Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

10

DEL DIÁLOGO ENTRE LAS CORTES SUPREMAS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS AL TRANSCONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA*

Marcelo Neves
Universidad de Brasilia

Resumen

Este capítulo demuestra, con diversos casos prácticos, la relevancia del transconstitucionalismo en la actualidad. Mas allá de los diálogos constitucionales entre cortes, el transconstitucionalismo implica el reconocimiento de que los diversos órdenes jurídicos entrelazados en la solución de un problema-caso constitucional 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 a solucionarlo.

1. MÁS ALLÁ DE LOS "DIÁLOGOS" CONSTITUCIONALES ENTRE CORTES: EL TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ÓRDENES JURÍDICAS

El término "diálogo" se usa, habitualmente, para hacer referencia al discurso orientado al entendimiento o al consenso, en los términos de la filosofía social de Jürgen Habermas[1]. Pero este no es el sentido en el que utilizo la expresión ya que e empleo 'diálogo' y 'conversación' para referirme a formas de comunicación orientadas a la absorción del disenso, presuponiendo la doble contingencia[2], aunque sepa que este no sea el uso habitual de estas expresiones. Entre órdenes jurídicas diversas, especialmente

* Capítulo traducido por Carlos Cernados Carrera.

* El presente artículo se basa en mi libro *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009; 2ª reimpresión, 2012 (trad. inglesa: *Transconstitutionalism*, Hart, Oxford, 2013). Para profundizar en el tema, se sugiere la lectura de esta obra monográfica.

[1] Cf. El análisis crítico de NEVES, M., *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2012, pp. 118 ss.

[2] NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, pp. 270 ss.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

en el plano de problemas constitucionales, estos términos apuntan a comunicaciones transversales, que implican la posibilidad de aprendizaje recíproco.

No obstante, inclusive en este sentido, el transconstitucionalismo entre órdenes jurídicas no se reduce al "diálogo" entre cortes. En primer lugar, cabe advertir que, a veces, la conquista de derechos en el ámbito del transconstitucionalismo dimana de relaciones altamente conflictivas entre cortes de órdenes jurídicas diversas. En segundo lugar, los problemas transconstitucionales emergen y son enfrentados fuera de las instancias jurídicas de naturaleza judicial, desarrollándose en el plano jurídico de la administración, del gobierno y del poder legislativo, así como en el ámbito de los organismos internacionales y supranacionales no judiciales, de los actores privados transnacionales e, inclusive, especialmente en América Latina, en el dominio normativo de las comunidades "tribales". El transconstitucionalismo apunta hacia el hecho de que, cada vez con más frecuencia, surgen cuestiones que puedan involucrar a instancias estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales (arbitrales), así como a instituciones jurídicas locales nativas, en la búsqueda de la solución de problemas típicamente constitucionales. Bajo esta amplia perspectiva abordaré, a continuación, el transconstitucionalismo en América Latina, sin descuidar, no obstante, la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales supremos o constitucionales de los respectivos Estados.

2. PROBLEMAS TRANSCONSTITUCIONALES ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES SUPREMOS O CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS

Se puede percibir que se viene desarrollando una experiencia relevante de transconstitucionalismo entre orden internacional y orden estatal cuando se observa la relación entre el "Sistema Interamericano de Derechos Humanos", instituido por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y las órdenes constitucionales de los respectivos Estados signatarios que la ratificaron[3]. En este contexto, no se trata simplemente de una

[3] Esta Convención fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, en São José da Costa Rica, habiendo entrado en vigor el 18 de julio de 1978, conforme su art. 74, n.º 2. Al respecto, ver BURGORGUE-LARSEN, L., "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Entre clasicismo y creatividad", en VON BOGDANDY, A., LANDA ARROYO, C.y MORALLES ANTONIAZZI, M. (dir.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis multidiciplinario y multifocal*, Instituto

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

imposición de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), creada y estructurada por el Capítulo VIII (arts. 52 a 69) de la CADH, sobre los tribunales nacionales con competencias constitucionales. Estos tribunales nacionales también revisan su jurisprudencia a la luz de las decisiones de la Corte. Tanto desde la CorteIDH como desde las cortes estatales ha habido una disposición al "diálogo" en cuestiones constitucionales comunes referentes a la protección de los derechos humanos, de tal modo que se amplía la aplicación del derecho convencional por los tribunales domésticos[4].

Un caso interesante trata el conflicto entre el art. 7º, n.º 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 5, LXVII, de la Constitución brasileña. Mientras esta disposición constitucional permite la prisión civil del depositario infiel, el precepto de la Convención lo prohíbe. En el juicio 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 sean aprobados en los términos procedimentales del artigo 5º, § 3º, de la Constitución Federal (procedimiento idéntico al de una Enmienda Constitucional) [5], tienen una jerarquía supralegal, pero infraconstitucional. Este caso ocasionó un amplio debate al respecto de la incorporación de los tratados de derechos humanos al ordenamiento jurídico brasileño[6]. Una de las soluciones planteadas a esta controversia abogó por dotar de una validez interna ilimitada al mencionado precepto de la ratificada Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo

Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 287-338; CARAZO ORTIZ, P., "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", *ibidem*, pp. 231-85. Sobre este debate en Brasil, ver OLIVEIRA, M. L. d. (dir.), *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, destacándose el prefacio de CANÇADO TRINDADE, A. A., "Prefácio: A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história", pp. XVII-XLIII. Para un análisis de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), cf. RAMÍREZ, S. G. "Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 187-221.

[4] Cf. CARAZO ORTIZ, ob. cit., pp. 273 ss.; BURGORGUE-LARSEN, ob. cit., pp. 309 ss.

[5] El artículo 5º, § 3º, de la Constitución Federal de Brasil, establece: "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales."

[6] STF, RE 466.343. Rel. min. Cezar Peluso; RE 349.703. Rel. min. Ayres Brito; HC 87.585.Rel. min. Marco Aurélio. Pleno. DJ de 12.12.2008.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

en cuenta que esta norma implicaría una ampliación de los derechos constitucionalmente establecidos, de tal modo que el derecho contenido en ella estaría fundado en el artículo 5º, § 2º de la Constitución Federal[7]. Sin embargo, en una interpretación restrictiva sobre la validez interna del precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos no se excluye una solución positiva a la ampliación práctica de los derechos fundamentales: el argumento a 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 civil del depositario infiel[8]; por tanto, el derecho infraconstitucional podría decidir libremente sobre el permiso o la prohibición y, en esta hipótesis, el pacto internacional tendría primacía sobre el Código Civil brasileño[9]. Solamente el mantenimiento de la orientación que anteriormente dominaba en la tradición jurídica brasileña, es decir, la concepción de que los actos internacionales ratificados tienen el mismo nivel de validez que una ley ordinaria, podría producir un conflicto insuperable entre el STF y la CorteIDH, pues el Código Civil brasileño entró en vigor (el 10/01/2003) después de la ratificación del tratado y, en este caso, prevalecería la máxima *lex posterior derogat priori*[10]. Mantenida esta posición, el STF rompería un "diálogo" constitucional con la CorteIDH en lo que se refiere a la comprensión de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Sin embargo, en el debate

[7] Posición defendida por el ministro Celso de Mello, en voto conductor de la divergencia, con apoyo en las obras de CANÇADO TRINDADE, A. A.,*Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 2ª ed., Fabris, Porto Alegre, vol. I, 2003, p. 513; PIOVESAN, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, pp. 51-77; OLIVEIRA MAZZUOLI, V. d., *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*, América Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, pp. 147-50; *idem*, *Curso de direito internacional público*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 682-702. ALBUQUERQUE MELLO va mas allá y sustenta el carácter supraconstitucional de los tratados y convenciones sobre derechos humanos (ALBUQUERQUE MELLO, C.D. d., "O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal", en LOBO TORRES, R. (dir.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 1-33, 25 s.). El art. 5º, § 2º, de la Constitución Federal de Brasil, dispone: "Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte."

[8] El art. 5º, inciso LXVII, de la Constitución Federal do Brasil, determina: "no habrá prisión por deuda, salvo la del responsable por el incumplimiento voluntario e inexcusable de obligación alimenticia y la del depositario infiel".

[9] Posición defendida por el ministro Gilmar Mendes, en voto conductor de la mayoría. Ver al respecto MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. e GONET BRANCO, P. G., *Curso de direito constitucional* Saraiva, São Paulo/IDP, Brasília, 2007, pp. 665 ss.

[10] Jurisprudencia consolidada por el Supremo Tribunal Federal en el juicio del RE 80.004. Rel. min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ de 29.12.1977. Sobre esta jurisprudencia, ver MENDES, MÁRTIRES COELHO y GONET BRANCO, ob. cit., pp. 659 ss. Esta es, todavía, la posición de

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

que se entabló, parece claro que se puso de manifiesto un esfuerzo con vistas a la formación de una racionalidad transversal, que se muestre soportable para los ordenes jurídicos implicados.

Por parte de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, cabe destacar el importante juicio del caso *Yatama vs. Nicarágua*, sobre la participación democrática de algunos miembros de la comunidad indígena, afiliados al partido Yatama, a los que se les prohibió ser candidatos a las elecciones municipales del 5 de noviembre de 2000, por una decisión del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua[11]. La CorteIDH no solo condenó al Estado de Nicaragua a indemnizar por daños materiales e inmateriales a los miembros de la comunidad indígena, sino también determinó que se procediese a la reforma de la respectiva ley electoral, concluyendo: "El Estado debe reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral No. 331 de 2000 declarados violatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en los términos del párrafo 259 de la presente Sentencia"[12]. Este es un claro ejemplo en el que la ampliación de los derechos fundamentales constitucionales se apoyó en una norma de 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.

DIMOULIS y MARTINS para los tratados no aprobados en los términos del Párrafo 3º del art. 5º de la Constitución Federal (DIMOULIS, D. e MARTINS, L., *Teoria geral dos direitos fundamentais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 50). PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1946*, Borsoi, Rio de Janeiro, vol. I,1960, p. 225, aunque hubiese equiparado jerárquicamente el tratado a una ley ordinaria, afirmaba: "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."

[11] CorteIDH*Yatama vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005.

[12] *Idem*, § 275.1 (en este punto, con el voto disidente del juez *ad hoc* Montiel Argüello). Sobre esta decisión, ver GONZÁLEZ VOLIO, L., "Los Pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua", *RevistaIIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 41, 2005, pp. 317-45.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

3. UN PROBLEMA TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE EL ESTATUTO DE ROMA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Y EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

Sin embargo, hay experiencias que indican la existencia de una probable tensión entre los órdenes constitucionales de los Estados latinoamericanos y las cortes internacionales. Es relevante destacar la existencia de situaciones en las que la norma internacional de protección de los derechos humanos que se invoca puede presentarse como una restricción a los derechos fundamentales de la Constitución estatal. Este es el caso del conflicto entre la Constitución brasileña y el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, que fue adoptado el 17 de julio de 1998 que entró en vigor en el ordenamiento internacional el 1.º de julio de 2002 y que fue ratificado por Brasil mediante el Decreto Legislativo n.º 112 en el año 2002. Mientras el artículo 77, nº 1, letra *b*, del Estatuto de Roma del Tribunal Penal, prevé prisión perpetua ("cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado"), esa pena está prohibida conforme el artículo 5º, inciso, XLVII, letra *b*, de la Constitución Federal. Aunque el artículo 5º, § 4º, de la Constitución Federal, introducido por la Enmienda Constitucional n.º 45, de 2004, haya establecido que "Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación ha *manifestado adhesión",* esta cuestión sigue generando problemas, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 60, § 4º, inciso IV, del diploma constitucional brasileño, la prohibición de penas de "carácter perpetuo", incluida en el catálogo de los derechos y garantías individuales, no puede ser abolida al ser una cláusula pétrea[13].

Por una parte, la comprensión de los derechos humanos por el derecho internacional público parte de la preocupación por los escandalosos e impactantes crímenes cometidos contra la humanidad. Por otra, el punto de partida de la comprensión constitucional brasileña de los derechos fundamentales reside en entender que la cadena perpetua viola los derechos humanos. Una solución unilateral no se entiende adecuada en este caso.

Conforme lo presentado en los casos precedentes, existe la tendencia en la jurisdicción constitucional brasileña de exigir una condición específica

[13] El artículo 60, § 4º, inciso IV, de la Constitución Federal de Brasil, determina: "§ 4º - No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendente a abolir: [...] IV - los derechos y garantías individuales."

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

para la extradición del supuesto criminal que va a ser procesado o del criminal que ya ha sido condenado por el Tribunal Penal Internacional (TPI), en estos casos: solo se entregarán si se conmuta la cadena perpetua por una pena de treinta años como máximo[14]. Aunque no se trate, rigurosamente, de una extradición en la hipótesis de una corte internacional, pues el concepto de extradición se refiere a la relación entre Estados, esta solución podrá adoptarse en aquellos casos en los que se pida a Brasil la *entrega* al Tribunal Penal Internacional de criminales, reos o imputados[15]. Esta es una solución intermedia, que, aunque no sea totalmente compatible con el Estatuto de Roma, puede ser aceptada por el Tribunal Penal Internacional desde una posición constructiva y orientada al aprendizaje.

Esta cuestión podría generar más problemas si el STF decidiese tratar este supuesto como una "extradición" y quisiese aplicar su jurisprudencia, que veda la extradición de brasileños, en los términos del artículo 5º, inciso LI, de la Constitución brasileña. En este caso, la solución del conflicto normativo no sería tan sencilla. Sin embargo, no parece adecuada, como ya se ha adelantado, la extensión semántica de este precepto, en el sentido de que esta prohibición valga también para la entrega de criminales, reos o imputados al TPI, pues la extradición se refiere a la relación entre Estados. Sin duda, incluso admitida esta interpretación del concepto de extradición, volverán a surgir nuevamente problemas al invocar el artículo 60, § 4º, inciso IV, de la Constitución, que no permite la abolición de las garantías de derechos fundamentales ("cláusulas pétreas" – ver *supra*nota13). El rumbo de los acontecimientos en este contexto normativo permanece en abierto. No obstante, la disposición al aprendizaje por ambas partes, mediante la formación de una red transversal constructiva, es decir, el transconstitucionalismo, es decisiva a la hora de encontrar soluciones

[14] Confirmando los precedentes en la experiencia jurisprudencial más reciente, cf. los siguientes casos de extradición, decididos todos por unanimidad por el Pleno del STF: Ext 1.104. Rel. min. Cezar Peluso. DJe de 23.05.2008); Ext 1.103. Rel. min. Eros Grau. DJe de 07.11.2008; Ext 1.060. Rel. min. Gilmar Mendes. DJe de 31.10.2007; Ext. 1.069. Rel. min. Gilmar Mendes. DJe de 14. 09.2007.

[15] Cf. MALISKA, M. A., *Estado e século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2006, pp. 188 s., que aún admite la hipótesis de la entrega al TPI sin esas condiciones (p. 189), lo que me parece incompatible con los precedentes jurisprudenciales brasileños e implicaría la quiebra de la "cláusula pétrea". A este respecto, ver SABADELL, A. L. y DIMOULIS, D., "O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais", en NEVES (dir.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, pp. 157-86.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

satisfactorias en esta área de conflicto. El internacionalismo y el nacionalismo, en este caso, podrán conllevar actitudes destructivas para los derechos humanos o fundamentales.

4. INVOCACIÓN DE OTROS ÓRDENES JURÍDICOS EXTRANJEROS EN LA FUNDAMENTACIÓN DE JUICIOS DE CUESTIONES CONSTITUCIONALES EN BRASIL

En América Latina hay también una vieja tradición de referencias a preceptos, jurisprudencias y doctrinas constitucionales extranjeros. Aunque la influencia de Estados Unidos, especialmente en virtud de la fuerte influencia del modelo constitucional de este país en el origen del constitucionalismo latino-americano, haya dominado por mucho tiempo, el derecho constitucional de los países europeos y su respectiva jurisprudencia pasaron a ser invocados de forma creciente, cabiendo destacar la influencia actual del constitucionalismo alemán. Es verdad que, históricamente, las referencias a los textos, doctrinas y jurisprudencia constitucional extranjeros, en gran medida, han sido la expresión de una "retórica" de los magistrados destinada a probar su erudición, sin cualquier vínculo de relevancia argumentativa con el caso *sub judice*. No obstante, se observa, particularmente en la jurisprudencia reciente, la tendencia a la inclusión de referencias a textos constitucionales y precedentes jurisdiccionales de Estados extranjeros como parte no solo del *obter dictum*, sino también de la *ratio decidendi*.

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, invocar la jurisprudencia constitucional extranjera no se presenta apenas en los votos singulares de los ministros, sino que también se expresa en los sumarios de las sentencias, como parte de la *ratio decidendi*. En el juicio histórico del Habeas Corpus 82.424/RS, del 17 de noviembre de 2003, el pleno del STF, por caracterizar como crimen racista la publicación de cualquier libro con contenido antisemítico (negación de la existencia del holocausto) y, por tanto, sostener su no prescripción, desestimó, por mayoría, el pedido, en el ámbito de un debate en el que la invocación de la jurisprudencia constitucional extranjera fue fundamental. Esta situación repercutió en el Sumario de la Sentencia, a la que pertenece el siguiente párrafo:

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

> 9. Derecho comparado. A ejemplo de Brasil las legislaciones de países organizados bajo la égida del estado moderno de derecho democrático igualmente adoptan en su ordenamiento legal penas para delitos que estimulen y propaguen segregación racial. Manifestaciones de la Suprema Corte Norteamericana, de Cámara dos Lores de Inglaterra y de la Corte de Apelación de California en los Estados Unidos que consagraron entendimiento que [se] aplican sanciones a aquellos que transgreden las reglas de buena convivencia social con grupos humanos que simbolicen la práctica del racismo.

En los votos de los ministros, hubo un amplio debate sobre precedentes jurisprudenciales, preceptos constitucionales y legislación de Estados extranjeros, habiendo sido relativamente insignificante la referencia a la jurisprudencia nacional e internacional[16].

Esta orientación se manifestó también en el juicio de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade* 3.112, del 2 de mayo de 2007, que fue rechazada casi de forma integral, habiendo sido juzgada procedente apenas en parte, para declarar la inconstitucionalidad de los párrafos únicos de los artículos 14 y 15 y del artículo 21 de la Ley nº 10.826, de 22 de diciembre de 2003 (Estatuto del Desarme). En este caso, destacaron precedentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán[17]. Del mismo modo, cabe considerar el juicio de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade* 3.510/DF, del 29 de mayo de 2008, en el que se decidió a favor de la utilización de células madre embrionarias para fines de investigación y terapia, rechazándose el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 5º de la Ley n.º 11.105, del 24 de marzo de 2005 (Ley de Bioseguridad)[18]. En este caso, en varios votos se discutió el derecho de otros países. Podrían ser citados otros innumerables casos en los que las decisiones judiciales extranjeras invocadas, aunque no formen parte por sí solas de la *ratio decidendi*, contribuyen a la formación de los argumentos que la constituyen[19]. Esta nueva orientación no se trata

[16] En los extractos del juicio, esto se evidencia cuando se considera, en el campo "observación", la enorme extensión de las citas referentes a la jurisprudencia de Estados extranjeros (HC 82.424/ RS, Red. p/ Acórdão Maurício Corrêa. Pleno. DJ de 19.03.2004).

[17] "BVerfGE 88, 203, 1993; BVerfGE 50, 290; BVerfGE 77, 170; BVerfGE 39, 210; BVerfGE 90, 145, 1994 (caso Cannabis); BVerfGE 7, 377, 1958" (STF, ADI 3.112, 02/05/2007, DJ 26/10/2007).

[18] STF, ADI 3.510. Rel. min. Ayres Britto. DJ de 05.06.2008.

[19] Cf., p. ex., HC 93.050. Rel. min. Celso de Mello. 2ª Turma. DJe de 01.08.2008; HC 85.779. Red. p/ acórdão Cármen Lúcia. Pleno. DJ de 29.06.2007; ACO 633 AgR. Rel. min. Ellen Gracie. Pleno. DJ de 22.06.2007; RE 390.840. Rel. min. Marco Aurélio. Pleno. DJ de 15.08.2006; ADPF 54 QO. Rel. min. Marco Aurélio. Pleno. DJ de 31.08.2007; HC 40.910. Rel. min. Hahnemann Guimarães. Pleno. DJ de 19.11.1964.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

apenas de una mera "retórica" [20], sino que genera significativos debates en el ámbito de una "conversación" transconstitucional.

Es conveniente, sin embargo, no invocar demasiado frecuentemente la jurisprudencia americana, alemana y de otros ordenamientos jurídicos para que no constituya un episodio más de "colonialismo" en el campo de la cultura jurídica[21]. Pasaríamos, por tanto, de la "importación" acrítica de modelos legislativos y doctrinarios a una incorporación inadecuada de precedentes jurisprudenciales. Lo que cambiaría sería apenas el acceso más fácil a la jurisprudencia extranjera. Es fundamental, por tanto, que sean "realizadas las debidas adaptaciones", para que no caigamos en el viejo rótulo de las "ideas fuera de lugar"[22], es decir, de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional desplazadas de su contexto jurídico y social. En este caso, se construye la paradoja de un diálogo en que solo consta el *alter*, pero falta el *ego* como polo de la comunicación. Y de ahí puede emanar un tipo de jurisprudencia y doctrina simbólica, cuyo significado normativo sea muy limitado[23].

[20] Aunque aún esté presente en muchos votos la pretensión de probar una erudición irrelevante para la solución del caso, volviendo los juicios excesivamente largos, cabe observar que esta cuestión no se refiere predominantemente a la referencia a precedentes jurisprudenciales extranjeros, sino a doctrinas y teorías importadas sin el debido filtro para la aplicación al contexto brasileño. Eso se relaciona, a su vez, con los límites de la reflexión jurídico-dogmática en Brasil (al respecto, cf. NEVES, M., *Verfassung und Positivität dês Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 205 ss.). No obstante, la referencia retórica e inconsistente de la jurisprudencia extranjera está todavía fuertemente presente en el STF, como se puede comprobar en la decisión sobre la constitucionalidad de la política de cuotas en las universidades (ADPF 186. Rel. min. Ricardo Lewandowski. Pleno. Julg. em 26.04.2012), en la que se citaron como fundamento diferentes decisiones de la Suprema Corte de los EUA que la contradecían en el punto fundamental (Al respecto, ver COSTA NETO, J., "A citação meramente retórica de precedentes judiciais estrangeiros no julgamento da ADPF 186 (cotas raciais na UnB)", *Observatório da Jurisdição Constitucional* (no prelo).

[21] MONTORO, A., "Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira", *Revista de Informação Legislativa*, vol. X, nº37, 1973; pp. 3-20; NEVES, M. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne* (cit.), p. 206.

[22] SCHWARZ, R., "As idéias fora do lugar", en SCHWARZ, R., *Ao vencedor as batatas: Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. 5ª ed., 4ª reimpr., Duas Cidades/Editora 34, São Paulo, 2008 pp. 9-31 [1ª ed. 1977].

[23] Sobre jurisprudencia simbólica, cf. NEVES, M., *A constitucionalização simbólica*, 2ª ed., WMF Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 34. En el ya citado juicio del HC 82.424/RS, el ministro Marco Aurélio Mello utilizó esa expresión. Pero me parece que, en ese caso, a pesar de la fuerza simbólica, la fuerza normativa de la decisión también era relevante.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

5. UN CASO TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE LA *LEX SPORTIVA* Y EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

El transconstitucionalismo se desarrolla del mismo modo en las relaciones entre órdenes jurídicos estatales y órdenes transnacionales construidos primariamente por actores privados o casi públicos, como, por ejemplo, la *Lex mercatoria*, la *Lex sportiva* y la *Lex digitalis*[24].

Un caso interesante se originó con la decisión del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) del 17 de mayo de 2007, en la que, en relación al propio mérito, se negó la decisión tomada en el ámbito del derecho nacional[25]. En ese caso, la Agencia Mundial Antidoping (World Anti-Doping Agency – WADA) interpuso un recurso contra una decisión tomada por la Comisión Disciplinaria de la Federación Mexicana de Fútbol (FMF) y también contra una decisión del órgano de recursos del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de México y de la Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte (CAAD), que no consideraron un laudo del laboratorio acreditado por la WADA (*Olympic Analytical Laboratory* de la Universidad de California – UCLA). En el análisis de la primera muestra, el laboratorio confirmó la presencia de alguna substancia anabólica prohibida por la FIFA. El resultado fue enviado a la Federación Mexicana de Fútbol (FMF) para que informase al jugador con el fin de requerir el contraanálisis en cuarenta y ocho horas, bajo pena de la presunción absoluta de aceptación del resultado del análisis de la primera muestra. El club del atleta alegó que no había sido intimado por el laboratorio a notificárselo al jugador, argumentando que debería ser la FMF quien realizase directamente la notificación (la FMF enviaría la comunicación del laboratorio al club, para que lo notificase al atleta). El pedido presentado por el jugador ante la Comisión Interdisciplinaria de la FMF fue estimado con base en el hecho de que el jugador no fue debidamente notificado y que la segunda muestra ya había sido destruida. El Laboratorio da UCLA alegó que la segunda muestra permanecía perfectamente conservada (congelada) para su análisis. La FMF recurrió a la Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte (CAAD) del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de México, que confirmó la decisión de la Comisión Disciplinaria de la FMF. El TAS, además de anular la decisión de esta Comisión Disciplinar, declaró que la decisión de la CAAD no tenía

[24] Cf. NEVES, M., *Transconstitucionalismo*, ob. cit., pp. 187-216.

[25] TAS, Sentencias n 2006/A/1149 y nº 2007/A/1211, extracto y comentario ofrecidos por LOQUIN, E., "Tribunal Arbitral du Sport: 2 Chronique dês sentences arbitrales", *Journal du Droit International*

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

"ningún efecto en el sistema de sanciones establecidas en los Estatutos y Reglamentos de la FIFA"[26]. Por consiguiente, teniendo en cuenta que se trataba de la segunda vez que se condenaba al jugador por el uso de la misma sustancia anabólica (en la primera había sido condenado a un año de suspensión), se lo declaró excluido inmediata y vitaliciamente de cualquier competición en el ámbito de la FIFA[27].

Para juzgar e imponer su decisión al órgano de arbitraje estatal, el Tribunal Arbitral del Deporte invocó un fundamento típicamente constitucional: la igualdad de trato de los diferentes atletas que participan en deportes transnacionales. El TAS rechazó perentoriamente el argumento de que cabría considerar "el laboratorio más favorable", propuesto por el jugador con base en el hecho de que había obtenido un resultado negativo en el análisis obtenido en un laboratorio no acreditado por la WADA. Considerando que la fundamentación de esa prevalencia del juicio del TAS sobre la decisión estatal del CAAD reside en la necesidad de "asegurar el trato igual y consistente de todos los participantes de un deporte"[28], se observa que también aquí está presente el potencial problema de un conflicto entre el principio constitucional de igualdad, afirmado por el orden jurídico deportivo transnacional, y el principio de amplia defensa, basado en el orden interno del estado de derecho e implícitamente alegado por el jugador. Por tanto, esta es una cuestión que se encuadra plenamente en el ámbito del transconstitucionalismo, exigiendo conversaciones constitucionales constructivas entre el orden jurídico transnacional y el orden jurídico estatal.

6. UN PROBLEMA TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE EL ORDEN NORMATIVO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO BRASILEÑO

Otro lado del transconstitucionalismo apunta hacia la relación problemática entre el orden jurídico estatal y el orden extraestatal de las comunidades nativas, cuyos presupuestos antropológicos y culturales no son compatibles con el modelo de constitucionalismo del Estado. Evidentemente, en este caso se trata de órdenes normativos "arcaicos" que no disponen de reglas

Clunet, nº 1, 2008, pp. 233-309, 259-72.

[26] En LOQUIN, ob. cit., p. 270.

[27] *Ibidem*.

[28] En LOQUIN, ob. cit., p. 262.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

o principios secundarios de organización y, por consiguiente, no se encuadran en el modelo reflexivo del constitucionalismo. Rigurosamente, no admiten problemas jurídico-constitucionales de derechos humanos y de limitación jurídica del poder. Los órdenes normativos de esa especie, cuando coliden con las instituciones del orden jurídico constitucional de un Estado, exigen un "transconstitucionalismo unilateral" de tolerancia y, en cierta medida, una cierta voluntad de aprender. Esa forma de transconstitucionalismo se impone, porque – aunque los referidos órdenes jurídicos, en muchas de sus normas y prácticas, se alejen sensiblemente del modelo de derechos humanos y de la limitación jurídica del poder en los términos del sistema jurídico de la sociedad mundial – el mero hecho de otorgar unilateralmente los "derechos humanos" a sus miembros es contrario al transconstitucionalismo. Este tipo de medidas suelen tener consecuencias destructivas sobre mentes y cuerpos, siendo contrarias al propio concepto de derechos humanos[29]. En este contexto, existe una paradoja en el transconstitucionalismo, pues este se inserta en "conversaciones" constitucionales con órdenes normativos que están al margen del propio constitucionalismo. Pero esta situación es el resultado de la necesidad intrínseca del transconstitucionalismo de no excluir el desarrollo de institutos alternativos que hagan posible un "diálogo" constructivo con los órdenes de los antropológico-culturalmente "diferentes", asentados milenariamente en el territorio del respectivo Estado. En este contexto, aunque limitado, el transconstitucionalismo no pierde su significado para el desarrollo de la dimensión normativa de la sociedad mundial del presente.

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

Uno de los casos más delicados se presentó recientemente cuando se observó 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, que permanecieron aislados

[29] "La cuestión de los derechos humanos, en el sentido riguroso, debe ser comprendida hoy como una amenaza a la integridad del cuerpo/alma del hombre individual por una multiplicidad de procesos de comunicación anónimos e independientes, actualmente globalizados" (TEUBNER, G., "Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechts verletzungen durch 'private' transnationale Akteure", *Der Staat*, vol. 45, nº 2, 2006, pp. 161-87, 180).

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

voluntariamente hasta en final de la década de 1970[30]. En el derecho consuetudinario de los Suruahá está recogida la obligación de practicar el homicidio de los recién nacidos que 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 la necesidad de acabar con la vida de uno de los gemelos recién nacidos de un parto múltiple. En este contexto, también se hizo público el hecho de que algunas prácticas de este tipo eran comunes entre los Yanomami y otras etnias indígenas. Esta situación fue polémica, pues se trataba de un conflicto prácticamente sin solución entre el derecho de autonomía cultural y el derecho a la vida. El problema ya había salido a la luz en el año 2002, cuando una indígena Yawanawá se presentó en la oficina de derechos humanos de la Fundación Nacional del Indio y dijo ser víctima de una práctica jurídica muy habitual en su comunidad por la que, en los partos múltiples, se obligaba a practicar el homicidio de uno de los gemelos recién nacidos[31]. En este contexto, la cuestión también fue presentada como un conflicto entre el derecho de autonomía cultural y el derecho de las mujeres. Sin embargo, este tipo de casos relacionados con el derecho del niño a la vida pasaron a tener una amplia repercusión pública -en gran medida por la difusión en los medios de comunicación- con la divulgación del rescate por parte de una pareja de misioneros de un niño del grupo Suruahá que estaba condenado a morir por tener de una grave disfunción hormonal congénita[32]. La repercusión pública de la costumbre de los Suruahá hizo que el diputado federal Henrique Afonso, representante del Estado de Acre, presentase el Proyecto de Ley n.º 1.057, del año 2007, destinado específicamente a criminalizar esta práctica. Este proyecto tenía el siguiente contenido: "Dispone sobre el combate a prácticas tradicionales nocivas y sobre la protección de los derechos fundamentales, tanto de niños indígenas como de aquellos pertenecientes a otras sociedades no tradicionales"[33]. Con el fin de adoptar medidas específicas de combate a

[30] SEGATO, R. L. "Que cada pueblo teja los hilos de su historia. El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores", en CHENAUT, V., GÓMEZ, M., ORTIZ, H. e Sierra, M. T. (dir.), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS, México/FLACSO, Quito, 2011, pp. 357-81,363.

[31] SEGATO, ob. cit., pp. 357 s.

[32] Cf. SEGATO, ob. cit., p. 363.

[33] Disponible en: http://www2.camara.gov.br/proposicoes (acceso el 24/12/2008).

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

estas prácticas, entre las que se incluían la criminalización tanto de aquellas personas que tengan contacto con la comunidad nativa y no las notifiquen debidamente a las autoridades competentes, como la de las autoridades que no adoptasen las medidas oportunas (artículos 3º, 4º y 5º), el artículo 2º, incisos I a VIII, del proyecto, preveía la tipificación de los siguientes casos de "homicidio de recién nacidos": "en caso de ausencia de uno de los progenitores"; "en casos de gestación múltiple"; "cuando los recién nacidos sean portadores de enfermedades físicas y/o mentales"; "cuando exista preferencia por alguno de los géneros"; "cuando haya un corto espacio de tiempo entre una gestación anterior y el nacimiento en cuestión"; "en los casos en los que se exceda del número de hijos entendido como apropiado para el grupo"; "cuando los recién nacidos posean alguna señal o marca de nacimiento que los diferencie de los demás"; "cuando se considere que los recién nacidos traen mala suerte a la familia o al grupo". El proyecto original también proponía la tipificación de los "homicidios de niños, en los casos en los que exista la creencia de que el niño desnutrido es fruto de una maldición, o por cualquier otra creencia que lleve al óbito intencionado por desnutrición" (artículo 2º, inciso IX). Estas hipótesis previstas en el proyecto, además de otras referentes a abusos sexuales, malos tratos y otras agresiones físicas y psicológicas a los niños y a sus progenitores por causas culturales y tradicionales (artículo 2º, incisos X, XI y XII), corresponden a prácticas verificadas en las comunidades indígenas localizadas en el territorio del Estado brasileño. Este proyecto dio lugar a una audiencia pública en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados[34]. Aunque el proyecto no haya logrado su objetivo, el contexto en el que fue elaborado y la polémica que generó señalan un caso singular de "diálogo" y conflicto

[34] Convocada por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados en agosto de 2007 y realizada el 5 de septiembre de 2007 (cf. SEGATO, ob. cit., pp. 357 e 369). Posteriormente, este proyecto de ley fue profundamente alterado, reduciéndose a declaraciones genéricas y a prestar apoyo a las respectivas comunidades, en los siguientes términos:

Art.54-A. Se reafirma el respeto y el fomento a las prácticas tradicionales indígenas, siempre que las mismas estén en conformidad con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Federal y con los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos de los que la República Federativa de Brasil sea parte.

Párrafo único. Cabe a los órganos responsables por la política indigenista ofrecer oportunidades adecuadas a los pueblos indígenas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto cuando sean verificadas, mediante estudios antropológicos, las siguientes prácticas:

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

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

Los elaboradores y defensores de este proyecto de ley partieron principalmente de que, desde una perspectiva cristiana occidental, el derecho fundamental individual a la vida es un derecho absoluto. Además, también influyó en la propuesta del proyecto, el derecho fundamental de la madre a la maternidad. Sin embargo, para aquellos que se manifestaron sobre el conflicto desde una perspectiva antropológica más general, esta postura unilateral de imposición de los derechos individuales en detrimento de la autonomía cultural de las comunidades no pareció la más adecuada, ya que la simple criminalización de las prácticas indígenas en nombre de la defensa del derecho a la vida, puede ser vista, también, como un verdadero genocidio cultural, que podría destruir la propia comunidad y sus creencias más profundas.

Con una intensa participación en el debate generado, incluso en la audiencia pública realizada el 5 de septiembre de 2007 en la Cámara de los Diputados[35], las consideraciones de la antropóloga Rita Laura Segato contribuyeron positivamente a dirimir este conflicto de órdenes jurídicos, enfatizando la necesidad de un diálogo entre órdenes normativos, en términos que se encuadren en un modelo constructivo de transconstitucionalismo. En el contexto del debate, Segato reconoció que se encontraba con "la tarea ingrata de argumentar contra esa ley, pero, al mismo tiempo, de hacer una fuerte apuesta en la transformación de la costumbre"[36]. En el ámbito de su argumentación, se refirió a una investigación empírica sobre los Suruahá, en la que se evidenció 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 como "infanticidios", sin sentido técnico-jurídico de tipo penal) y una muerte por enfermedad. Es decir, mientras el 7,6% de las muertes ocurrieron por "infanticidio", hubo un 57,6% de muertes por suicidio entre los Suruahá. Esta situación señala hacia una comprensión de la vida muy distinta de la concepción cristiana occidental. Entre esta

I – infanticidio;

II - atentado violento al pudor o estupro;

III - malos tratos;

IV – agresiones a la integridad física y psíquica de niños y de sus progenitores.

[35] Cf. SEGATO, ob. cit., pp. 370 ss.

[36] SEGATO, ob. cit., p. 358.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

comunidad indígena, la vida solo tiene sentido si no está marcada por un excesivo sufrimiento para el individuo y para la comunidad, es decir, si es una vida tranquila y amena. Así se justificaría el homicidio de recién nacidos en determinados casos[37]. El significado atribuido a la vida y a la muerte por los Suruahá no sería menos digno 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 debe a los cristianismos"[38].

El argumento se ve reforzado con la mención a una práctica Yanomami en la que la mujer tiene derecho absoluto sobre la vida de sus recién nacidos. El parto se produce en un ambiente natural, fuera del contexto de la vida social, dejando la opción a la madre: "si no toca al bebé ni lo levanta en sus brazos, dejándolo en la tierra donde cayó, significa que este no fue acogido en el mundo de la cultura y de las relaciones sociales, y que no es, por tanto, humano. De esta forma, no se puede decir que ocurrió, en la perspectiva nativa, un homicidio, pues aquel que permaneció en la tierra no es una vida humana"[39]. Esa concepción tan diferente de la vida humana comporta realmente un delicado problema que -en mi opinión- es incompatible con una mera imposición de concepciones externas sobre la vida y la muerte, mediante aquello que, en otro contexto, paradójicamente denominé "imperialismo de los derechos humanos"[40]. Y esto es válido no solo desde el punto de vista antropológico-cultural o antropológico-jurídico, sino también desde la perspectiva específica de un derecho constitucional sensible al transconstitucionalismo.

En este contexto se impone considerar el conflicto entre dos perspectivas diferentes de los derechos, intentando no "cometer injusticias" como consecuencia de imponer una perspectiva, la del orden de los más fuertes, a la otra, la del orden de los más débiles. Por una parte está el derecho a la autonomía colectiva, por la otra el derecho a la autonomía individual. Una solución tan simple como someter a aquel, considerado como la expresión de una forma ética de vida, a este, considerado como la expresión de una moral universal que se presenta como base de los

[37] SEGATO, ob. cit., pp. 364 ss.

[38] SEGATO, ob. cit., p. 364.

[39] SEGATO, ob. cit., p. 365.

[40] NEVES, M., "A força simbólica dos direitos humanos", *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, 2005, pp. 23 e 27.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

derechos humanos[41], no parece la solución más oportuna para un modelo de transconstitucionalismo. Al contrario, en este contexto de conflicto 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[42]. En este caso, la "ultracriminalización" de las prácticas del homicidio de recién nacidos efectuadas en el interior de las comunidades indígenas, propuesta en la versión original del Proyecto de Ley n.º 1.057/2007, podría ser "etnocida, al eliminar valores culturales indispensables para la vida biológica y cultural de un pueblo"[43]. Siendo así, tal solución legal tendría implicaciones que serían difíciles de compatibilizar incluso con el orden constitucional del Estado brasileño[44]. En estas circunstancias se hace necesaria la búsqueda de otros caminos.

La propuesta que se configura como la más adecuada para el transconstitucionalismo consiste en garantizar una "jurisdicción o foro étnico" para que cada comunidad indígena "resuelva sus conflictos y elabore su disenso interno por un camino propio"[45]. Esto no implica ni simplemente la tolerancia por parte del más poderoso, ni tampoco la tolerancia con el intolerante[46], sino que implica el tener la capacidad de

[41] Klaus Günther, aunque sustente que "la aplicación adecuada de normas jurídicas no puede, *sin fundamento*, ofender a formas de vida" (cursivas mías), se muestra antes favorable a una tal orientación, cuando sostiene que "las colisiones entre principios de justicia y orientaciones de la vida buena, en el nivel postconvencional, solo pueden ser resueltas universalistamente, por tanto, en favor de la justicia" (GÜNTHER, K., *Der Sinnfür Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 196). Cabe advertir, sin embargo, que según la teoría habermasiana de la acción comunicativa y del discurso, en la que Günther se orienta, se produciría, en este caso, el conflicto entre una moral pos-convencional y una pre-convencional. Sobre los niveles del desarrollo de la conciencia moral la teoría de la evolución social de Habermas, ver NEVES, M., *Entre Têmis e Leviatã, ob. cit.*, pp. 25 ss.

[42] SEGATO, ob. cit., p. 367. Al respecto, en la citada audiencia pública, refiriéndose "al significado de la expresión 'derecho a la vida'", Segato afirmó: "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, es decir, el derecho a la protección de la vida de los pueblos en su condición de pueblos" (SEGATO, ob. cit., p. 372).

[43] SÁNCHEZBOTERO, E. *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Universidad de Amsterdam y Unicef, Bogotá, 2006, p. 156, también citada por SEGATO, ob. cit., p. 367.

[44] Y específicamente como consecuencia de lo dispuesto en el art. 231, *caput*, de la Constitución Federal: "Son reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, siendo competencia de la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes."

[45] SEGATO, ob. cit. pp. 375 e 377.

[46] RAWLS, J., *A Theory of Justice* [1972], Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 216-21.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

admitir la autonomía del otro, es decir, de la esfera de la comunicación, del juego del lenguaje o de la forma de vida diferente que tiene el nativo, no sometida a los modelos del constitucionalismo estatal. Mucho menos cabe diferenciar entre sociedades "decentes" e "indecentes", es decir, dignas o indignas del "diálogo" con las sociedades "liberales" del Estado democrático constitucional[47], como si no estuviésemos en la misma sociedad mundial, con colisiones y conflictos entre dominios de comunicación y juegos de lenguaje. Pero cabe considerar que, no solo desde un punto de vista antropológico sino también desde la perspectiva del transconstitucionalismo, frente a los disensos y conflictos en el interior de las comunidades indígenas, incluso en torno a 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 único fin de garantizar que el proceso interno de deliberación pueda suceder libremente, sin abuso por parte de los más poderosos en el interior de la sociedad"[48]. Así, en este contexto, la postura transconstitucional se presenta en la limitación jurídica del poder abusivo dentro de la comunidad. Esto porque, en el caso de que haya una manipulación de las decisiones comunitarias por parte de los más poderosos, sin legitimidad en el orden normativo respectivo, desaparece la autonomía étnica que sirve de base para el "diálogo" constitucional. Por tanto, se observa de este modo, que ninguna forma de presentación de autonomía de esferas sociales, inclusive de las construidas por comunidades nativas no diferenciadas funcionalmente, tienen un carácter absoluto, siendo todas relativas en el ámbito de la sociedad mundial del momento presente.

Este delicado problema no se restringe al dilema entre el relativismo ético (de las culturas particulares) y el universalismo moral (de los derechos de los hombres), antes apunta hacia la convivencia de los órdenes jurídicos

[47] RAWLS, J., *The Law of Peoples, with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Harvard University Press, Cambridge, MA/Londres, 1999, pp. 4 s. e 59 ss.

[48] SEGATO, ob. cit., p. 375. A este respecto, añade SEGATO (ob. cit., 375 s.): "Tampoco se trata de solicitar la retirada del Estado, porque, como atestiguan las múltiples demandas de políticas públicas expuestas ante el mismo por los pueblos indígenas a partir de la Constitución de 1988, después de la intenso y pernicioso desorden instalado por el contacto, el Estado ya no puede, simplemente, ausentarse. Debe permanecer dispuesto a ofrecer garantías y protección cuando sea convocado por los miembros de las comunidades, siempre que esa intervención se produzca de forma dialogada entre los representantes del Estado y los representantes de la comunidad en cuestión. Su papel, en este caso, no podrá ser otro, a no ser el de promover y facilitar el diálogo entre los poderes de la aldea y sus miembros más frágiles."

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

que parten de experiencias históricas diversas[49], exigiendo especialmente por parte del Estado constitucional una postura de moderación relativa a su pretensión de concretar sus normas específicas, cuando estas colisionen con las normas de comunidades nativas fundadas en bases culturales esencialmente diferentes. La discreción y la mesura, en este caso, parecen ser la vía que puede producir conversaciones constructivas que estimulen autotransformaciones internas en las comunidades indígenas hacia una relación menos conflictiva con el orden estatal. El intento de buscar modelos internos de optimización, en los términos de la teoría de los principios, puede ser desastrosa en estas circunstancias. En relación al "otro", al orden diferente 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.

7. EL TRANSCONSTITUCIONALISMO PLURIDIMENSIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

El transconstitucionalismo no se restringe a relaciones entre dos órdenes jurídicos, sino que puede implicar entrelazamientos triangulares o multiangulares entre órdenes jurídicos en torno a un mismo problema constitucional. Especialmente en lo tocante a los derechos humanos, se verifica un transconstitucionalismo pluridimensional que implica diferentes órdenes jurídicos, que se desarrolla, igualmente, de las formas más diversas, en América Latina.

En esta materia, la invocación de precedentes de otros órdenes jurídicos no se restringe al derecho constitucional de los Estados extranjeros, conforme se trata en el ítem 4 de este artículo, sino también a las normas convencionales del derecho internacional y a la jurisprudencia de tribunales internacionales. En el anteriormente citado juicio del *Habeas Corpus* 82.424/RS[50], en el que el STF caracterizó como crimen racista la publicación de cualquier libro con contenido antisemita (negación de la existencia del holocausto), concluyendo a favor de su imprescriptibilidad, además

[49] Cf. SEGATO, ob. cit., pp. 375-7; ver, de manera más amplia, SEGATO, R. L., "Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais", *Mana: Estudos de antropologia social*, vol. 12, nº 1, 2006, pp. 207-236. Sobre la relación intrínseca entre universalismo y diferencia, ver NEVES, M. "Justicia y Diferencia en una Sociedad Global Compleja", *Doxa – Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, nº 24, 2001, pp. 349-377.

[50] HC 82.424. Red. p/ acórdão Maurício Corrêa. Pleno. DJ de 19.03.2004.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

de la vasta referencia al derecho extranjero, fueron citados innumerables actos y normas de derecho internacional público, y se invocó el caso *Jersild v. Dinamarca*, juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en septiembre de 1994[51]. En muchos otros juicios, el STF mostró su disposición a integrarse en un diálogo transconstitucional en el sistema mundial multicéntrico, en el que se articulan concomitantemente diversos órdenes jurídicos para solucionar problemas constitucionales de derechos humanos[52]. Y no se trata aquí de la adopción de un simple "modelo de convergencia" con base en los artículos 5º, § 2º, de la Constitución Federal, fundamentándose posteriormente en los §§ 3º y 4º del mismo precepto, introducidos por la Enmienda Constitucional n.º 45/2004. Mucho menos, cabe regresar a un "modelo de resistencia" a partir de una interpretación parroquial de estos preceptos constitucionales. El camino más adecuado en materia de derechos humanos parece ser el "modelo de articulación" ["*engagement model*"][53], o mejor dicho, de entrelazamiento transversal entre órdenes jurídicos, de tal modo que todas se muestren capaces de reconstruirse permanentemente mediante el aprendizaje con las experiencias de órdenes jurídicos concomitantemente interesados en la solución de los mismos problemas jurídicos constitucionales de derechos fundamentales o derechos humanos. La alternativa absoluta "convergencia o resistencia" acarrea, respectivamente, elementos potenciales de autodestrucción del propio orden constitucional o de heterodestrucción de otros órdenes jurídicos.

Yendo más allá de la invocación por las cortes nacionales de normas y precedentes de otros órdenes jurídicos, especialmente extranjeros e internacionales, destacan casos en los que las decisiones de los tribunales cortan transversalmente diversos órdenes jurídicos en materia de derechos fundamentales y derechos humanos, con fuerza vinculante. A este respecto, me parece de especial relevancia la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los juicios de los casos *Yakye Axa vs. Paraguai* y *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*[54], en los que se decidió sobre el derecho de propiedad sobre territorios de las comunidades indígenas Yakye Axa y

[51] STEDH *Jersild v. Denmark*, de 23 de septiembre de 1994.

[52] Cf. HC 82.959. Rel. min. Marco Aurélio. Pleno. DJ de 01.09.2006; y referencias de las notas 18 y 19.

[53] Sobre la distinción entre "modelo de convergencia", "modelo de divergencia" y "modelo de articulación" ["*engagement model*"], ver JACKSON, V. C., "Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, pp. 109-28.

[54] CorteIDH *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005 (para el análisis de este caso, ver RAMÍREZ, A. D., "El caso de La comunidad indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*", *RevistaIIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 41, 2005, pp. 349-64); CorteIDH

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Sawhoyamaxa, localizadas en Paraguay. En estos interesantes casos, la CorteIDH no tomó una decisión de acuerdo con el concepto técnico-jurídico de propiedad privada definido en los términos del derecho constitucional estatal, sino que decidió teniendo 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 un segundo plano un derecho fundamental asegurado constitucionalmente en el plano *estatal*, la CorteIDH argumentó a favor de los derechos de la comunidad *local extra-estatal* sobre su territorio, para asegurar los derechos humanos garantizados a nivel internacional. Este entrelazamiento multiangular en torno a los derechos humanos y fundamentales no sería posible si no hubiese, en los diversos órdenes especialmente en el estatal, una disposición a ceder a las exigencias de las perspectivas de otros órdenes normativos en relación al significado y amplitud de derechos contrapuestos.

También se presentan problemas de entrelazamiento pluridimensional en torno a los derechos humanos en el caso de las comunidades indígenas que legitiman el homicidio de recién nacidos, cuestión que ya consideré en el tópico anterior, al tratar especialmente del transconstitucionalismo entre órdenes estatales y órdenes locales extraestatales. En este caso es relevante destacar la Convención 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales[55], cuyo art. 8º, nº 2, prescribe: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos [...]." Este precepto hace más complejo el conflicto de los órdenes locales nativos con el orden de los derechos fundamentales estatales y de los derechos humanos internacionales. Una interpretación literal de ese precepto, en nombre de la protección absoluta de la vida de los recién nacidos, llevaría tendencialmente al etnocidio de las respectivas comunidades indígenas. Me parece que los

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, de 29 de marzo de 2006, (para un resumen de ambos casos, ver PIOVESAN, F., "Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional", en SARMENTO, D., IKAWA, D. e PIOVESAN, F. (dir.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pp. 47-76, 71-3).

[55] Respecto a esta Convención, ver la breve exposición de WOLFRUM, R., "The Protection of Indigenous Peoples in International Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, nº 59, 1999, pp. 369-82.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

argumentos presentados en el ítem anterior, no pierden su significado en virtud de esa referencia al derecho internacional. En estos casos, no solo cabe una relectura complejamente adecuada tanto de las normas estatales de derechos fundamentales como de las normas internacionales de derechos humanos. Un universalismo superficial de los derechos humanos, basado linealmente en una cierta concepción occidental ontológica de tales derechos, es incompatible con un "diálogo" transconstitucional con órdenes nativos que no corresponden a ese modelo. Al contrario, la negación de un diálogo constructivo con los órdenes indígenas en torno a 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, afectándo indiscriminadamente a sus cuerpos y mentes mediante una injerencia destructiva. En el ámbito de un transconstitucionalismo positivo se impone, en estos casos, una disposición de los órdenes estatales e internacionales a sorprenderse con un aprendizaje recíproco con la experiencia del otro, el nativo en su autocomprensión.

Por último, aparece un ejemplo interesante en el propio orden jurídico brasileño. Se trata del caso de la importación de neumáticos usados por Brasil. Esta controversia incluye tanto al derecho constitucional brasileño y los órdenes jurídicos uruguayo y paraguayo como al derecho del Mercosur y el orden jurídico de la OMC. El 17 de diciembre del 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 de 2007, que había reformado el informe del Grupo Especial, del 12 de julio de 2007, decidió a favor del recurso interpuesto por Brasil, con base en argumentos referentes a la protección del medio ambiente, para que fuese prohibida la importación de neumáticos usados provenientes de la Unión Europea. No obstante, esta decisión estableció que la política brasileña de continuar importando neumáticos usados de Paraguay y de Uruguay implicaba una discriminación y, por tanto, debería ser abolida, no habiendo sido aceptada la alegación brasileña de que el número de neumáticos recauchutados importados de Paraguay y de Uruguay no era significativo[56]. Más tarde, en laudo arbitral en el ámbito de la OMC, a solicitud de las Comunidades Europeas, se decidió que el plazo para que Brasil cumpliese las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Controversias finalizaba al año

[56] WT/DS332/AB/R; WT/DS332/R.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

de la fecha de la adopción por este de los informes del Especial y del Órgano de Apelación (17 de diciembre de 2007), lo que significa que el plazo expiró el día 17 de diciembre de 2008[57].

El problema que se origina de esta 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 había rechazado la pretensión de Argentina de que se prohibiese la importación de recauchutados procedentes de Uruguay, habiendo corroborado posteriormente su decisión anterior, por entender que la prohibición ofendería las normativas del Mercosur[58]. Brasil intentó inicialmente capear ambas decisiones, buscando proponer un límite al número de neumáticos recauchutados que podrían ser importador de Uruguay y de Paraguay, lo que condujo a una situación conflictiva en relación, al mismo tiempo, a las normas del Mercosur y de la OMC, en sentidos diametralmente opuestos. Pero los conflictos entre órganos administrativos que establecieron normas que prohíben la importación de neumáticos recauchutados y órganos judiciales que declararon esas normas inconstitucionales llevaron a un quid pro quo en torno a esta cuestión en el ámbito del Estado brasileño.

La situación se complicó, teniendo en cuenta que una *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (art. 102, § 2, de la Constitución Federal) había sido propuesta por la Presidencia de la República el 29 de septiembre de 2006 (ADPF 101/2006). En ella se pidió que fuesen declaradas inconstitucionales e ilegales las decisiones judiciales que venían admitiendo la importación de recauchutados con base en el argumento de que las normas infraconstitucionales que vedan esa práctica serían inconstitucionales. La ADPF se fundamentó básicamente en la alegación de que con esas decisiones se estaría violando el art. 225 de la Constitución Federal. El enunciado de ese precepto constitucional establece: "Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y ala colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras." La importancia del tema

[57] WT/DS/332/16, de 29/08/2008. Respecto a este caso, ver PEROTTI, A. D., "¿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*, 31 de marzo de 2009, pp. 1-8.

[58] Laudo 1/2005, de 20 de diciembre de 2005; Laudo 1/2007, de 8 de julio de 2007; Laudo 1/2008, de 25 de abril de 2008.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

motivó que se realizase una audiencia pública el 27 de junio de 2008[59].

Por último, el Supremo Tribunal Federal decidió, por mayoría, estimar parcialmente la ADPF 101/2006, prohibiendo, en general, la importación de neumáticos recauchutados, pero admitiendo algunas excepciones a la importación de neumáticos remoldados con base en normas del Mercosur y garantizando el principio de cosa juzgada[60]. De este modo, se solventó la controversia desde la perspectiva del derecho interno. No obstante, la situación apunta hacia la dificultad apremiante de alejar un constitucionalismo provinciano en el caso brasileño. Al mismo tiempo, evidencia la gran dificultad de conseguir una solución que satisfaga a todos los órdenes involucrados. Una exigencia fundamental, sin embargo, es que haya un mínimo de consistencia interna en las decisiones, para que las soluciones propuestas no caigan en el descrédito. La posición de Brasil se mostró inconsistente tanto desde el punto de vista interno como internacional, puesto que, en función del sector del poder público, adoptó posiciones en contra o a favor de la importación de neumáticos recauchutados, rechazando la importación de neumáticos usados de la Unión Europea con base en argumentos ecológicos y referentes al derecho a la salud, y admitiendo la importación del mismo producto cuando provengan de Uruguay y Paraguay. Esta solución no era adecuada ni para la OMC ni para el Mercosur, mucho menos desde una perspectiva consistente del derecho constitucional estatal concerniente a la protección del medio ambiente. Hasta el juicio de la ADPF 101/2006 (una decisión que, aunque pueda ser susceptible de críticas, estabilizó la situación), la práctica inconsistente y oportunista reveló que el camino recorrido por Brasil, en el caso de la importación de los neumáticos usados, se alejó de un modelo abierto a las exigencias del transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos, aproximándose más a una mezcla entre "pragmatismo" simplista en la política externa y provincianismo jurídico-constitucional. En este sentido, se impone, cada vez más, una revisión de los paradigmas constitucionales, haciendo posible una "conversación" transconstitucional más sólida con órdenes normativos entrelazados en torno a problemas en el sistema jurídico mundial multicéntrico, especialmente por parte del Supremo Tribunal Federal. Esto no debe

[59] Cf. el sitio oficial del STF: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101 (último acceso el 24/11/2008).

[60] STF, ADPF 101. Rel. min. Cármen Lúcia. Pleno. DJe de 04.06.2012. Solamente el Ministro Marco Aurélio votó a favor de improcedencia de la ADPF.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

significar, sin embargo, arrebatos o bravatas internacionalistas, transnacionalistas o supranacionalistas en detrimento del orden constitucional brasileño, sino la afirmación de ese orden como socio en la construcción de un transconstitucionalismo multiangular.

8. OBSERVACIÓN FINAL

Una transformación profunda viene ocurriendo, en las condiciones hodiernas de la sociedad mundial, en el sentido de la progresiva sustitución del constitucionalismo provinciano o parroquial por el transconstitucionalismo. Incluso en América Latina, esta transformación debe tomarse en serio. El Estado dejó de ser un *locus* privilegiado para la solución de problemas constitucionales. Aunque fundamental e indispensable, es apenas uno de los diversos *loci* de cooperación y competencia en la búsqueda del tratamiento de estos problemas. La integración sistémica cada vez mayor de la sociedad mundial ha llevado a la desterritorialización de problemas caso jurídico-constitucionales, que, por así decir, se emanciparon del Estado. Esta situación no debe generar, no obstante, nuevas ilusiones en la búsqueda de "niveles inviolables" definitivos: el internacionalismo como *ultima ratio*, conforme una nueva jerarquización absoluta; el supranacionalismo como panacea jurídica; el transnacionalismo como fragmentación libertadora de las amarras del Estado; el localismo como expresión de una eticidad definitivamente inviolable[61].

Contra estas 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 una de ellas observando la otra, para comprender sus propios límites y posibilidades de contribuir a solucionarlo. Su identidad es reconstruida, de este modo, en tanto tiene presente la alteridad, la observación del otro. Me parece que esto es fructífero y que enriquece la propia identidad porque todo observador tiene un límite de visión en el "punto ciego", aquel que el observador no puede ver en función de su posición o perspectiva de observación[62]. Pero,

[61] El "nivel inviolable" puede relacionarse, en el dinámico juego transconstitucional, con otros niveles (entrelazados) en un "nivel superentrelazado", en los términos de HOFSTADTER, D., *Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid*, The Harvester Press, Hassocks, 1979, pp. 686 ss.

[62] VON FOERSTER, H. "On Constructing Reality", en VON FOERSTER, H., *Observing Systems*, Intersystems Publications, Seaside, 1981, pp. 288-309, 288-9.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

si es cierto, considerando la diversidad de perspectivas de observación de *alter* y *ego*, que "yo veo lo que tú no ves"[63], cabe añadir que el "punto ciego" de un observador puede ser visto por el otro. En este 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, lo puede ver el otro*.

[63] LUHMANN, N., "Ich sehe was, was Du nicht siehst", *en* Luhmann, N., *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1990, pp. 228-34.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769