

Constitucionalismo intersistémico, Constitución y derechos fundamentales: entre teoría constitucional y sociología jurídica

Cómo citar este artículo [Chicago]: Schwartz, Germano, Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa. "Constitucionalismo intersistémico, constitución y derechos fundamentales: entre teoría constitucional y sociología jurídica". *Novum Jus* 17, núm. 3 (2023): 93-131. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.3.4>

Germano Schwartz / Leonel Severo Rocha /
Bernardo Leandro Carvalho Costa



Constitucionalismo intersistémico, constitución y derechos fundamentales: entre teoría constitucional y sociología jurídica

Germano Schwartz*

Bernardo Leandro Carvalho Costa**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, Brasil)

Leonel Severo Rocha***

École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris (EHESS) (París, Francia)

Recibido: 27 de julio de 2023 | **Evaluado:** 12 de agosto de 2023 | **Aceptado:** 12 de septiembre de 2023

Resumen

El presente artículo tiene como objetivos presentar las bases teóricas y prácticas del Constitucionalismo Intersistémico. Para ello, se realiza un recorrido por la teoría constitucional, demostrando la evolución de la concepción de Constitución en sus dos fases. En este tema, se señalan decisiones relevantes de la jurisdicción constitucional de Alemania, Brasil y Francia para dilucidar dicha evolución. Además, en este mismo apartado se destacan las insuficiencias de la teoría constitucional para observar nuevos problemas jurídico-constitucionales, elevados al nivel de la sociedad mundial. En este punto, se seleccionan casos que involucran a distintos países latinoamericanos, en especial a Brasil, pero cuya repercusión fue global. Una vez identificado este problema, se presentan elementos de la sociología jurídica aptos para resolver la problemática mencionada, destacando entre estos la vinculación heterárquica de las organizaciones con los derechos fundamentales y la gobernanza. Como hipótesis, en las conclusiones se sostiene la imprescindibilidad de una racionalidad constitucional intersistémica, que reúna elementos de la teoría constitucional y de la sociología jurídica para enfrentar los desafíos actuales del derecho constitucional. La metodología aplicada es sistémica, utiliza la técnica de investigación de documentación indirecta, con revisión de bibliografía nacional y extranjera.

Palabras clave: Constitución, derechos fundamentales, heterarquía, gobernanza, sistemas sociales

* Doctor en derecho público por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos. Director Ejecutivo de la Fundação Universidade Caxias do Sul. Correo electrónico: germano.schwartz@me. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1354-8839>. SCOPUS ID: 57197720420.

** Doctor en derecho público por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos. Realizó el Doctorado Sanduíche (2021-2021) y la estancia doctoral (2020) en la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Profesor de la Universidad Federal de Mato Grosso (UFMT) y del Centro Universitario del Valle del Araguaia (UNIVAR). Investigador del Grupo de Investigación Teoría del Derecho (CNPq). Correo electrónico: bernardo@digitalattractor.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9611-8174>.

*** Doctor por la École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris (EHESS). Profesor Titular de la Universidad do Vale do Rio dos Sinos y del programa del posgrado en derecho de la Universidad Regional Integrada del Alto Uruguay (URI). Líder del Grupo de Investigación Teoría del Derecho (CNPq). Correo electrónico: leonel@unisos.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6971-1412>. SCOPUS ID: 57213186093

Inter-Systemic Constitutionalism, Constitution and Fundamental Rights: Between Constitutional Theory and Legal Sociology

Germano Schwartz

Bernardo Leandro Carvalho Costa

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, Brazil)

Leonel Severo Rocha

École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris (EHESS) (Paris, France)

Received: July 27, 2023 | **Evaluated:** August 12, 2023 | **Accepted:** September 12, 2023

Abstract

The purpose of this article is to present the theoretical and practical foundations of Intersystemic Constitutionalism. For this purpose, a review of constitutional theory will be made, showing the evolution of the concept of the constitution in its two phases. In this topic, relevant decisions of the constitutional jurisprudence of Germany, Brazil and France will be pointed out to elucidate this evolution. Furthermore, in the same section, the inadequacies of Constitutional Theory to observe new legal-constitutional problems, raised to the level of the world society, are highlighted. At this point, cases are selected that involve different Latin American countries, especially Brazil, but whose repercussions have been global. Once this problem has been identified, elements of legal sociology suitable for solving the aforementioned problem are presented, highlighting among them the heterarchic linkage of organizations with fundamental rights and governance. As a hypothesis, in the conclusions it is argued that an intersystemic constitutional rationality is essential, bringing together elements of Constitutional Theory and Legal Sociology to face the current challenges of Constitutional Law. The methodology applied is systemic, using the technique of indirect documentary research, with review of national and foreign bibliography

Keywords: Constitution, fundamental rights, heterarchy, governance, social systems.

Introducción

Concebimos el *constitucionalismo intersistémico* como una teoría socio-jurídico-constitucional apta para observar la manifestación de los problemas constitucionales de la sociedad mundial en ámbitos que trascienden las fronteras de los Estados Nacionales (globalización) y el alcance de los sistemas del derecho y la política (fragmentación), buscando alternativas de vinculación comunicativa de estos ámbitos a un punto común, los derechos humanos, en un ambiente de sostenibilidad social capaz de evitar superposiciones de diferentes racionalidades sistémicas, y con propuestas de efectivización social de los derechos humanos en la perspectiva de una Constitución en Red.

A partir de esta definición, estructuramos el presente artículo basándonos en dos áreas del derecho que forman, en su conjunto, las bases epistemológicas y de aplicación del Constitucionalismo Intersistémico: la teoría constitucional y la sociología jurídica.

Con este propósito, realizamos una construcción histórica de las bases de la teoría constitucional en la primera parte, destacando la influencia de los principales autores que contribuyeron a su consolidación, enfatizando las construcciones teóricas que surgieron después de la tradicional definición de constitución escrita del sistema jurídico de la *civil law*, presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Esta parte abarcará tanto las primeras concepciones de la teoría constitucional que sucedieron a los eventos revolucionarios franceses, como el desarrollo teórico-constitucional posterior en Alemania. También considera los debates entre Kelsen y Schmitt a lo largo del siglo XX y la consolidación del actuar de los tribunales constitucionales en materia de garantías de derechos humanos, que ocurrió a partir de la década de 1950 en el Tribunal Constitucional Federal Alemán y se extendió a otros países, como Francia y Brasil, en la década de 1990 y en los primeros años del siglo XXI.

A estas etapas, es decir, la formación de la teoría en Francia después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y su desarrollo posterior (1), y la consolidación de los tribunales constitucionales en la aplicación de los derechos humanos (2), las denominaremos dos fases del derecho constitucional, centrada la primera en la separación de poderes y enfocada la segunda en la garantía de derechos.

Partiendo de la perspectiva de que el fenómeno de la globalización ha alterado las relaciones entre el derecho y la política, llevando los problemas constitucionales al nivel de la sociedad mundial, la segunda parte del artículo presenta las bases epistemológicas de la sociología jurídica que sirven para esta constatación.

Partiendo de un aporte epistemológico de la sociología jurídica en el siglo XX, a partir de los trabajos de Erlich, Sciulli, Nonet y Selznick, el texto se dirige a la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, cuya base teórica concibe la Constitución como un acoplamiento estructural (punto de contacto) entre los sistemas sociales del derecho y la política. En la secuencia, pasamos por las distinciones entre constitución formal y material de Febbrajo; el desarrollo de una sociología de las constituciones de Thornhill y las observaciones sobre la fragmentación constitucional de Teubner, que consideramos como aportes epistemológicos derivados de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, y que se aplican para observar la Constitución.

La síntesis de estas concepciones teóricas la denominamos constitucionalismo intersistémico, que consideramos, en los aportes finales, como un punto de conexión entre la teoría constitucional (primera parte) y la sociología jurídica (segunda parte), de manera que se consolida como una base epistemológica para observar los nuevos desafíos del constitucionalismo en la globalización¹, así como para proponer soluciones a estos problemas por medio de la vinculación heterárquica de las organizaciones con los derechos fundamentales y la gobernanza.

En la secuencia de la segunda parte, mencionaremos algunos ejemplos trabajados en nuestro laboratorio sobre constitucionalismo intersistémico, llevado a cabo en el ámbito del Grupo de Investigación Teoría del Derecho (CNPq), con resultados publicados desde nuestro primer libro sobre la temática “Sociología Sistêmico-autopoiética das Constituições”², pasando por las obras “Atualidade da Constituição”³, “Futuro da Constituição”⁴, “Constitucionalismo Intersistêmico”⁵ y “A Cultura Jurídica e

¹ Germano Schwartz y Fernando Pedro Meirero, *Donde el Derecho y la política se acoplan estructuralmente: las constituciones*, *Novum Jus* 13, núm. 2 (2019): 17-37. DOI: 10.14718/NovumJus.2019.13.2.2

² Germano Schwartz, Jiri Piribán y Leonel Severo Rocha, *Sociologia Sistêmico-Autopoiética das Constituições* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

³ Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa, *Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann*, Febbrajo, Teubner e Vesting. 1. ed. (Porto Alegre: FI, 2020).

⁴ Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa, *O futuro da Constituição: Constitucionalismo social em Luhmann e Teubner* (Porto Alegre: Editora Fi, 2021).

⁵ Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa, *Constitucionalismo Intersistêmico: sistemas sociais e Constituição em rede*, 1. ed. (Blumenau: Dom Modesto, 2023).

o Constitucionalismo Digital⁶, contando con la coautoría de Alberto Febbrajo, que comprueban la imprescindibleidad de la unión entre las bases de la teoría constitucional y la sociología jurídica para observar y proponer soluciones a los nuevos desafíos que colocan la Constitución en el nivel de la sociedad globalizada.

En estos trabajos, siguiendo el ejemplo de lo que se hará en este artículo, se seleccionan casos que involucran a distintos países latinoamericanos, en especial a Brasil, pero cuya repercusión fue global.

Como teoría base, se utilizará la sociología sistémica de Luhmann, fundamento epistemológico para las diversas corrientes teóricas que integran el Constitucionalismo Intersistémico, utilizando como técnica de investigación la documentación indirecta, con revisión de bibliografía nacional y extranjera.

Teoría constitucional

Comenzando, en primer lugar, con la tradicional división entre los sistemas jurídicos de *common law*, basados en la idea de precedentes judiciales, y el sistema de *civil law*, donde la legislación es la base de las decisiones, podemos señalar que la concepción de Constitución del sistema de *civil law* tiene su origen contemporáneo en Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Siendo una declaración de derechos que precede incluso a la primera Constitución Francesa (1791), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece en su artículo 16 que “toda sociedad en la que no estén asegurados los derechos ni la separación de poderes no posee una Constitución”⁷.

La primera definición contemporánea de Constitución, que luego sería consagrada en un documento único y formal (la Constitución Francesa de 1791), vinculaba la idea de Constitución a dos ideales: la separación de poderes y la garantía de derechos.

Los movimientos históricos posteriores muestran cómo, en el ámbito de la aplicación, la Constitución surgía con el objetivo de la separación de poderes, dejando la garantía de derechos para una etapa posterior en la línea histórico-constitucional.

⁶ Germano Schwartz, Leonel Severo Rocha y Alberto Febbrajo. *A Cultura Jurídica e o Constitucionalismo Digital* (São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023).

⁷ En el original: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. Francia, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*.

De hecho, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 marcaba, en Francia, un movimiento de positivación de derechos a partir de una doctrina clasificada como “jusnaturalismo racional”, que positivaba, mediante una “búsqueda racional”, los derechos considerados naturales por los intelectuales franceses ligados a la Revolución.

En el contexto revolucionario francés, en la pretendida transición a una monarquía constitucional, existía una fundada desconfianza hacia los jueces, funcionarios del Estado aún vinculados al antiguo régimen. Por esta razón, la separación de poderes consagrada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se basaba principalmente en un movimiento de conquista de autonomía del poder legislativo frente a los demás poderes.

Como fundamento para esta separación estricta, la teoría de Montesquieu⁸ contribuyó como fundamento teórico para la idea de separación de poderes, concibiendo la existencia de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) independientes y armónicos entre sí.

Destacando el protagonismo del Poder Legislativo a partir de la Revolución, la fórmula tradicional de Rousseau fue consagrada en la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 6º, al afirmar que “la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de contribuir personalmente o por representación a su formación”⁹.

En resumen, por lo tanto, el ideal de separación de poderes consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 caracterizaba principalmente un movimiento de no intervención del Poder Judicial, aún vinculado al antiguo régimen, sobre el Poder Legislativo, que ganaba cuerpo a partir de la Revolución Francesa. Desde el movimiento de positivación de los derechos naturales de la Declaración de 1789 hasta la asamblea constituyente que redactó la Constitución Francesa de 1791, con uno de los intelectuales protagonistas como Sieyes¹⁰ y su texto “¿Qué es el Tercer Estado?”¹¹, el Poder Legislativo cobraba importancia y abogaba por la separación de poderes.

⁸ Charles de Secondat, Baron de Montesquieu. *De l'esprit des lois*, I. Présentation par Victor Goldschmidt (Paris: Flammarion, 1979), 308.

⁹ En el original: “La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation”. Francia, *Déclaration des Droits*.

¹⁰ Leonel Severo Rocha, “O problema da democracia em Sieyès”, *Sequência: estudos jurídicos e políticos* 8, núm. 14 (1987).

¹¹ Emmanuel Joseph Sieyes, *Qu'est ce que le Tiers Etat?* (Paris: Champs Classiques, 2009).

La secuencia de elaboración de leyes en Francia creó algunos institutos característicos de este ideal, como el referendo legislativo, presente en las llamadas leyes revolucionarias que siguieron a la Revolución Francesa. En resumen, si un juez tenía dudas sobre la aplicación de una ley, esas dudas debían ser refrendadas por el Poder Legislativo, sin que el Poder Judicial pudiera interpretar las leyes de manera alguna.

Estas proposiciones formaron parte de las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo en el período posterior a la Revolución Francesa, y se puede destacar la Escuela de la Exégesis como uno de los movimientos que enfatiza esta posición. Los trabajos de Portalis¹², consejero del Estado encargado de presidir los trabajos de Codificación, y Géný¹³, renombrado jurista francés, sobre el Código Civil Francés de 1804 y los estudios sobre esta relación, son casos destacados de esta escuela.

Con el propósito de asegurar la separación de poderes, especialmente la no interferencia del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo, surgió el constitucionalismo como técnica de limitación de los poderes a través de un documento único (la Constitución)¹⁴.

A partir de esta influencia, los primeros teóricos del Derecho Constitucional, que surgía como una rama del Derecho Público (rama del Derecho que trata las relaciones en las que el Estado es parte), vinculaban el constitucionalismo a la propia idea de Teoría General del Estado.

En este sentido, surgieron los trabajos de Carré de Malberg¹⁵ en Francia y Jellinek¹⁶ en Alemania, para quienes la Constitución debería regular el ejercicio del *imperium* del Estado sobre los ciudadanos que habitan en él. Pueblo, territorio y soberanía son, por lo tanto, elementos imprescindibles de la Teoría General del Estado, que ahora tenía al Derecho Constitucional como mediador de esta relación de limitación de los poderes.

De este período inicial de formación de una teoría constitucional, se pueden destacar dos características principales de nuestro objeto de estudio. El derecho

¹² Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil* (Paris, 1801).

¹³ François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II (Paris: LGDJ, 1919).

¹⁴ Norberto Bobbio, *Estado, gobierno, sociedad: fragmentos de un diccionario político*, 20.º ed., rev. e actual (São Paulo: Paz e Terra, 2017), 117.

¹⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, préface d'Éric Maulin (Paris: Dalloz, 2003).

¹⁶ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado* (Granada: Comares, 2000), 788.

constitucional es una rama del derecho: 1) vinculada a la separación de poderes; 2) accesible para políticos. Podemos considerar esta caracterización como la primera fase del derecho constitucional.

En resumen, las discusiones iniciales del derecho constitucional eran llevadas a cabo por políticos, quienes utilizaban la Constitución para saber qué *quorum* era necesario para la aprobación de una ley, por ejemplo, y podían ellos mismos acudir al Poder Judicial en caso de incumplimiento. Del mismo modo, el Poder Ejecutivo estaba limitado por las directrices establecidas en la Constitución.

Se puede, sin embargo, preguntar ahora qué sucedió con la garantía de derechos positivada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De hecho, más allá de la primera concepción contemporánea de la Constitución del sistema jurídico de la *civil law*, la Declaración de 1789 positivó una serie de derechos considerados como derechos naturales, que podemos considerar como derechos humanos en el lenguaje contemporáneo.

Sin embargo, al mismo tiempo que estos derechos fueron positivados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la misma declaración establecía una separación estricta de poderes, que no permitía la revisión constitucional, por parte del Poder Judicial, de leyes del Poder Legislativo y actos del Poder Ejecutivo que contradijeran la Constitución.

La garantía de derechos, es decir, la posibilidad de revisar leyes y actos por parte del Poder Judicial, fue un tema planteado por constitucionalistas del siglo XX, principalmente por el reputado jurista Hans Kelsen.

En el contexto de la promulgación de la Constitución de Weimar (1919) en Alemania, con la positivación de una serie de derechos humanos, considerados como derechos sociales de segunda generación según la acepción de Bobbio¹⁷, Kelsen¹⁸ comenzó a defender la necesaria existencia de un Tribunal Constitucional que tuviera la competencia para revisar leyes y actos que contradijeran los derechos humanos, formando una legítima jurisdicción constitucional que actuara como guardiana de la Constitución. En esa época, se conoció el debate entre Kelsen y Carl Schmitt¹⁹, para quien el presidente del Reich debería ser el Guardián de la Constitución.

¹⁷ Norberto Bobbio, *A era dos direitos* (Rio de Janeiro: Campus, 2004).

¹⁸ Hans Kelsen, *Jurisdição constitucional* (São Paulo: Martins Fontes, 2003).

¹⁹ Carl Schmitt, *O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho* (Belo Horizonte: Del Rey, 2007).

A pesar de la relevancia de los debates sostenidos en ese momento, posteriormente Europa experimentó momentos que Rosanvallon²⁰ clasifica como “detracción de la democracia”, dominada por los movimientos nazi y fascista, que impedían cualquier pretensión de garantía de derechos humanos en ese contexto. Las pretensiones de evolución del derecho constitucional, especialmente la garantía de derechos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aún quedaban como promesas en el siglo XX.

El movimiento de transición democrática después de la Segunda Guerra Mundial estuvo nuevamente marcado por declaraciones de derechos. Una tradición en el sistema jurídico de la *civil law* es la precedencia de las declaraciones de derechos con respecto a las Constituciones. Así como la Constitución Francesa de 1791 fue precedida por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX fueron precedidas por relevantes declaraciones de derechos: la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y Deberes del Hombre (2 de mayo de 1948) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (9 de diciembre de 1948)²¹.

Luego de este movimiento, Europa inició un proceso de constitucionalización en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, destacándose, entre otras Constituciones, la de Italia (1947), la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949) y la Constitución de la V República Francesa (1958), que tendrán relevancia en el desarrollo del presente artículo en términos de garantía de derechos.

En conjunto, el movimiento de constitucionalización posterior a la Segunda Guerra Mundial, en lo relativo a Europa y América Latina²², históricamente inaugura lo que consideramos como una segunda fase del Derecho Constitucional, caracterizada por: 1) garantía de derechos y 2) acceso de la jurisdicción constitucional para los ciudadanos.

Así, no solo se puede observar la promesa de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en términos de garantía de derechos en este movimiento, sino también un acceso del ciudadano a los tribunales encargados de

²⁰ Pierre Rosanvallon, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique* (Paris: Seuil, 2020).

²¹ Laurence Burgorgue Larsen, “Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008* (Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009), 149.

²² Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori y Bernardo Leandro Carvalho Costa, “O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica”, *Revista Eletrônica Direito e Política* 8, núm. 1 (2013).

aplicar la Constitución. En este sentido, la segunda fase del derecho constitucional marca, sobre todo, una transición del constitucionalismo como técnica estricta de limitación del poder, antes caracterizado por la no interferencia del Poder Judicial en el Poder Legislativo, hacia una posibilidad de revisión continua de las leyes y actos administrativos por parte de los tribunales, encargados de ejercer una custodia continua de la Constitución.

El proceso de efectivización de las Constituciones, es decir, la “garantía de derechos”, comenzó en Alemania. La creación del Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1951 puede considerarse un hito histórico en la reanudación de discusiones teóricas realizadas a principios del siglo XX, específicamente sobre la necesidad de instituir un tribunal capaz de llevar a cabo la custodia de la Constitución.

Establecido en la pequeña ciudad de Karlsruhe, con el propósito de alejar posibles influencias políticas en sus decisiones, el Tribunal Constitucional Federal Alemán fue creado con el deber de interpretar los derechos fundamentales presentes en la Ley Fundamental Alemana de 1949.

Aún en la década de 1950, se puede observar la primera decisión del Tribunal que inicia una fase de “garantía de derechos” en la historia constitucional. En 1958, Eric Lüth, quien había sido condenado en el ámbito civil por realizar un boicot público a una película de un cineasta vinculado al nazismo, logra anular esa decisión al presentar una Reclamación ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán, sosteniendo la prevalencia de su libertad de expresión frente a la condena impugnada. El tribunal falla a favor del individuo, estableciendo la siguiente tesis: “los derechos fundamentales son un orden objetivo de valores”²³. De esta sentencia, surgieron consideraciones sobre la necesidad de sopesamiento o ponderación de valores, que serían objeto de debates teóricos posteriores entre Robert Alexy y Ralf Poscher en Alemania.

En resumen, se puede observar cómo el derecho constitucional, de manera diferente a su concepción en la primera fase (no intervención en los actos del Parlamento), pasa a actuar continuamente en el control de constitucionalidad de las leyes por parte del Poder Judicial. En este caso particular, un Tribunal Constitucional modificó una cuestión de naturaleza civil, lo que más tarde se consideraría por la doctrina como

²³ Rafael G. Dalla Barba y Juan Antonio García Amado (Org.), *Principios jurídicos: el debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*, 1.º ed. (Lima: Editorial Palestra, 2022).

“constitucionalización del derecho civil”. De igual modo, una rama del derecho antes enfocada en asuntos políticos se vuelve accesible para los ciudadanos.

Después de la revisión del Derecho Civil llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, otras solicitudes demostraron la presencia continua de la constitucionalización entre las diferentes ramas del derecho, incluyendo la revisión de actos de la Administración Pública e incluso de materia en Derecho Penal.

En Francia, la primera decisión que consideró la Constitución ocurrió en la década de 1970. En un caso que cuestionaba una determinada ley en relación con la libertad de expresión (Decisión núm. 71-44 DC del 16 de julio de 1971)²⁴, el Consejo Constitucional Francés falló a favor del pedido, afirmando la fuerza del preámbulo de la Constitución de 1958 y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como parámetros para el control de constitucionalidad de las leyes. Se observa, en este punto, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 tardó casi 200 años en tener una aplicabilidad efectiva en un tribunal.

De manera similar, otra decisión del Consejo Constitucional Francés²⁵ reinterpreto la definición rousseauiana del artículo 6° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, para afirmar que “la ley votada no expresa la voluntad general *sino* el respeto a la Constitución” (traducción propia).²⁶

Por lo tanto, contrario a los ideales expresados en la primera fase del Derecho Constitucional, centrada en la separación de poderes y la no intromisión del Poder Judicial en el Poder Legislativo, la Constitución pasó a ser vista como un referente de garantía de derechos que debía ser aplicado por el Consejo Constitucional.

Haciendo una síntesis de estas decisiones, se consolidó en Francia el concepto de bloque de constitucionalidad, es decir, la conciencia sobre los parámetros que servirían para el control del Consejo Constitucional Francés sobre las leyes, incluyendo no solo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), con todos los derechos civiles y políticos contenidos en ella, sino además

²⁴ Francia, Décision núm. 71-44 DC du 16 juillet 1971. Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

²⁵ Francia, Décision núm. 85-197 DC du 23 août 1985. Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

²⁶ En el original: “la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution”. Francia, Décision n° 85-197 DC.

el Preámbulo de la Constitución de 1946, con los derechos económicos, sociales y culturales garantizados por él, la Carta del Desarrollo (2005) y la Constitución vigente (1958), con los principios establecidos en ella²⁷.

Las decisiones mencionadas anteriormente, por lo tanto, llevaron a la jurisdicción constitucional francesa hacia uno de los puntos fundamentales de la segunda fase del Derecho Constitucional: la idea de la Constitución como garantía de derechos. Sin embargo, los casos mencionados son cuestiones llevadas al Consejo Constitucional Francés por políticos, quienes hasta entonces eran los únicos actores legitimados para acceder a la revisión constitucional.

Un verdadero avance en el ámbito del Consejo Constitucional Francés ocurrió después de 2008, con la reforma constitucional que agregó el artículo 61-1 a la Constitución de 1958²⁸, permitiendo que cualquier ciudadano pudiera recurrir a la jurisdicción constitucional a través de un instrumento denominado “Cuestión Prioritaria de Constitucionalidad”. Consagrado como un mecanismo de control difuso, esta previsión constitucional permitió que los ciudadanos acudieran al Consejo Constitucional Francés a partir de decisiones desfavorables tomadas en el doble grado de jurisdicción y que tuvieran un fundamento constitucional en la causa.

A partir del establecimiento de la posibilidad de recurrir a la jurisdicción constitucional mediante el control difuso, el Consejo Constitucional Francés comenzó a utilizar los elementos del bloque de constitucionalidad para revisar leyes basándose en las solicitudes de los ciudadanos. Entre otros casos destacados, se encuentra la Decisión número 2010-613 DC del 7 de octubre de 2010²⁹, que juzgó la constitucionalidad de la ley que prohibía ocultar el rostro en el espacio público. Utilizando como parámetros de decisión la Declaración de 1789 (artículos 4 y 10)³⁰ y el preámbulo de la Constitución de 1946, se encuentra también la Decisión n° 2010-92 QPC del 28 de 2011³¹, que trataba sobre la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. El caso, llevado a juicio por dos mujeres que tuvieron denegado su derecho a casarse, resultó en la promulgación de la *Ley del Casamiento para Todos* el 17 de marzo de 2013³², permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo.

²⁷ Dominique Rousseau, *La loi est-elle toujours souveraine?*, video de Youtube, 21 de noviembre de 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=AxlUKWN14QE&t=2692s>. Consultado el 19 de agosto de 2020.

²⁸ Francia, *Constitution de la République française*. Constitution du 4 octobre 1958.

²⁹ Francia, Décision núm. 2010-613 DC du 7 octobre 2010. Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

³⁰ Francia, Décision n° 2010-613 DC.

³¹ Francia, Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011. Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe].

³² Francia, LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

En este contexto, la secuencia de actuación del Consejo Constitucional Francés evidencia una práctica continua de revisión de diferentes áreas del derecho que, teniendo como base el bloque de constitucionalidad, realiza una verdadera constitucionalización del derecho. Así, junto con las decisiones seleccionadas anteriormente que involucran derechos civiles, se puede mencionar la revisión en el derecho penal llevada a cabo en la Decisión número 2012-240 QPC del 4 de mayo de 2012³³ que anuló, a pedido de un ciudadano condenado, el artículo 222-33 del Código Penal, el cual no definía adecuadamente el delito de acoso sexual.

A través del análisis del conjunto de estas decisiones, es posible afirmar que tanto en Alemania como en Francia se puede observar la evolución del Derecho Constitucional hacia una segunda fase, orientada a dos características específicas: 1) garantía de derechos, es decir, la intervención del Poder Judicial en la revisión de leyes y actos; 2) acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional, antes accesible solo para políticos.

Retomando la definición de Constitución de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (“Toda sociedad en la que no estén asegurados los derechos ni la separación de poderes no tiene una Constitución”),³⁴ se puede observar históricamente cómo ocurre esta transición de la separación de poderes a la garantía de derechos.

En Brasil, destacando el período de transición de la dictadura que dominó América Latina hasta al menos la década de 1980, la Constitución Federal Brasileña de 1988 consagró diferentes posibilidades de acceso directo a la jurisdicción constitucional, incluyendo instrumentos de control concentrado y difuso de constitucionalidad. En términos de control concentrado de constitucionalidad, la revisión puede ser solicitada por políticos y representantes de la sociedad, como las entidades sindicales, a través de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI), la Acción Directa de Constitucionalidad (ADC) y la Redargución de Incumplimiento de Precepto Fundamental (en portugués *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ADPF). En cuanto al control difuso de constitucionalidad, el Supremo Tribunal Federal Brasileño es accesible para cualquier ciudadano que haya recibido una decisión judicial negativa en segunda instancia, habiendo planteado previamente una cuestión constitucional pre-cuestionada y de repercusión general.

³³ Francia, Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012. M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel].

³⁴ En el original: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. Francia, *Déclaration des Droits*.

Los casos más destacados de la jurisdicción brasileña en materia de garantía de derechos utilizando los instrumentos mencionados anteriormente pueden ser observados a partir de 2011, con énfasis en el juicio conjunto de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4277 y la Redargución de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 132³⁵, que permitió el reconocimiento de la unión estable entre personas del mismo sexo en Brasil, realizando una interpretación constitucional del artículo 1.723 del Código Civil y del artículo 226 de la propia Constitución Federal Brasileña.

Posteriormente a la decisión mencionada, que revisó la interpretación de dispositivos de Derecho Civil con base en la Constitución Federal Brasileña de 1988, otros juicios relevantes trataron la interpretación constitucional de instituciones del Derecho Penal. Se destaca, en este ámbito, la importancia del juicio de la Redargución de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF-54)³⁶ de 2012, que reconoció la posibilidad de aborto de fetos anencefálicos a partir de una petición de la Confederación Nacional de Trabajadores de la Salud (CNTS), revisando los artículos 124, 126 y 128, incisos I y II, del Código Penal Brasileño.

Además, diversos otros juicios orientados a la garantía de derechos adquirieron relevancia en el ámbito del Supremo Tribunal Federal Brasileño en la segunda década del siglo XXI, marcando una verdadera transición de la jurisdicción constitucional brasileña hacia el ámbito de la garantía de derechos. Entre otros, se destacan siguientes juicios: cuotas raciales en universidades (2012) en la Redargución de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 186³⁷; demarcación de tierras ocupadas por quilombolas (2018) en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 3239³⁸; posibilidad de sacrificio de animales en rituales de religiones de matriz africana (2019) en el Recurso Extraordinario 494601³⁹; criminalización de violaciones a derechos fundamentales de integrantes de la comunidad LGBTQIA+ (2019) en la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión (ADO) 26; revisión de la reforma laboral en cuanto al trabajo de gestantes en actividades

³⁵ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: reconhece união homoafetiva. Brasília, 2011.

³⁶ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez. Brasília, 2012.

³⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: julga constitucional política de cotas na UnB. Brasília, 21 de outubro de 2014.

³⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: garante posse de terras às comunidades quilombolas. Brasília, 08 de fevereiro de 2018.

³⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrificio de animais em rituais religiosos. Brasília, 28 de março de 2015.

insalubres (2019) en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 5938⁴⁰; posibilidad de vacunación obligatoria (2020) en el Recurso Extraordinario con Agravo (ARE) 1267879 y en las Acciones Directas de Inconstitucionalidad (ADIs) 6586 y 6587⁴¹; prohibición de utilizar la tesis de legítima defensa de la honra en crímenes de feminicidio (2021) en la Redargución de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 779⁴².

Se observa, por lo tanto, la consolidación del derecho constitucional en la garantía de derechos en países europeos, como Alemania y Francia, y en Brasil en América Latina. En resumen, las características de la segunda fase del Derecho Constitucional se consolidan en los países mencionados, es decir: 1) garantía de derechos; 2) acceso de los ciudadanos a la jurisdicción constitucional.

Este es un movimiento que comienza en la segunda mitad del siglo XX, en un proceso de constitucionalización y creación de tribunales constitucionales en Europa, y se intensifica en la década de 1990 y principios del siglo XXI.

En este punto de evolución histórica, se destaca que las dos primeras fases mencionadas, aunque con la concepción de jurisprudencia centrada en la garantía de derechos y accesible para los ciudadanos, todavía abarcan la observación y resolución de problemas relacionados con los territorios de los Estados nacionales, mediante un control constitucional que tiene como parámetro la Constitución de cada país y su relación de constitucionalización con las diferentes ramas del derecho. Tomando los ejemplos mencionados anteriormente, se puede vislumbrar cómo Alemania, Brasil y Francia resolvieron problemas internos de criminalización y descriminalización de ciertas conductas, como el aborto, el acoso sexual y la violencia contra la comunidad LGBTQIA+ dentro de sus territorios, en relación con su legislación interna. Del mismo modo, a pesar de la relevancia internacional y la simetría temporal del caso, Brasil y Francia tomaron decisiones autónomas en relación con el reconocimiento de la unión estable y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Estos son, por lo tanto, problemas constitucionales relevantes, pero cuya solución se encuentra en el interior de cada país, en un análisis entre la Constitución del Estado y las diferentes ramas del derecho.

⁴⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Brasília, 13 de junho de 2019.

⁴¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional. Brasília, 17 de dezembro de 2020.

⁴² Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: proíbe uso da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio. Brasília, 15 de março de 2021.

Sin embargo, paralelamente al avance de la segunda fase del derecho constitucional a finales del siglo XX, que representó decisiones relevantes en materia de garantía de derechos, otro fenómeno social avanzaba de manera desenfrenada en la sociedad: la globalización. Con la caída del Muro de Berlín en 1991 como un hito simbólico, comenzó a observarse la propagación de relaciones en diversos ámbitos sociales, antes limitadas a los territorios de los Estados nacionales, hacia el espacio global.

En este sentido, más allá de los temas relevantes relacionados con la concreción de la garantía de derechos dentro del territorio de los Estados nacionales, diversos temas, ahora de alcance global, pasaron a estar en la agenda del Derecho Constitucional. A modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes casos: persecución transnacional del delito de lavado de dinero; violaciones de derechos humanos y comisión de delitos ambientales por parte de empresas transnacionales; disputas relacionadas con nombres de dominio y derechos fundamentales en internet; tratamiento global de pandemias.

Los propósitos de observación y resolución de estos nuevos problemas constitucionales nos llevaron a estudios existentes en el ámbito de la sociología jurídica que pudieran contribuir con la observación y eventuales proposiciones de resolución en una tercera fase del derecho constitucional, relacionando la garantía de derechos con problemas elevados al nivel de la globalización.

Así, hemos empezado a sostener esta nueva influencia epistemológica de la sociología jurídica en el derecho constitucional a través del término “constitucionalismo intersistémico” que reúne, en el mismo término, influencias de la teoría constitucional y de la sociología jurídica para la observación de los problemas jurídico-constitucionales emergentes en el ámbito de una sociedad globalizada, como sustentaremos en el próximo ítem.

Sociología jurídica

Los autores enfocados en la sociología jurídica son de fundamental importancia para observar los impactos del fenómeno de la globalización en la sociedad. Con este propósito, en la medida en que los cambios sociales son percibidos y descritos por los sociólogos, la intención de utilizar estas obras es contrastar precisamente esas conceptualizaciones con las concepciones tradicionales centradas en la construcción de la teoría constitucional.

Así, por un lado, se ha demostrado cómo la idea de Constitución surgió vinculada a la teoría general del Estado⁴³ y sus elementos constitutivos, como el pueblo, el territorio y la soberanía⁴⁴. Por otro lado, es evidente cómo el fenómeno de la globalización relativiza esta concepción, describiendo cómo las situaciones sociales, antes vinculadas a contextos geográficos específicos, comienzan a tener una diseminación global.

En este sentido, la propia concepción de evolución entre las llamadas dos fases del derecho constitucional, como se mostró en el tema anterior, asume nuevos desafíos. Con el avance de las cuestiones constitucionales más allá del ámbito de los Estados, la idea misma de Constitución como instrumento de garantía de derechos, y con acceso de los ciudadanos a los tribunales, deja de ser suficiente para la resolución de los nuevos problemas globales, con lo que pierde su “imagen tranquilizadora como vértice del ordenamiento jurídico”⁴⁵.

Por lo tanto, al reconocer que la concepción de Constitución como garantía de derechos representó una gran etapa en la evolución jurídica, es necesario avanzar en esta definición y comprender que la resolución de los nuevos problemas constitucionales no depende solo de la actuación de los tribunales constitucionales en el contexto específico de cada Estado.

Este movimiento de transición epistemológica requiere etapas de 1) definición conceptual; 2) detección de problemas; y 3) propuestas de solución. En la primera etapa, pensando en términos de definición conceptual proveniente de la Sociología Jurídica, es importante destacar la consistente base epistemológica que contrastó los elementos de la teoría constitucional con aportes centrados en las relaciones entre derecho y sociedad a lo largo del siglo XX. En este sentido, es relevante el trabajo de Erlich⁴⁶, que debate las definiciones tradicionales de Hans Kelsen y sostiene la existencia de un *derecho vivo*⁴⁷, existente y efectivo en diferentes organizaciones, independiente de la intervención estatal jerárquica, señalado por la teoría tradicional del constitucionalismo.

⁴³ Malberg, *Contribution à la théorie*.

⁴⁴ Jellinek, *Teoría general del Estado*.

⁴⁵ Alberto Febrajo, *Sociología do Constitucionalismo*, Tradução de Sandra Regina Martini (Curitiba: Juruá, 2016), 18.

⁴⁶ Eugen Ehrlich, *Fundamentos da sociologia do direito* (Brasília: Universidade de Brasília, 1986).

⁴⁷ Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (New York: Russel e Russel, 1962).

En dicha línea de pensamiento, señalando las características constitucionales del derecho vivo disponible en la sociedad más allá del Estado, Sciulli⁴⁸ planteó las bases teóricas de lo que denominó *constitucionalismo societario*, destacando la fuerza vinculante del Derecho sobre un plano horizontal y heterárquico en la sociedad, creada a partir de la autonomía de las diferentes organizaciones. Esta terminología sirve de base para estudios recientes de Teubner⁴⁹, como destacaremos a continuación.

La sociología jurídica, por tanto, demostró ser una base epistemológica consistente para contrastar los elementos tradicionales de la teoría constitucional a lo largo del siglo XX, sobre todo la centralidad atribuida al Estado por sus principales exponentes. Junto a los ya destacados Erlich y Sciulli, se pueden mencionar los trabajos relevantes de Nonet y Selznick⁵⁰, que analizan la relación entre derecho y sociedad y brindan las bases de transición para un sistema jurídico responsivo.

Entre las diferentes teorías que conforman la base epistemológica de la sociología jurídica, destacamos la teoría de los sistemas sociales de Luhmann⁵¹, que concibe la sociedad como un amplio sistema de comunicaciones especializadas, marcando sus características específicas a través de sistemas sociales diferenciados. Estos sistemas sociales, una idea que vinculamos a la globalización, se diseminan más allá de las fronteras de los Estados nacionales a partir de la conceptualización de la sociedad mundial.

Por lo tanto, la concepción del derecho como sistema social, observada a través de un código binario que representa este sistema (derecho / no derecho), se puede mencionar y verificar independientemente de divisiones territoriales. En resumen, juristas u operadores del derecho observan los hechos sociales a partir de la distinción entre derecho y no derecho en diferentes lugares del mundo⁵².

El punto de observación del derecho como sistema social de comunicación global se fortaleció a lo largo del siglo XX. Como defendimos en el apartado anterior, la concepción contemporánea de la Constitución para los países con tradición

⁴⁸ David Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992).

⁴⁹ Gunther Teubner, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização* (São Paulo: Saraiva, 2016).

⁵⁰ Philippe Nonet y Philip Selznick, *Direito e sociedade. A transição ao sistema jurídico responsivo* (Rio de Janeiro: Revan, 2010).

⁵¹ Niklas Luhmann, *O direito da sociedade* (São Paulo: Martins Fontes, 2016), 597.

⁵² Luhmann, *O direito da sociedade*, 598.

en el sistema jurídico de derecho civil tiene origen francés, en los términos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁵³, lo que pasó a influir en las construcciones constitucionales de diversos países. De manera similar, las declaraciones de derechos escritas en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, entre las cuales destacamos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)⁵⁴ y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)⁵⁵, influyeron en gran medida en la elaboración de las Constituciones de los Estados en ese período.

Desde una observación sociológica sobre este fenómeno, es posible verificar la similitud entre los derechos fundamentales presentes en las diferentes constituciones en Europa durante el período de refundación y los derechos humanos previstos en las declaraciones de derechos. Según el análisis, este movimiento de simetría en la internalización de derechos internacionales en el sistema constitucional de los Estados puede comprobar la existencia de un verdadero constitucionalismo transnacional. Este movimiento, como destaca Thornhill⁵⁶, representaba un proceso de inclusión de diferentes países en el escenario internacional. En este sentido, la internalización de derechos presentes en las declaraciones representaba los primeros pasos de un intento de unificación en el ámbito de Europa, que, con la creación de la Unión Europea, pasaron a llamarse valores comunes⁵⁷.

Este movimiento de internalización de los derechos humanos consagrados en las declaraciones de derechos en el escenario internacional también se puede observar en los procesos de constitucionalización de América Latina después de las dictaduras militares en la región, especialmente en las constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), lo que la doctrina ha pasado a denominar nuevo constitucionalismo latinoamericano⁵⁸.

Se concluye de este proceso que la observación del derecho como sistema social de comunicación (Luhmann) se puede observar más fácilmente a partir de la constatación de que los derechos humanos, especialmente después de la Segunda

⁵³ Francia, *Déclaration des Droits*.

⁵⁴ Organización de los Estados Americanos (OEA). Comissão Interamericana de direitos humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁵⁶ Chris Thornhill, *A sociology of Transnational Constitutions: social foundations of the post-national legal structure* (London: Cambridge, 2016), 8.

⁵⁷ Monica Claes, "Editorial Note: How Common are the Values of the European Union?" (2019) 15 CYELP VII. <https://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/373>

⁵⁸ Cademartori *et al.*, "O novo constitucionalismo".

Guerra Mundial en Europa y el período de redemocratización en América Latina, forman un lenguaje común, ya que están previstos tanto en las declaraciones de derechos a nivel internacional y regional como en las Constituciones de los Estados, configurando como resultado un verdadero constitucionalismo transnacional (Thornhill). Los puntos de observación de dos sociólogos contribuyen, por lo tanto, a esta primera definición teórica.

Junto con la definición de los derechos humanos como un lenguaje común en la comunicación del sistema legal en la sociedad mundial, la observación sociológica nos muestra cómo la difusión de violaciones de derechos también se propaga más allá de las fronteras de los Estados nacionales en la actualidad. En este punto específico, el importante trabajo sociológico de Teubner⁵⁹ ha denominado “nuevas cuestiones constitucionales” tanto a las violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales como a las amenazas a los derechos fundamentales, como la libertad de expresión, en entornos dominados por intermediarios privados en Internet.

Una vez evidenciado el modo en que la sociología jurídica proporciona nuevos marcos conceptuales para la observación del derecho constitucional en la globalización, es posible pasar a la segunda etapa de consolidación del constitucionalismo intersistémico: la detección de problemas globales.

En la segunda etapa es posible demostrar cómo las afirmaciones de Teubner⁶⁰ se confirman en casos jurídicos globales relevantes. Una de las preocupaciones iniciales del entorno de fragmentación constitucional es precisamente la de las violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales. Con sede principal en un país extranjero, grandes grupos empresariales explotan actividades en diferentes territorios mientras les resulta conveniente y, al abandonar el lugar o causar daños irreversibles al medio ambiente y a la población, encuentran formas de no ser responsabilizados judicialmente por lo ocurrido.

El caso de Chevron Texaco ilustra perfectamente esta situación. La empresa explotó petróleo en la parte de la Amazonia ecuatoriana desde 1964 hasta 1992, vertiendo aproximadamente 73 mil millones de litros de petróleo en el medio ambiente durante casi 30 años de explotación en la zona, destruyendo 450.000 hectáreas de

⁵⁹ Teubner, *Fragmentos constitucionais*, 23.

⁶⁰ *Ibid.*

bosques, derramando 60 millones de litros de agua tóxica en los ríos, creando 880 fosas de residuos de hidrocarburos y quemando 6.65 millones de metros cúbicos de gas natural al aire libre⁶¹. Todo esto tuvo como resultado la disminución de la biodiversidad detectada en la zona, con la desaparición de peces, un aumento en la tasa de mortalidad de la población y un crecimiento exponencial de casos de cáncer y otras enfermedades relacionadas con la toxicidad de los elementos vertidos en la región. También dejó como resultado la extinción de tribus indígenas locales debido a la explotación desenfrenada⁶².

En 1993, aproximadamente 30.000 ecuatorianos, incluidos indígenas y nativos afectados directamente, presentaron una demanda en Estados Unidos, sede de la empresa, en busca de una compensación parcial de los daños ambientales irreversibles causados por la empresa. Sin embargo, la acción fue desestimada en Estados Unidos en 2002 (caso *Aguinda vs. Chevron*), reconociéndose la incompetencia de la jurisdicción estadounidense para intervenir en el caso. Aunque no había más patrimonio disponible en la filial de Chevron en Ecuador para la ejecución, se presentaron acciones en Ecuador en 2003, obteniendo decisiones favorables en el fondo que quedaron firmes el 14 de febrero de 2011⁶³.

El difícil camino que debieron seguir los demandantes tras la decisión favorable en Ecuador incluía el intento de homologar la sentencia extranjera en los países donde la empresa multinacional tenía activos. De manera competente, el relevante trabajo de Larissa Elsner y Rafael Teixeira⁶⁴ muestra cómo el Superior Tribunal de Justicia (STJ) recibió la solicitud en 2012 y, de manera inédita, entró en el fondo del asunto, superando los requisitos formales que le correspondían para el análisis, y rechazó el pedido en el caso que, en ese momento, involucraba la acción judicial con el mayor valor en disputa en el territorio nacional, con aproximadamente 24 mil páginas de proceso.

⁶¹ Roland *et al.*, “O processo de homologação da sentença do Caso Chevron no Brasil: uma análise da ação SEC nº. 8542 e a importância de um Tratado Internacional sobre empresas e Direitos Humanos”, *Cadernos de Pesquisa Homa, Juiz de Fora* 1, núm. 2 (2018).

⁶² Roland *et al.*, “O processo de homologação”, 3.

⁶³ Mireille Delmas-Marty, *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation* (Paris: Seuil, 2013), 11.

⁶⁴ Larissa de Oliveira Elsner y Rafael Selicani Teixeira, “Empresas transnacionais e o sistema do direito: um estudo do Caso Chevron pela Teoria de Gunther Teubner”, en *Futuro da Constituição: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner*, editado por Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa (Porto Alegre: FI, 2021), 322.

En términos de observación, dicho caso demuestra las actuales preocupaciones de la teoría constitucional sobre las violaciones de derechos humanos perpetradas por empresas multinacionales, cuyo intento de litigio judicial es inefectivo en diferentes jurisdicciones. En ese momento, además de Brasil, también se intentó la homologación de las sentencias en Argentina y Estados Unidos.

Se concluye, en este punto, cómo el ideal de garantía de derechos consagrado en las diferentes declaraciones de derechos y constituciones resulta inefectivo frente a casos de violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales, a pesar de la consolidación cada vez más fuerte de un lenguaje común en términos de derechos fundamentales en las Constituciones de diferentes países en el escenario posterior a la Segunda Guerra Mundial. Se trata de un caso, como se ha visto, cuya resolución sería insuficiente dentro de las fronteras de un país determinado, simplemente mediante la lectura de su Constitución por un tribunal constitucional. Por lo tanto, es necesario no solo observar las dificultades surgidas de estos casos, sino también proponer soluciones para estas situaciones (tercera etapa).

Siguiendo esta lógica, retomamos brevemente la teoría de los sistemas sociales de Luhmann⁶⁵ para enfatizar la fuerza autónoma de los diferentes sistemas parciales en la sociedad mundial, teniendo la comunicación como medio que los autonomiza frente a su entorno (otros sistemas sociales). Desde esta perspectiva, volviendo a las discusiones iniciales del apartado, uno de los fenómenos que más impulsó la globalización fue internet. Con un gran avance en el siglo XXI, internet pasó a ser considerado como un ámbito propio de comunicación que desconoce las tradicionales fronteras de los Estados nacionales.

Además de esta autonomía (autopoiesis) social, internet creó sus propias organizaciones para tratar conflictos ocurridos en su entorno, muchos de los cuales involucran asuntos relacionados con los derechos humanos, como la libertad de expresión, además de definiciones específicas sobre propiedad intelectual⁶⁶. En este contexto surge la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN, por sus siglas en inglés, *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) como una organización que centraliza las decisiones sobre estos conflictos, sin estar bajo el control de un país específico, lo que genera discusiones actuales incluso sobre su eventual “función jurisdiccional”.

⁶⁵ Luhmann, *O direito da sociedade*, 644.

⁶⁶ Teubner, *Fragmentos constitucionais*, 23.

Un caso que contrasta los elementos indicados en la primera fase de la Teoría Constitucional con las consecuencias traídas por la globalización al derecho es el caso de Amazon, que involucra una disputa entre países en una empresa con una estructura jurisdiccional propia de internet, como lo demostró Mauricio Flores⁶⁷.

Se sabe que la ICANN es la organización responsable de los registros de nombres de dominio en internet. En el caso mencionado, en 2012, después de una campaña iniciada por la institución para impulsar la solicitud de registros de nombres de dominio, la famosa empresa Amazon solicitó el registro de “.amazon” a la organización, así como de otros dominios relacionados con los productos vendidos por la empresa en el entorno virtual.

En oposición a la solicitud, países de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), liderados por Brasil y Perú, presentaron oposición al otorgamiento del registro, argumentando que el término “Amazon” significaría “Amazonia” en inglés, refiriéndose a un área geográfica específica perteneciente a los países oponentes.

Dicho caso abre discusiones en dos puntos específicos: en primer lugar, sobre la gobernanza global, ya que la disputa involucra a Estados y a una empresa multinacional como partes, además de ser decidida en una estructura externa a la de los patrones jurisdiccionales tradicionales; en segundo lugar (y principal), evidencia la ausencia de referencias legales (comunicación jurídica) previamente definidas para juzgar un caso que involucra temas relacionados con la propiedad intelectual en un ambiente globalizado.

En este contexto, la organización realizó varios intentos para encontrar una respuesta legal, incluso solicitando una opinión a un experto en derecho internacional, para llegar a una respuesta que ya estaba prevista: “no había ninguna norma de derecho internacional, nacional o regional aplicable que obligara a la ICANN a aceptar o denegar la concesión del dominio a la empresa estadounidense”⁶⁸.

En 2014, después de dichos intentos, sin una respuesta previa al caso, y considerando la presión ejercida por los oponentes, la organización decidió rechazar la solicitud de la empresa *Amazon*. En respuesta a la denegación, la empresa apeló, dentro de

⁶⁷ Mauricio Flores, “ICANN e o Caso Amazon: sobre a complicada legitimidade da governança global”, en *Futuro da Constituição: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner*, editado por Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa, 346-370. Porto Alegre: FI, 2021

⁶⁸ Flores, “ICANN e o caso”, 350.

la propia estructura jurisdiccional de la organización, a paneles independientes, obteniendo un dictamen favorable para reabrir el caso. En esa oportunidad, la solicitud de reapertura del caso estaba acompañada de varias propuestas de conciliación ofrecidas por la empresa, incluyendo millones de dólares en productos y servicios destinados a los países oponentes como compensación por el registro. Además, se abrió una consulta pública digital, permitiendo la manifestación de cualquier interesado con respecto al caso.

En 2019, la ICANN finalmente emitió una decisión final sobre el caso, siendo favorable a la solicitud de la empresa *Amazon*. El argumento jurídico utilizado fue el más tradicional posible: “aquello que no está prohibido, está permitido”⁶⁹. Al conocer la decisión, Brasil aún mostró interés en llevar el caso más lejos, pero no encontró apoyo entre los demás países interesados. Por lo tanto, la decisión quedó intacta, incluso con un acuerdo final redactado en 2019. En julio de 2020, ocho años después del inicio del litigio, la empresa *Amazon* obtuvo el registro del nombre de dominio solicitado, comprometiéndose a utilizarlo solo con fines comerciales⁷⁰.

Como se ha visto, los dos casos mencionados anteriormente son problemas globales que escapan a la observación de la tradicional teoría constitucional, precisamente porque plantean cuestiones relacionadas con violaciones y discusiones sobre derechos humanos que trascienden las fronteras de los Estados nacionales, especialmente la violación de derechos por parte de una empresa multinacional, cuya ejecución de indemnizaciones resultó insuficiente en varios intentos, y una decisión sobre propiedad intelectual que involucra a países y una gigante de la tecnología, emanada por una organización fuera de las tradicionales estructuras jurisdiccionales.

En estos casos, la sociología jurídica está capacitada para realizar observaciones sobre los cambios que representan en relación con la teoría constitucional, buscando soluciones aplicables a estas situaciones, objeto específico de la próxima etapa: propuestas de solución.

En el ámbito de las propuestas de solución, hay dos caminos indicados para resolver las insuficiencias de la teoría constitucional tradicional en los casos jurídicos globales: 1) gobernanza, que incluye actores públicos y privados en la búsqueda de soluciones comunes; 2) tribunal o corte constitucional mundial, cuya estructura organizativa estaría vinculada a la solución de problemas globales.

⁶⁹ Flores, “ICANN e o caso”, 150.

⁷⁰ *Ibid.*

En el caso de la temática de la gobernanza global, el caso de la ICANN mencionado anteriormente representa una situación en la que se emitió una respuesta legal desde una organización independiente, sin la participación de los Estados en la búsqueda de la solución encontrada⁷¹. De manera diferente, en el caso de Amazon, los países son partes en el conflicto y aceptaron una decisión proveniente de una organización situada en el entorno virtual. Este ejemplo podría mencionarse como materia relacionada con la gobernanza global, pero se debe considerar que la decisión tomada no contó con la articulación entre actores públicos y privados (definición tradicional de gobernanza)⁷².

En un sentido similar, pero vinculado al concepto tradicional de gobernanza⁷³, la investigación transnacional del delito de lavado de dinero, que culminó con la creación del *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI), puede ser señalada como un caso que reúne a actores públicos y privados para resolver problemas de naturaleza global. Conscientes de la naturaleza transnacional que el delito de lavado de dinero asumió con el impulso del fenómeno de la globalización a finales del siglo XX, con daños comprobados a diferentes Estados que perdían y recibían fondos provenientes de actividades ilícitas, así como para la economía global debido a la imprevisibilidad de estas transacciones, representantes de diferentes Estados y de organizaciones del Sistema de Economía, incluidas instituciones bancarias, se unieron para crear el Grupo de Acción Financiera Internacional⁷⁴.

Dicho grupo opera mediante reuniones periódicas entre sus agentes y la creación de recomendaciones comunes para los países e instituciones participantes, para que adecúen sus comportamientos de acuerdo con el documento que denominan “40 recomendaciones”. Entre las actividades recomendadas se encuentra la necesidad de que los países miembros internalicen estas directrices mediante leyes sobre el lavado de dinero en el país, lo que permite la investigación simétrica de la conducta en diferentes Estados, así como estimula el intercambio de información (cooperación jurídica internacional) entre países e instituciones bancarias para detectar transacciones sospechosas realizadas en diferentes territorios⁷⁵.

⁷¹ Leonel Severo Rocha y Ariel Augusto Lira de Moura, “Epistemologia das redes e a governança digital da Ican: teoria e práxis do direito na cultura das redes”, en *Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann*, editado por Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa, Febbrajo, Teubner e Vesting. 1. ed. (Porto Alegre: FI, 2020), 504-539..

⁷² Teubner, *Fragmentos Constitucionais*, 37.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Financial Action Task Force (FATF), “Who We Are”.

⁷⁵ FATF, “40 Recommendations”. <https://www.fatf-gafi.org/en/topics/fatf-recommendations.htm>

En Brasil, las dos leyes sobre lavado de dinero, de 1998⁷⁶ y 2012⁷⁷, internalizaron y actualizaron las recomendaciones del GAFI, lo que incluso llevó a la creación del entonces COAF (Consejo de Control de Actividades Financieras) junto con la primera ley. La amplia aplicación de estas directrices se demostró a lo largo de la Operación Lava Jato, que tuvo como una de sus principales características el uso de sistemas de intercambio de información internacional en la investigación de los delitos de lavado de dinero involucrados en la Operación⁷⁸.

Todavía en el ámbito de la detección de problemas y propuestas de solución, otra preocupación mencionada por Teubner se refiere a las colisiones entre diferentes regímenes autónomos (constituciones) en la observación sobre el mismo problema constitucional. En un enfoque que retoma la crónica literaria de Gabriel García Márquez, “Crónica de una muerte anunciada”, es posible observar cómo los habitantes de un pequeño pueblo en Colombia perciben el mismo hecho a través de diferentes códigos comunicativos. Así, lo que sería un homicidio desde la observación jurídica también puede ser visto como un acto de legítima defensa a través del código comunicativo del honor.

Esta analogía sirve para tener en cuenta las diferentes observaciones sobre el mismo hecho social que provienen de racionalidades comunicativas distintas en la sociedad mundial. En este sentido, la legítima demanda del Sistema de Ciencia de que los conocimientos tradicionales sobre medicina sean de dominio público choca con las observaciones de las culturas regionales, que buscan preservar ese conocimiento internamente para evitar la destrucción de este modelo de comunidad⁷⁹.

Estos conflictos serían mediados a través de la consideración de observaciones recíprocas (observar cómo otro régimen propio atiende a ese hecho social en el momento de mi decisión), mediante el principio de tolerancia constitucional y de reconocimiento mutuo de la otra constitución. En el caso de decisiones sobre el Sistema de Economía, que tienen gran repercusión a nivel global, por ejemplo:

⁷⁶ Brasil, Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

⁷⁷ Brasil, Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

⁷⁸ Maira Machado, “Similar in Their Differences: Transnational Legal Processes Addressing Money Laundering in Brazil and Argentina”, *Law & Social Inquiry* 37, núm. 2 (2018): 330-366.

⁷⁹ Teubner, *Fragmentos constitucionais*, 290.

I) Los órganos de solución de conflictos de la OMC (Organización Mundial del Comercio) deben orientarse claramente en las decisiones regulatorias nacionales y considerar otros regímenes internacionales, cuyas normas, políticas e instituciones articulan y representan dichos valores, ya sea en relación con la salud, las normas laborales, el medio ambiente o los derechos humanos⁸⁰.

Esta actuación, basada en la creación de una red comunicativa global de soluciones heterárquicas a los conflictos, sería la solución para mantener una sociedad mundial con un ambiente (entorno de cada sistema social) sostenible, en la medida en que cada uno de los regímenes privados (constituciones) considere junto con su propia racionalidad los límites de expansión de su sistema, así como la posible destrucción del sistema ajeno. Se trata de una actuación basada en el principio de justicia-sostenibilidad:

II) La sostenibilidad ya no puede limitarse a la relación de la economía con la naturaleza, es decir, a la relación solo entre un sistema social y uno de sus ambientes. El principio de sostenibilidad debe ser repensado más allá de la economía, teniendo en cuenta todos los regímenes funcionales. Al mismo tiempo, debe incorporar, además del ambiente natural, todos los ambientes relevantes de los regímenes⁸¹.

La solución (ítem 03) propuesta al problema (ítem 02) de las colisiones entre regímenes constitucionales se presenta en el plano comunicativo, mediante el sustento de dos posibilidades: la vinculación heterárquica de las organizaciones con los derechos fundamentales y la gobernanza.

Acerca de la vinculación heterárquica de las organizaciones con los derechos fundamentales, Teubner propone la creación de redes constitucionales con soluciones heterárquicas de observación recíproca del ambiente social a través del principio de justicia-sostenibilidad. En relación con el punto destacado en el ámbito de las observaciones recíprocas, es relevante recordar, desde América Latina, el trabajo de Marcelo Neves sobre el transconstitucionalismo, especialmente en el diálogo sostenido entre diferentes tribunales y cortes constitucionales.

⁸⁰ Teubner, *Fragmentos constitucionais*, 278.

⁸¹ Teubner, *Fragmentos constitucionais*, 302.

Cabe destacar también que Teubner⁸² menciona en ciertos momentos la posibilidad de crear un tribunal específico para mediar y decidir sobre las colisiones constitucionales, retomando la tradicional respuesta jerárquica de solución de conflictos.

En este aspecto, entre la oferta de una solución heterárquica para la resolución de los problemas constitucionales globales y las propuestas de creación de una estructura jerárquica, se destacan las preocupaciones existentes respecto a la aplicación de los presupuestos democráticos garantizados por las diferentes declaraciones de derechos y nuevas constituciones alrededor del mundo. Esta discusión encuentra cabida tanto en autores de sociología jurídica, como la propuesta de transdemocracia de Marcelo Neves⁸³, como en lecturas recientes de derecho constitucional, a través de discusiones planteadas por Dominique Rousseau en Francia, influenciado por las propuestas de intelectuales tunecinos sobre la construcción de una Corte Constitucional Mundial⁸⁴.

Acerca de la gobernanza, que también abarca la perspectiva heterárquica de vinculación de las organizaciones a los derechos fundamentales, es necesario agregar la relevancia de las recientes regulaciones sobre hechos típicos de la sociedad mediada por Internet. En este sentido, tanto el *Reglamento General de Protección de Datos* (RGPD)⁸⁵ en el ámbito europeo como la *Ley General de Protección de Datos* (LGPD)⁸⁶ en Brasil congregan elementos dirigidos a la gobernanza, valorando los actos de autorregulación regulados dentro de las organizaciones.

Además de la autonomía otorgada a las organizaciones para aplicar los derechos fundamentales, especialmente el derecho fundamental a la protección de datos personales, con una protección especial en el orden constitucional brasileño, estas regulaciones refuerzan la necesidad de una construcción intersistémica de racionalidad para ofrecer soluciones a los problemas típicos de una sociedad mediada por Internet. En ambos reglamentos, se resalta la necesidad de congregación de elementos de gestión, como la relevancia otorgada a los Informes de Impacto a la Protección

⁸² Teubner, Gunther. "XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional: Honoris Causa ao Prof. Dr. Gunther Teubner: IDP", Instituto Brasileiro de Direito Público, 2016. *Video de YouTube* (1h 3min 39s).

⁸³ Marcelo Neves, "Do transconstitucionalismo à transdemocracia", en *Democracia: da crise à ruptura. Jogos de armar: reflexões para a ação*, coordinado por Roberto Bueno, 1097-1119 (São Paulo: Max Limonad, 2017).

⁸⁴ Asma Ghachem, "Plaidoyer pour une idée tunisienne: l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale", *International Studies on Law and Education*, núm. 24 (2016): 43.

⁸⁵ Unión Europea (UE). UNITED UNION. General Data Protection Regulation- GDPR. 2022.

⁸⁶ Brasil, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

de Datos Personales (RIPD)⁸⁷ en el análisis; y los de la Tecnología y Seguridad de la Información, al reforzar la importancia del uso de los medios más adecuados existentes para la protección de datos personales, junto con la operación jurídica.

Se trata de un razonamiento típicamente intersistémico, que congrega la relevancia de elementos de diferentes sistemas sociales en la resolución de un problema de naturaleza global. La Constitución, en esta perspectiva, agregando características de una cultura jurídica alterada por el constitucionalismo digital⁸⁸, pasa a ser observada como una “Constitución en Red”, en la cual la articulación intersistémica es indispensable para la resolución de problemas típicos de la sociedad mediada por Internet.

Conclusión

A lo largo del artículo, presentamos la concepción de constitucionalismo intersistémico como una posibilidad de observación y resolución de los actuales problemas jurídico-constitucionales en la sociedad mundial. Para llegar al referido concepto, pasamos por las dos áreas del derecho directamente involucradas en la propuesta desarrollada a lo largo de la investigación: la teoría constitucional y la sociología jurídica.

En términos de teoría constitucional, demostramos sus dos fases, evidenciando la transición del concepto de la Constitución como articuladora de un movimiento de separación de poderes a su comprensión como un instrumento efectivo de garantía de derechos, sobre todo a partir de la consolidación de los tribunales constitucionales desde la segunda mitad del siglo XX. Con este propósito, se señalaron relevantes casos decididos por los tribunales constitucionales que elucidan esta transición.

En seguida, señalamos la diferencia existente entre los principales casos decididos por la jurisdicción constitucional en diferentes países, especialmente en Alemania, Francia y Brasil, en relación con los nuevos desafíos del constitucionalismo, que trascienden las fronteras de los Estados Nacionales y los propios límites de los sistemas sociales del derecho y de la política.

⁸⁷ Ariel Augusto Lira de Moura, Bernardo Leandro Carvalho Costa y Leonel Severo Rocha, “Organizações, Risco e Proteção de Dados Pessoais na Cultura das Redes: observando o papel do Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD)”, En *XXIX Congresso nacional do conpedi balneário camboriú – SC*, vol. 2, Balneário Camboriú. Direito, governança e novas tecnologias IV (Florianópolis: Conpedi, 2022), 230-251.

⁸⁸ Leonel Severo Rocha, Ariel Augusto Lira de Moura y Bernardo Leandro Carvalho Costa, “Teoria do Direito e Constitucionalismo na Cultura Digital”, en *A Cultura Jurídica e o Constitucionalismo Digital*, vol. 1, coordinado por Alberto Febbrajo, Leonel Severo Rocha y Germano Schwartz, 82-149 (São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023).

La sociología jurídica, por su parte, fue presentada como un punto de observación que complementa los objetos de la teoría constitucional, destacándose por la capacidad de ofrecer respuestas sistémicas a las insuficiencias antes señaladas.

En esta propuesta, se presentó un referente teórico de matriz sociológico-sistémica apto para ofrecer propuestas de observación complementarias a las limitaciones presentadas por la teoría constitucional. En su aspecto práctico, se presentaron diferentes problemas jurídicos, a través de casos prácticos, que demuestran la imprescindibilidad de una observación sistémica para su resolución. Los casos seleccionados involucran a distintos países latinoamericanos, en especial a Brasil, pero cuya repercusión fue global.

Por medio de la distinción señalada a lo largo del artículo, se destacó la problemática enfrentada por la insuficiencia de la teoría constitucional para el tratamiento de los desafíos actuales del constitucionalismo en la globalización, al tiempo que se presentaron soluciones de observación posibilitadas por la sociología jurídica, sobre todo de matriz sistémica.

Estas áreas del derecho pueden actuar de manera complementaria en la observación y solución de problemas jurídicos de naturaleza global, incluso, como se destacó al final del texto, en los nuevos desafíos de regulación de hechos típicos de la sociedad mediada por Internet, aplicando la perspectiva de una *constitución en red*.

En conclusión, denominamos constitucionalismo intersistémico a esta imprescindibilidad de la observación complementaria entre racionalidades de diferentes sistemas sociales para la efectividad de los derechos fundamentales en la globalización. En este sentido, la teoría constitucional debe considerar la observación intersistémica como un elemento complementario a la resolución de los actuales problemas jurídico-constitucionales. Al mismo tiempo, la sociología constitucional se consolida cada vez más como un ámbito de la sociología jurídica que tiene la Constitución como objeto de observación.

En este punto, demostramos elementos propios de una racionalidad intersistémica para resolver los problemas actuales del derecho constitucional a partir de dos propuestas específicas: la vinculación heterárquica de las organizaciones con los derechos fundamentales y la gobernabilidad.

Inicialmente, señalamos algunas características de los problemas jurídicos emergentes en el derecho constitucional, destacando la repercusión del caso Chevron Texaco.

Aunque los hechos, que derivaron en la vulneración de derechos fundamentales por parte de una empresa transnacional, ocurrieron en la Amazonía ecuatoriana, sus intentos de solución involucraron a diferentes países de América Latina, pasando por Estados Unidos y terminando, sin solución, en Brasil.

A partir de esta problemática, a partir de un hecho ocurrido en la década de 1990, destacamos la importancia de nuevas formas de plantear la efectividad de los derechos fundamentales en las organizaciones, en la medida en que, en los casos que involucran empresas transnacionales, las posibilidades de actuación del Estado, desde una posición vertical, siguen siendo imposibles.

Como solución a ese problema, la racionalidad intersistémica nos conduce a dos nuevos tipos de observación, propios de los problemas constitucionales globales: la vinculación heterárquica de las organizaciones con derechos fundamentales y la gobernanza.

En cuanto a la vinculación heterárquica de las organizaciones con derechos fundamentales, señalamos la relevancia de la presencia de la comunicación jurídica en el ámbito interno de las organizaciones que escapan a la estructura del Estado, como la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), que tuvo gran repercusión, en Brasil, a partir del caso “.amazon”.

Esta vinculación heterárquica de organizaciones con derechos fundamentales conduce al segundo elemento proposicional de la racionalidad intersistémica: la gobernanza. Así demostramos cómo, en organizaciones propias de una sociedad cuyos beneficios sociales están mediados por Internet, la vinculación a los derechos fundamentales debe observarse desde procesos internos, en un proceso heterárquico de aplicación por parte de la propia organización.

La vinculación heterárquica de las organizaciones con los derechos fundamentales, por tanto, se ha convertido en el tema central en términos de derecho constitucional en una sociedad cuyos sistemas están mediados por Internet. Esta perspectiva lleva naturalmente la observación jurídica al ámbito de la gobernanza, en la medida en que la resolución de los problemas jurídicos no depende exclusivamente del Estado, sino que también se apoya en la participación de actores privados. En este punto, destacamos la relevancia de la gobernanza global en materia de lavado de dinero, a través del trabajo del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), y su fuerte repercusión en Brasil a través de la Operación Lava Jato.

La racionalidad intersistémica, por tanto, se manifiesta sobre todo en técnicas de vinculación heterárquica de organizaciones con derechos fundamentales y de gobernanza. Actualmente, estos dos estándares se observan en la normativa de actividades propias de una sociedad mediada por Internet, especialmente en la normativa sobre protección de datos personales. En este sentido, destacamos el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) vigente en Europa y la Ley General de Protección de Datos (LGPD) en Brasil, con sus técnicas de gobierno y aplicación de los derechos fundamentales dentro de las organizaciones.

Con estos cuestionamientos, ejemplos y proposiciones, concluimos que la resolución de los problemas jurídico-constitucionales actuales trasciende no sólo las fronteras de los Estados nacionales, sino también las organizaciones tradicionales de los sistemas sociales de derecho y política. Así, para resolverlos se necesita una racionalidad intersistémica, que reúna elementos de diferentes sistemas sociales para resolver problemas jurídicos globales.

Esta racionalidad intersistémica permeó todos los ejemplos mencionados, demostrando la indispensabilidad de racionalidades de diferentes sistemas sociales para la consolidación de las dos soluciones dirigidas a los nuevos desafíos del derecho en la globalización, efectuadas a través de la vinculación heterárquica de las organizaciones con los derechos fundamentales y la gobernabilidad.

Referencias

- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Río de Janeiro: Campus, 2004.
- Bobbio, Norberto. *Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político*, 20.º ed., rev. e atual. São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- Brasil, Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19613.htm. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2. Consultado el 20 de julio de 2023.

- Brasil, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrificio de animais em rituais religiosos. Brasília, 28 de março de 2019. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159&caixaBusca=N>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Consultado el 18 de agosto de 2020.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: garante posse de terras às comunidades quilombolas. Brasília, 08 de fevereiro de 2018. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369187>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez. Brasília, 2012. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: invalida norma da Reforma Trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres. Brasília, 29 de maio de 2019. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: julga constitucional política de cotas na UnB. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042&caixaBusca=N>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional. Brasília, 17 de dezembro de 2020. <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&tori=1>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: proíbe uso da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio. Brasília, 15 de março de 2021. <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). STF: reconhece união homoafetiva. Brasília, 2011. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Burgogue Larsen, Laurence. “Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009.

- Cademartori, Daniela Mesquita Leutchuk y Bernardo Leandro Carvalho Costa. “O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica”. *Revista Eletrônica Direito e Política* 8, núm. 1 (2013). www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.
- Claes, Monica. ‘Editorial Note: How Common are the Values of the European Union?’ (2019) 15 CYELP VII. <https://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/373>
- Dalla Barba, Rafael G. y Juan Antonio García Amado. *Princípios jurídicos: el debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*, 1.º ed. Lima: Editorial Palestra, 2022.
- Delmas-Marty, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Paris: Seuil, 2013.
- Ehrlich, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New York: Russel e Russel, 1962. Ehrlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- Febrajo, Alberto. *Sociologia do Constitucionalismo*, Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. Financial Action Task Force (FATF). “40 Recommendations”. <https://www.fatf-gafi.org/en/topics/fatf-recommendations.html>. Consultado el 10 de julio de 2021.
- Financial Action Task Force (FATF). Who We Are. <https://www.fatf-gafi.org/en/topics/fatf-recommendations.html> Consultado el 20 de julio de 2023.
- Flores Maurício, “ICANN e o Caso Amazon: sobre a complicada legitimidade da governança global”, en *Futuro da Constituição: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner*, editado por Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa, 346-370. Porto Alegre: FI, 2021.
- Francia, *Constitution de la République française*. Constitution du 4 octobre 1958. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Francia, Décision núm. 71-44 DC du 16 juillet 1971. Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>. Consultado el 09 de agosto de 2020.
- Francia, Décision núm. 85-197 DC du 23 août 1985. Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197DC.htm>. Consultado el 20 de agosto de 2020.
- Francia, Décision núm. 2010-613 DC du 7 octobre 2010. Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communique/decision-n-2010-613-dc-du-7-octobre-2010-communique-de-presse>. Consultado el 20 de julio de 2023..

- Francia, Décision núm. 2010-613 DC du 7 octobre 2010. Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010613DC.htm>. Consultado el 20 de julio de 2023..
- Francia, Décision núm. 2010-92 QPC du 28 janvier 2011. Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]. <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/201092QPC.htm>>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Francia, Décision núm. 2012-240 QPC du 4 mai 2012. M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012240QPC.htm>. Consultado el 20 de julio de 2023..
- Francia, Décision núm. 71-44 DC du 16 juillet 1971. Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>. Consultado el 20 de julio de 2023..
- Francia. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Consultado el 20 de julio de 2023..
- Francia, LOI núm. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Geny, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II. Paris: LGDJ, 1919.
- Ghachem, Asma. "Plaidoyer pour une idée tunisienne: l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale", *International Studies on Law and Education*, núm. 24 (2016): 43-50. <https://doi.org/10.3917/ris.050.0043>
- Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. Granada: Comares, 2000.
- Hans, Kelsen. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Luhmann, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- Machado, Maira. "Similar in Their Differences: Transnational Legal Processes Addressing Money Laundering in Brazil and Argentina". *Law & Social Inquiry* 37, núm. 2 (2018): 330-366. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2011.01269.x>
- Malberg, Raymond Carré. *Contribution à la théorie générale de l'État*, préface d'Éric Maulin. Paris: Dalloz, 2003.
- Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. *De l'esprit des lois*, I. Présentation par Victor Goldschmidt. Paris: Flammarion, 1979.
- Moura Ariel Augusto Lira de, Bernardo Leandro Carvalho Costa y Leonel Severo Rocha. "Organizações, Risco e Proteção de Dados Pessoais na Cultura das Redes: observando o papel do Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD)". En *XXIX Congresso nacional do conpedi balneário camboriú – SC*, vol. 2, Balneário Camboriú. Direito, governança e novas tecnologias IV. Florianópolis: Conpedi, 2022.

- Neves, Marcelo. “Do transconstitucionalismo à transdemocracia”. En *Democracia: da crise à ruptura. Jogos de armar: reflexões para a ação*, coordinado por Roberto Bueno, 1097-1119 (São Paulo: Max Limonad, 2017).
- Nonet, Philippe y Philip Selznick. *Direito e sociedade. A transição ao sistema jurídico responsivo*. Río de Janeiro: Revan, 2010.
- Oliveira Elsner, Larissa de y Rafael Selicani Teixeira, “Empresas transnacionais e o sistema do direito: um estudo do Caso Chevron pela Teoria de Gunther Teubner”, en *Futuro da Constituição: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner*, editado por Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa, 130-150. Porto Alegre: FI, 2021.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Portalis, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*. Paris, 1801.
- Rocha, Leonel Severo y Bernardo Leandro Carvalho, *O futuro da Constituição: Constitucionalismo social em Luhmann e Teubner*. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. <https://doi.org/10.22350/9786559172498>
- Rocha, Leonel Severo. “O problema da democracia em Sieyès”. *Sequência: estudos jurídicos e políticos* 8, núm. 14 (1987). <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16453>. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Rocha, Leonel Severo y Bernardo Leandro Carvalho Costa. *Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann*, Febbrajo, Teubner e Vesting. 1. ed. Porto Alegre: FI, 2020. <https://doi.org/10.22350/9786587340180>
- Rocha, Leonel Severo y Bernardo Leandro Carvalho Costa. *Constitucionalismo Intersistêmico: sistemas sociais e Constituição em rede*, 1. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2023.
- Rocha, Leonel Severo y Ariel Augusto Lira de Moura. “Epistemologia das redes e a governança digital da Ican: teoria e práxis do direito na cultura das redes”. En *Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann*, editado por Leonel Severo Rocha y Bernardo Leandro Carvalho Costa, Febbrajo, Teubner e Vesting. 1. ed. Porto Alegre: FI, 2020. <https://doi.org/10.22350/9786587340180>
- Leonel Severo Rocha, Ariel Augusto Lira de Moura y Bernardo Leandro Carvalho Costa. “Teoria do Direito e Constitucionalismo na Cultura Digital”. En *A Cultura Jurídica e o Constitucionalismo Digital*, vol. 1, coordinado por Alberto Febbrajo, Leonel Severo Rocha y Germano Schwartz, 82-149. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

- Roland *et al.* “O processo de homologação da sentença do Caso Chevron no Brasil: uma análise da ação SEC nº. 8542 e a importância de um Tratado Internacional sobre empresas e Direitos Humanos”. *Cadernos de Pesquisa Homa, Juiz de Fora* 1, núm. 2 (2018).
- Rosanvallon, Pierre. *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*. Paris: Seuil, 2020.
- Rousseau Dominique. *La loi est-elle toujours souveraine?* Video de Youtube, 21 de noviembre de 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=Ax1UKWN14QE&t=2692s>. Consultado el 19 de agosto de 2020.
- Schmitt, Carl. *O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- Schwartz, Germano y Fernando Pedro Meinero. “Donde el Derecho y la política se acoplan estructuralmente: las constituciones”. *Novum Jus* 13, núm. 2 (2019): 17-37. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2019.13.2.2>
- Schwartz, Germano, Jiri Piribán y Leonel Severo Rocha, *Sociologia Sistêmico-Autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- Schwartz, Germano, Leonel Severo Rocha y Alberto Febbrajo. *A Cultura Jurídica e o Constitucionalismo Digital*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- Sieyes, Emmanuel Joseph Sieyes, *Qu'est ce que le Tiers Etat?* Paris: Champs Classiques, 2009. <https://doi.org/10.1522/030145036>
- Sciulli, David. *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511570933>
- Teubner, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- Teubner, Gunther. “XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional: Honoris Causa ao Prof. Dr. Gunther Teubner: IDP”, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016. *Video de YouTube* (1h 3min 39s). https://www.youtube.com/watch?v=Y01cdqZ_QNs. Consultado el 20 de julio de 2023.
- Thornhill, Chris. *A sociology of Transnational Constitutions: social foundations of the post-national legal structure*. London: Cambrigde, 2016. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139833905>
- Unión Europea (UE). General Data Protection Regulation- GDPR. 2022. <https://gdpr-info.eu/>. Consultado el 18 de noviembre de 2022.