ulrich (orgs.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford/Portland, Harticula, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti, “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, *Cambridge Review of International Affairs* 17, Cambridge, 2004.
- , “The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?”, *Chorley Lecture*, Londres, London School of Economics and Political Science, 7 de junio de 2006, (2006a), en <http://www>.

- helsinki.fi/eci/Publications/MKChorley%20Text-06a.pdf*; último acceso 4 de enero de 2008.
- , “International Law: Between Fragmentation and Constitutionalism”, Canberra, Palestra, 27 de noviembre de 2006, (2006b) en *http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MCanberra-06c.pdf*; último acceso 4 de enero de 2008.
- , “Formalismus, Fragmentierung, Freiheit–Kantische Themen im heutigen Völkerrecht”, en KREIDE, Regina y NIEDERBERGER, Andreas (orgs.), *Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, Frankfurt am Main–Nueva York, Campus, 2008.
- , PÄIVI, Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law* 15, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- LADEUR, Karl-Heinz y VIELLECHNER, Lars, “Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatregimes”, *Archiv des Völkerrechts* 46, Tübingen, Mohr, 2008.
- LANGER, Stefan, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung — Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation—*, Munique, Beck, 1995.
- LEVINSON, Sanford, “«Imposed Constitutionalism»: Some Reflections”, *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 37, núm. 4, 2005.
- LOQUIN, Eric, “Tribunal Arbitral du Sport: 2 Chronique des sentences arbitrales”, *Journal du Droit International Clunet*, París, núm. 1, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965.
- , “Reflexive Mechanismen”, en LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 5a. ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1984.
- , *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987.
- , “Ich sehe was, was Du nicht siehst”, en LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1990.
- , *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, t. 2, 1997.
- , *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000.

- MALISKA, Marcos Augusto, *Estado e século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*, Rio de Janeiro, São Paulo, Renovar, 2006.
- MARX, Karl, *Ökonomische Manuskripte: 1863-1867: Text – Teil I*. Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Gesamtausgabe (MEGA)*, Berlín, Dietz, vol. IV, parte 1, 1988.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001.
- , “O novo § 3o. do artigo 5o. da Constituição e sua eficácia”, *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, año XXXII, núm. 98, junio de 2005.
- , *Curso de direito internacional público*, 2a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque, “O parágrafo 2o. do artigo 5o. da Constituição Federal”, en LOBO TORRES, Ricardo (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- MENDES, Gilmar *et al.*, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Brasília, Saraiva/IDP, 2007.
- NEVES, Marcelo, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992.
- , “Justiça e diferença numa sociedade global complexa”, en SOUZA, Jessé (org.), *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*, Brasília, Editora UnB, 2001.
- , “A força simbólica dos direitos humanos”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, núm. 4, octubre-diciembre de 2005, en <http://www.direitodoestado.com.br>.
- , *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- , *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.), *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – interface com o direito constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- ORTIZ, Pía Carazo, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (orgs.), *¿Integración su-*

- ramericana a través del derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, Heidelberg, Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Público Internacional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009.
- PERNICE, Ingolf, “Multilevel Constitutionalism and Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?”, *Common Market Law Review*, Alphen aan den Rijn, vol. 36, núm. 4, Kluwer Law International, 1999.
- , “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *European Law Review* 27, Andover, Sweet & Maxwell, 2002.
- , “Artikel 24 [Übertragung und Einschränkung von Hoheitsrechten]”, en DREIER, Horst (org.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2a. ed., Tübingen, Mohr, vol. 2, 2006.
- PEROTTI, Alejandro Daniel, “Los Tribunales comunitarios en los procesos de integración: El caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, año XLIII, núm. 17, 1998.
- , “Tribunales supranacionales. La Corte Centroamericana de Justicia”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, San José, 2002, t. III.
- , “¿Quién paga los costos del incumplimiento de las sentencias del Tribunal Permanente de Revisión (Mercosur)? Responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la integración”, *El Derecho – ED*, Suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 31 de marzo de 2009.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, “Multilevel Constitutionalism and Judicial Protection of Freedom and Justice in the International Economic Law of the EC”, en EECKHOUT, Piet *et al.* (orgs.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 9a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008a.
- , “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional”, en SARMENTO, Daniel *et al.* (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008b.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1960, t. I.

- RAMÍREZ, Andrés D., “El caso de la comunidad indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, São José da Costa Rica, 41, 2005.
- RANDERIA, Shalini, “Glocalization of Law: Environmental Justice, World Bank, NGOs and the Cunning State in India”, *Current Sociology*, 51 (3/4), Londres, Sage, 2003, en <http://csi.sagepub.com/cgi/reprint/51/3-4/305>.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1990, 1972.
- , *The Law of Peoples, with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge-MA-Londres, Harvard University Press, 1999.
- ROBERTSON, Roland, “Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity”, en FEATHERSTONE, M. (orgs.), *Global Modernities*, Londres, Sage, 1995.
- ROSENFELD, Michel, *A identidade do sujeito constitucional*, trad. Mene-lick de Carvalho Netto, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.
- SABADELL, Ana Lucia y DIMOULIS, Dimitri, “O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais”, en NEVES, Marcelo (org.), *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo, Quartier Latin (no prelo), 2010.
- SALDANHA, Nelson, “O chamado «bacharelismo» brasileiro: ensaio de revisão”, *Convivim*, São Paulo, Convívio, año XVII, vol. 21, 1978.
- SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2a. ed., Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 2001.
- , “A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3o. do artículo 5o. da Constituição”, *Interesse Público*, Porto Alegre, año VIII, núm. 37, mayo-junio de 2006.
- , “Direitos fundamentais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2o. e 3o. do artículo 5o. da Constituição Federal de 1988”, en MARCELO Neves (org.), *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo, Quartier Latin (no prelo), 2010.
- SAUER, Heiko, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystem: Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten in vernetzten Rechtordnungen*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2008.

- SCHARPF, Fritz W., *Community and Autonomy: Multilevel Policy-Making in the European Union (EUI Working Paper RSC, núm. 94, 1)*, San Domenico, Florencia, European University Institute, 1994.
- , “Regieren im europäischen Mehrebenensystem –Ansätze zur einer Theorie”, *Leviathan: Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft* 1/2002, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2002.
- SCHAUER, Frederick, “On the Migration of Constitutional Ideas”, *Connecticut Law Review*, vol. 37, núm. 4, Hartford, Connecticut Law Review Association, 2005.
- SEGATO, Rita Laura, “Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais”, *Mana: Estudos de antropologia social* 12(1), Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social PPGAS-Museu Nacional, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.
- , “Que cada pueblo teja los hilos de su historia: El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores”, en CHENAUT, Victoria *et al.* (coords.), *Justicia y diversidad en tiempos de globalización*, México, CIESAS (no prelo). Versión on-line *El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores*, en <http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=3594&eid=259> (último acceso el 15 de enero de 2008).
- SUNDER, Madhavi, “Enlightened Constitutionalism”, *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 37, núm. 4, 2005.
- TAVARES, André Ramos, *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça. Comentários completos à Emenda Constitucional n.º 45/04*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- TEUBNER, Gunther, “Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch «private» transnationale Akteure”, *Der Staat* 45/2, Berlín, Duncker & Humblot, 2006.
- , “Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz-oder Transzendenzformel des Rechts”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 29/1, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2008.
- TOLEDO, Ricardo Vigil, “La contribución del Tribunal de Justicia Andina al proceso de integración suramericana”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (orgs.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, Heidelberg, Instituto Max Planck

- de Derecho Comparado y Derecho Público Internacional-Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.
- TÖNNIES, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen Soziologie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1979.
- VENANCIO FILHO, Alberto, *Das arcadas ao bacharelismo (150 anos de ensino jurídico no Brasil)*, 2a. ed., São Paulo, Perspectiva.
- VOLIO, Lorena González, “Los Pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 41, São José da Costa Rica, 2005.
- WALDRON, Jeremy “Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*”, *Harvard Law Review*, Cambridge/MA, vol. 119, 2005.
- WELSCH, Wolfgang, *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. 2. Aufl, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.
- WOLFRUM, Rüdiger, “The Protection of Indigenous Peoples in International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer-Heidelberg, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1999, [trad. brasileña: “A proteção dos povos indígenas no direito internacional”, SARMENTO, Daniel *et al.* (orgs.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008].