

Nuevas geometrías y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia

New Geometries and New Directions: Internationalization of Law and Internationalization of the Dialogue of Justice Systems

Jânia Maria Lopes Saldanha*

Lucas Pacheco Vieira**

Yo soy un moro judío. Que vive con los cristianos.
No sé qué dios es el mío. Ni cuáles son mis hermanos.

Jorge DREXLER

SUMARIO: I. *Una presentación: siete dimensiones de la internacionalización del derecho.* II. *Parte 1. Mentalidad ampliada para el ejercicio de un diálogo vinculado: dos fuentes.* III. *Parte 2. Fertilización recíproca como condición de posibilidad para un diálogo espontáneo: el trazado y el sentido.* IV. *Bibliografía.*

* Doctora en Derecho; profesora asociada del Programa de Posgrado en Derecho y del Curso de Derecho de la *Universidade Federal de Santa Maria*, Brasil. Coordinadora del CCULTIS-Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça; abogada.

** Licenciado en Derecho por la *Universidade Federal de Santa Maria*; investigador; abogado.

Una versión en portugués de este artículo —Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça— fue publicada en: Streck, Lenio *et al.* (org.). *Constituição, sistemas de justiça e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, pp. 13-160.

Artículo recibido el 28 de diciembre de 2012

Aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2013

RESUMEN: La internacionalización del derecho presenta innumerables dimensiones que transforman la tradicional concepción del sistema jurídico. El diálogo judicial que los sistemas de justicia nacionales y no nacionales han emprendido es un importante canal de comunicación para el fortalecimiento y desarrollo del fenómeno de la internacionalización. Tal diálogo puede ser vinculado o espontáneo, hecho que desafía los sistemas de justicia a la apertura interpretativa y al ejercicio del transjudicialismo.

Palabras clave: internacionalización, sistema de justicia, diálogo judicial.

ABSTRACT: The internationalization of law presents many dimensions that transform the traditional conception of the legal system. The judicial dialogue that national and non national justice systems have undertaken is an important communication channel to the strengthening and development of the phenomenon of internationalization. Such dialogue can be bound or spontaneous, a fact that defies justice systems to the interpretative openness and to the exercise of transjudicialism.

Descriptors: Internationalization, justice systems, judicial dialogue.

RÉSUMÉ: L'internationalisation du droit manifeste innumérables dimensions qui transforment la conception traditionnelle du système juridique. Le dialogue judiciaire que les systèmes de justice nationaux et non-internationaux ont entrepris est un canal important de communication pour le renforcement et développement du phénomène de l'internationalisation. Tel dialogue peut être lié ou spontané, fait qui défie les systèmes de justice à l'ouverture interprétative et à l'exercice du trans-judicialisme.

Mots-clés: internationalisation, système de justice, dialogue judiciaire.

I. UNA PRESENTACIÓN: SIETE DIMENSIONES DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Este trabajo pretende analizar la internacionalización del derecho, comprendida como un fenómeno plural y global que resulta de un movimiento curiosamente circular de normas, actores, factores y que expresa procesos de interacción complejos y amplios. Considerándose ser el poder —y la intervención— creciente de los sistemas de justicia, nacionales, regionales, supranacionales e internacionales, sobre la vida colectiva, también un fenómeno global y característica sobresaliente de este principio de siglo, se pretende demostrar que los espacios judiciales se convirtieron en *locus* de reconocimiento y afirmación de la internacionalización del derecho, ya que muy poco escapa a su control. Así, la actuación de la justicia es, a partir de ahora, marcada por diálogos —formales e informales— desarrollados por sus actores, de entre ellos, los jueces.

A pesar de movimientos nacionalistas y locales que se pueden percibir en innumerables lugares del globo y que reúnen en sí como valor rasgos de afirmación e identidad, no se puede ignorar la circulación e incluso la superposición de normas nacionales, regionales e internacionales, tampoco la proliferación de jurisdicciones que acompañan tal diversidad de las fuentes normativas y que, cada vez más, ejercen competencia ampliada.¹ Hay, así, un movimiento de doble sentido con visible influencia del derecho constitucional sobre el derecho internacional y viceversa. En el primer caso, el derecho constitucional se acopla a los *standards* del internacional y, en el segundo caso, hay una relación simbiótica, ante la influencia de los derechos humanos sobre los derechos fundamentales en el plano interno.²

Corriendo los riesgos que todo reduccionismo produce, en principio, se pueden identificar siete dimensiones en el fenómeno de la interna-

¹ Delmas-Marty, Mireille, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, París, Collège de France-Fayard, 2003, pp. 13 y 14.

² Herdegen, Mathias, “La internacionalización del orden constitucional”, *Anuario Latinoamericano de derecho constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 73.

cionalización del derecho. La primera, es que se trata de un proceso (1) que se expande más allá de las fronteras nacionales y que envuelve una multiplicidad de actores, factores y procesos. La segunda, es que presenta un problema (2) relacionado a la ausencia de un verdadero orden jurídico internacional, teniéndose en cuenta las conocidas fragilidades del sistema onusiano. La tercera, es que se constituye en una superposición de reglas jurídicas (3) nacionales, regionales, supranacionales e internacionales. La cuarta se une a la superabundancia de instituciones (4), como la de los sistemas de justicia. La complejidad (5), derivada de la existencia de sistemas interactivos e inestables, es la quinta dimensión. La sexta dimensión puede ser identificada por la tensión (6) existente entre los derechos del comercio, que pautan la globalización económica y los derechos humanos que reivindican que se comprenda a la humanidad con base en una internacionalización ética resultante de un universalismo solidario, quizá, cosmopolita.³ La séptima dimensión está asociada a una necesidad (7) que es la de dar existencia jurídica a lo universal, condición para establecerse un nuevo lenguaje que es el de la existencia de un patrimonio común de la humanidad o, en otras palabras, bienes comunes universales que integrarían la llamada comunidad mundial de valores cuyo principal objetivo sería el de renovar el humanismo jurídico.

Hechas tales consideraciones, se busca destacar el papel del sistema de justicia en ese proceso de internacionalización del derecho, no porque se defienda su protagonismo, sino porque el acceso cualificado a la justicia es un principio reconocido por las democracias contemporáneas. En el campo específico del diálogo judicial, lo que se constata es su descompartimentalización,⁴ la emancipación⁵ de los jueces de su derecho y su emulación.⁶ Seguramente, la evolución es el sentido laten-

³ Sobre el tema: Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011, pp. 331-392.

⁴ Burgorgue-Larsen, Laurence, *De l'internationalisation du dialogue des juges*, p. 97, en: http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IRELIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf, acceso el 20 de agosto de 2012.

⁵ Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, París, Seuil, 2007, pp. 42-50.

⁶ *Idem*.

te de los sistemas de justicia y una exigencia democrática. Por ello, al progreso del derecho sustancial está umbilicalmente unido el progreso procesal.⁷ El trabajo está dividido en dos partes para destacar el papel del proceso en cuanto viabilizador del diálogo entre jueces y jurisdicciones, ya sea de modo vinculado (parte 1) o espontáneo (parte 2).⁸

II. PARTE 1. MENTALIDAD AMPLIADA⁹ PARA EL EJERCICIO DE UN DIÁLOGO VINCULADO: DOS FUENTES

La lucidez de Santi Romano¹⁰ antevió que el derecho no está apenas “donde domina la norma” y que, pensar contrariamente a eso, limita la consideración y el análisis de otras fuentes. Esa fina y serena percepción inspira la temática del diálogo de los jueces, que se deriva de una necesidad advenida del surgimiento de la “desnacionalización del derecho”,¹¹ con lo que otros órdenes jurídicos sobrepasan la noción de orden restringido al modelo estatal y principios como el del *jus cogens* y *pro homine* que están insertos en esa apertura de fronteras. En el plano de la internacionalización del derecho la expansión de la experiencia

⁷ Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (I). Le relatif et l'universel*, París, Seuil, 2004, p. 164.

⁸ Se ha extraído la doble vía de ese diálogo del texto de: Burgorgue-Larsen, Laurence, *De l'internationalisation du dialogue des juges*, p. 104, en http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IRELIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf, acceso el 20 de agosto de 2012.

⁹ Al tratar de tres máximas del entendimiento humano común ligado al gusto, es que Kant plantea la cuestión de la mentalidad ampliada. Primero, dice que es necesario “pensar por sí mismo”; segundo, dice que es necesario siempre “pensar en el lugar de los demás”, y tercero, es necesario “pensar de acuerdo consigo propio”. Así, de acuerdo con el filósofo, la primera es la máxima de la manera de “pensar libre de prejuicio”, la segunda y es la que interesa para el efecto de este trabajo, es la manera de “pensar ampliada”, mientras que la tercera es la manera de “pensar consecuente”. Kant, Immanuel, *Crítica da faculdade do juízo*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, pp. 196-97. La expresión, en el ámbito del texto, se refiere a los casos en que el juez, al fundamentar sus decisiones, se refiere a las influencias jurisprudenciales oriundas de otros sistemas de justicia. Véase también Arendt, Hannah, *Entre o passado e o futuro*, capítulo 6, São Paulo, Perspectiva, 2001, p. 274.

¹⁰ Romano, Santi, *O ordenamento jurídico*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008, p. 130.

¹¹ Garapon, Antoine, *O guardador de promessas: justiça e democracia*, Lisboa, Piaget, 1998, p. 36.

del diálogo judicial resta por ilustrar ser el proceso, en cuanto garantía constitucional y convencional, lo que permite tal movimiento expansionista para garantizar, incluso realizar, la primacía de los derechos humanos, aun por medio de la llamada “jurisprudencia global”.¹² El diálogo interjurisdiccional vinculado podrá ocurrir en el ámbito complejo de los procesos de integración (1) y también como resultado de compromisos internacionales asumidos por los Estados en sus relaciones bilaterales o multilaterales (2).

1. *Los procesos de integración: primera fuente*

En la actualidad hay un conjunto de procesos de integración¹³ entre Estados comprobando que la separación estatal a la westfaliana ya no significa, contemporáneamente, aislamiento. Levinas¹⁴ puede ser inspirador si se toma por referencia su ácida crítica a la totalidad y al culto al pensamiento absoluto. Es justamente su concepción de pluralismo —diferente de pluralidad— que auxilia que se comprendan los procesos de integración entre Estados reconocidos no sólo bajo las bases de los intereses del comercio o de la guerra, sino que también bajo bases humanistas y éticas. Para Levinas,¹⁵ el pluralismo no es una multiplicidad numérica sino que presupone la consideración de la alteridad radical del otro. Sin embargo, la identificación del pluralismo como un valor¹⁶ no es garantía de que el reconocimiento del otro sea plenamente efectuado, justamente porque presupone la reciprocidad en el contexto de una vida social cuyos miembros constituyen una comunidad de valores.¹⁷ Como recuerda Alain Supiot,¹⁸ la solidaridad, que está a la base de la alteridad, ha adquirido progresivamente el valor de un principio

¹² Slaughter, Anne-Marie, *A new world order*, New Jersey, Princeton, 2004, p. 78.

¹³ Unión Europea, Mercosur, Nafta, SICA, Comunidad Andina, además de otros.

¹⁴ Levinas, Emmanuel, *Totalidade e Infinito*, Lisboa, Edições 70, 1988.

¹⁵ *Ibidem*, p. 106.

¹⁶ Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (II)*, cit., pp. 19 y 39.

¹⁷ Honneth, Axel, *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos morais*, São Paulo, Editora 34, 2003, p. 200.

¹⁸ Supiot, Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice social face au marché total*, París, Seuil, 2010, p. 161.

jurídico en el derecho comunitario y, entonces, en los procesos de integración. De ahí que sea necesario desarrollar una base jurídica propia a la solidaridad. ¿Serán, entonces, los sistemas de justicia importantes coadyuvantes para evitar la hegemonía de un sistema u orden sobre otro cuando se está tratando de procesos de integración? ¿Negar esa posibilidad no sería producir invisibilidad al modo de la razón metonímica,¹⁹ al acortar el presente y al banalizarlo?

Tomándose esas indagaciones como punto de partida para reconocer en los procesos de integración grandes laboratorios del pluralismo, se hace un recorte para decir que sólo los procesos de integración de la Unión Europea, de la Comunidad Andina y del Sistema de Integración Centroamericana serán tenidos en cuenta para desarrollar la idea aquí propuesta. A partir de la presuposición de sus existencias jurídicas, se pretende demostrar cierta verticalidad en la actuación y en la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción supranacional de esos procesos integracionistas. Se viabiliza esa verticalidad por medio del mecanismo procesal del reenvío prejudicial,²⁰ un poderoso eslabón que permitió el diálogo fructuoso y virtuoso entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción supranacional, especialmente en Europa, como también el signo de una “justicia superior” que se mueve no sólo en los Estados, sino que también en el contexto transnacional.²¹ Por ello, contribuyó intensamente para que se construyese otro modelo de justicia.

El reenvío prejudicial²² es un mecanismo procesal del derecho comunitario europeo por medio del cual se vehicula gran parte de las materias juzgadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²³ Inicialmente, posibilitó la cooperación “horizontal por entrecruzamiento” entre los

¹⁹ Sousa Santos, Boaventura de, “Para uma sociologia das ausências e das emergências”, en *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*, São Paulo, Cortez, 2006, pp. 92-102.

²⁰ Sobre el tema consultar: Saldanha, Jânia Maria Lopes, *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

²¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, p. 124.

²² Previsto en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea.

²³ Son más de doscientas las decisiones prejudiciales proferidas anualmente. Disponible en: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/ra09_stat_cour_final_en.pdf, acceso el 20 de noviembre de 2010.

jueces nacionales y los jueces del tribunal supranacional, aumentando la permeabilidad del derecho nacional al orden externo.²⁴ Fue el responsable por la emergencia de los principios de la aplicabilidad inmediata, de la primacía y del efecto directo de las normas comunitarias. Esta cooperación horizontal por entrecruzamiento a lo largo de los años avanzó hacia una “integración vertical por armonización”.²⁵ Así, cuando el juez nacional se depara con dificultades de interpretación de norma comunitaria envía una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo,²⁶ lo que favorece el ejercicio de un “modelo nacional integrado” dirigido a la armonización progresiva.

El diálogo jurisdiccional promovido por el reenvío prejudicial no sólo fortalece la función del Tribunal comunitario, sino que también crea en el plano interno una cultura de respeto a las normas de naturaleza convencional, pues los jueces nacionales son los aplicadores natos del derecho comunitario. Han sido ellos los principales actores de la consolidación de la “Europa de derecho”²⁷ que comporta, tal vez por primera vez en la historia, el reconocimiento de un juez común —el del Tribunal de Luxemburgo—, figura singular y simbólica que suplanta la “ideología nacional”. La utilización de ese mecanismo procesal es, a veces, obligatoria, cuando se trate de juicio en última instancia por la justicia nacional. ¿De esa obligatoriedad se podría extraer el diálogo? La aplicación del instituto, a lo largo del tiempo, no ocurrió sin la resistencia de los Estados, sea por la creación de la teoría del “acto claro”²⁸ sea por la rebelión de algunas altas cortes de justicia,²⁹ cuyo paisaje judicial

²⁴ Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, cit., pp. 39 y 40.

²⁵ La armonización es una fase más avanzada de los procesos de interacción (o integración regional). Pero la unificación es la fase más avanzada y, por ello, más difícil. Exige una “hibridación” que sería representada por el ejercicio de una “gramática común” entre diferentes sistemas y, por ello, un alejamiento con las formas nacionales. Orientaciones en ese sentido: Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, cit., p. 215.

²⁶ Lopes Saldanha, Jânia Maria, *Cooperação jurisdiccional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*, cit., p. 15.

²⁷ Jaume, Lucien, *Qu’est-ce que l’esprit européen?*, París, Flammarion, 2010.

²⁸ Saldanha, Jânia Maria Lopes, *Cooperação jurisdiccional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*, cit.

²⁹ Burgogue-Larsen, Laurence, *De l’internationalisation du dialogue des juges*, cit., p. 104.

lejos está de ser uniforme, diseño que no sólo confirma a la “mundialización de la guerra de palacios”³⁰ como una posibilidad real, sino también un riesgo al equilibrio entre el derecho sustancial y procesal. El hecho es que el mecanismo del reenvío se internacionaliza, con lo que se ha importado de otras experiencias integracionistas más recientes, como las de Latinoamérica donde el instituto no es desconocido.

Con efecto, la Comunidad Andina es un bloque económico de integración regional instituido por el Acuerdo de Cartagena en 1969. Los cinco países que fundaron el bloque³¹ tenían por objetivo promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad mediante la integración y la cooperación económica y social.³² En 1996, por medio del Protocolo de Trujillo se instituyó el Tribunal de Justicia como órgano jurisdiccional.³³ Sus decisiones son obligatorias a los Estados-miembros, siendo directamente aplicables a partir de la fecha de su publicación.³⁴ La Comunidad Andina instituyó la interpretación prejudicial como herramienta para articular la cooperación y el diálogo entre jurisdicciones nacionales y la jurisdicción supranacional para conseguir la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario.³⁵

Sin haber jerarquía —y sí cooperación— entre los órganos jurisdiccionales,³⁶ la consulta prejudicial por el juez nacional se divide

³⁰ Dezalay, Y. Garth Brian G., *La mondialisation des guerres de palais*, París, Seuil, 2002, pp. 25 y 33.

³¹ Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela ingresó en el bloque en 1973 y se retiró en 2006. Chile, miembro fundador, se retiró en 1976, siendo miembro asociado desde 2006.

³² Artículo 1o. del Acuerdo de Cartagena, en http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=14, acceso el 2 de marzo de 2012.

³³ Artículos 40 y 41.

³⁴ Artículos 2o. y 3o., TCTJCA. Las sentencias no requieren homologación o *exequátur* en ninguno de los miembros de la Comunidad Andina (artículo 41, TCTJCA).

³⁵ La redacción del artículo 32 del Tratado de Creación del TJCA confirma esta descripción: “Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros” (traducción libre de la traductora).

³⁶ Dueñas Muñoz, Juan Carlos, “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2011, p. 42; Perotti, Alejandro, *Algunas consideraciones sobre la interpretación*

en obligatoria y facultativa.³⁷ La primera ocurre en los casos en que la decisión nacional no sea susceptible de recurso en el sistema jurídico interno. Esta posición jurisprudencial se alinea con la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconoce ser el doble grado una garantía de democracia procesal. Por otro lado, será facultativa siempre que contra la sentencia existan vías recursales que permitan su revisión, lo que derivará de la necesidad del caso concreto, siempre salvaguardado por la hermenéutica de la facticidad y de la singularidad que no escapa de la filtración convencional y constitucional.³⁸ La vinculación del juez al caso concreto es el límite necesario para que no sucumba a la seducción de las discrecionalidades y arbitrariedades, ya que el acto de juzgar siempre pondrá en cuestión la problemática relación entre las razones presentadas y el ejercicio del poder.³⁹

Aun habiendo divergencias en la aplicación del derecho comunitario, el Tribunal Andino demuestra haber sido influenciado en gran escala por la jurisprudencia comunitaria europea. Por lo tanto, se puede decir que en Latinoamérica el reenvío prejudicial andino conoció un “éxito ejemplar”⁴⁰ y su uso numeroso⁴¹ demuestra que las resistencias al diálogo por él proporcionado no están presentes en todos los procesos de integración, como también puede ser considerado un importante instrumento garantista⁴² de efectución del derecho comunitario por medio del diálogo judicial.

prejudicial obligatoria en el derecho andino, Lima, Secretaría General de la CAN, Biblioteca Digital Andina, 2005, p. 3.

³⁷ Artículo 33 del TCTJCA.

³⁸ Sobre la filtración constitucional consultar: Streck, Lenio, *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 183.

³⁹ Jounannet, Emanuelle, “La motivation ou le mystère de boîte noire”, en Ruiz Fabri, Hélène y Sorel, Jean-Marc, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, París, Pedone, 2008, p. 285.

⁴⁰ Burgorgue-Larsen, Laurence, *De l'internationalisation du dialogue des juges*, cit., p. 106.

⁴¹ Estadísticas del Tribunal Andino demuestran que de 1985 a 2011 se utilizó el reenvío 2003 veces. Datos disponibles en: http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=24 acceso el 28 de agosto de 2012.

⁴² Dueñas Muñoz, Juan Carlos, “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”, cit., p. 45.

Otra experiencia deriva del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA),⁴³ constituido por el Protocolo de Tegucigalpa en 1991. Seis países lo fundaron,⁴⁴ y el objetivo fundamental era la realización de la integración de Centroamérica a fin de constituir una región de paz, libertad, democracia y desarrollo.⁴⁵ La piedra fundamental para la concretización de esos propósitos son la tutela, el respeto y la promoción de los derechos humanos.⁴⁶ Creada por el Protocolo de Tegucigalpa, la Corte Centroamericana de Justicia debe garantizar el respeto del derecho en la interpretación y ejecución de este Protocolo y sus instrumentos complementarios. La consulta prejudicial está prevista en el párrafo k, del artículo 22, del acuerdo de Panamá.⁴⁷ Dos actores nacionales son responsables por la realización de la justicia comunitaria: el juez y el tribunal de justicia de cada Estado miembro⁴⁸ y el motivo fundamental para la solicitud de consultas prejudiciales proviene de dudas o incertidumbres envolviendo la aplicación del derecho comunitario centroamericano.⁴⁹ Desde 2003 hasta el presente momento se han juzgado innumerables consultas prejudiciales, habiéndose revelado el principal mecanismo de cooperación y diálogo entre la jurisdicción comunitaria y la nacional.⁵⁰

⁴³ Artículo 2o. del Protocolo de Tegucigalpa.

⁴⁴ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Posteriormente, se aceptó Belice como Estado miembro. La República Dominicana es Estado asociado, mientras México, Argentina, Chile y Brasil figuran como observadores regionales. España, China, Alemania, Italia y el Japón son observadores extraregionales.

⁴⁵ Artículo 3o. del Protocolo de Tegucigalpa.

⁴⁶ Artículo 4o., a, del Protocolo de Tegucigalpa.

⁴⁷ Adoptado sobre la base del protocolo de Tegucigalpa del 13 de diciembre de 1991. Dice el dispositivo: k) Resolver toda consulta prejudicial requerido por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del «Sistema de la Integración Centroamericana» creado por el «Protocolo de Tegucigalpa» sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.

⁴⁸ Gallardo, Carlos Guerra. "La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial. Seminario sobre "La Consulta Prejudicial", Nicaragua, 9 y 10 de octubre de 2006, p. 2, en: http://cendoc.ccej.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20YI_a_Conсульта_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf, acceso el 22 de marzo de 2012

⁴⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 4.

Laurence Burgorgue-Larsen⁵¹ afirma que es prácticamente inexistente el reenvío prejudicial ante la Corte de Managua, ausencia que vendría en detrimento del proceso de integración y expresaría un escaso diálogo jurisdiccional. Sin embargo, las estadísticas⁵² recientes de la Corte indican que fue provocada en reenvío prejudicial, por diez veces, desde 2005. Aunque la experiencia europea es la gran fuente de inspiración y parámetro para los demás procesos integracionistas, no se puede esperar que estos funcionen al mismo ritmo temporal que aquellos alcanzados por la Unión Europea, sobre todo porque los países latinoamericanos en su casi totalidad vivieron periodos políticos autoritarios. Así, el ritmo de consolidación de sus instituciones —de entre ellas el Poder Judicial— no puede ser comparado simplemente con aquél de las instituciones centenarias de Europa, una vez que es diferente el universo de los procesos de integración, considerándose el número de países, la población, la experiencia democrática, además de otros factores.

Las convenciones internacionales, por otro lado, son una poderosa fuente que instiga el diálogo jurisdiccional. Esto es lo que tratamos a continuación.

2. Las convenciones: segunda fuente

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el conjunto de marcos normativos convencionales en materia de derechos humanos aumentó significativamente. La asunción de responsabilidad internacional por parte de los Estados los arrojó, paulatinamente, a la condición de autores de violaciones de obligaciones que en el ejercicio de soberanía, se comprometieron a respetar. En materia de convencionalidad, como se sabe, las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, de naturaleza declarativa, dejaron al campo del “margen nacional de apreciación”⁵³ la

⁵¹ Burgorgue-Larsen, Laurence, *op. cit.*, p. 107.

⁵² Disponible en <http://portal.cj.org.ni/CCJ2/Default.aspx?tabid=114>, acceso el 20 de septiembre de 2012.

⁵³ La noción de margen nacional es importante cuando se habla en procesos de interacción por armonización. Se trata, según Delmas-Marty, de un concepto clave para tratar de la noción de pluralismo ordenado y está insertada en el contexto de las relaciones centripetas

posibilidad de que los jueces, con base en sus Constituciones, decidiesen acerca de innumerables materias particularmente sensibles a la realidad cultural, histórica, política y social de cada Estado. La ingeniería del sistema convencional, a la diferencia del sistema integrado, que se caracteriza por la aplicabilidad inmediata y por el efecto directo, hace que las decisiones de aquella Corte tengan sólo “autoridad de cosa juzgada relativa”,⁵⁴ y además que sean desprovistas de fuerza ejecutoria.

Como recuerda Laurence Burgorgue-Larsen,⁵⁵ el artículo 10, párrafo 2, de la Constitución Española prevé la incorporación de materia convencional que debe ser sometida a los parámetros de control de constitucionalidad, es decir, la interpretación de los derechos fundamentales se debe realizar en consonancia con los tratados sobre derechos humanos, comportamiento que viene siendo practicado por la Corte española que, en una actitud de apertura, viene siguiendo la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, porque esta es una “obligación constitucional”. No obstante, el diálogo judicial, a veces, es constante y, otras veces, profundamente marcado por la aleatoriedad, variando según el sistema jurídico, la época política y de acuerdo con la composición de los tribunales.⁵⁶ Estos desafíos, demuestran cuán frágiles son, aún, las estructuras de un orden jurídico común y cuánto la presencia de la idea de “red”⁵⁷ más se acerca de la actual etapa de ese diálogo judicial.

Ampliando su competencia, los jueces de la Cámara de los Lores inglesa, en 2004, indagaron si las detenciones indefinidas de personas sospechosas de practicar actos terroristas eran compatibles con el derecho fundamental a la libertad y al debido proceso legal. La respuesta —abierta a los principios jurídicos nacionales e internacionales— fue que tales detenciones violaban no sólo la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre, sino también el *Human Rights Act*

y centrífugas entre los diversos órdenes jurídicos, nacionales, regionales e internacionales. Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné, cit.*, pp. 78-80.

⁵⁴ Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, París, Seuil, 2007, p. 46.

⁵⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 110.

⁵⁷ Crítica en ese sentido puede ser vista en: Allard, Julie y Garapon, Antoine, *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2008, p. 32.

de 1998. Con base en tal entendimiento, la Cámara de los Lores anuló la *Terrorist Act* de noviembre de 2001.⁵⁸ ¿Cómo no ver en esa correlación entre la interpretación nacional y europea un trabajo hermenéutico⁵⁹ exigente, una vez que es necesario tener en cuenta tanto el texto de las Convenciones, como el régimen constitucional del Estado al que el juzgador está vinculado? De ahí que el diálogo judicial sea un trabajo difícil y provocativo, ya que las posiciones tomadas ahora podrán tener la naturaleza “extremista” o “integrista”⁶⁰ lo que redundará, como se sabe, en un problema de fundamentación.⁶¹ Ese, en fin, parece ser el desafío para “ordenar el pluralismo”, en el sentido de encontrar respuestas alternativas al cierre constitucional, al minimalismo jurisdiccional y a las posiciones vinculadas al conservadurismo judicial,⁶² como también a la fragmentación del derecho internacional, para evitar la doble amenaza de un “orden hegemónico” o de un “desorden impotente”.⁶³

Las jurisdicciones de algunos Estados de Latinoamérica han dado buenos ejemplos de diálogo convencional ejercido para enfrentar importantes cuestiones de “transconstitucionalismo”⁶⁴ y de convencionalidad. Las relaciones entre la CIDH y las jurisdicciones nacionales indican que ese diálogo de doble vía ha experimentado intensificación y evolución. De las estadísticas de la CIDH se recoge haber ocurrido una infla-

⁵⁸ Aunque es importante decir que esa jurisprudencia, posteriormente, sufrió muchos estremecimientos. Consúltase: Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, cit., p. 46; Laurens, Henry y Delmas-Marty, Mireille (dirs.), Jaber, Hana (coord.), *Terrorismes. Histoire et Droit*, París, CNRS Éditions, 2010, p. 269-275.

⁵⁹ Streck, Lenio, *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Editora Saraiva, 2011, pp. 111-132.

⁶⁰ Burgorgue-Larsen, Laurence, *op. cit.*, p. 113.

⁶¹ Asociado al modelo constitucional y convencional. Se trata de no olvidar las tres características de ese modelo de proceso: expansividad, variabilidad y perfectibilidad. Andolina, Italo y Vignera, Giuseppe, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Gaipichelli Editore, 1990, p. 14-15.

⁶² Posición defendida, por ejemplo, por el juez americano A. Scalia, *A Matter of interpretation: Federal Courts and Law*, Princeton, 1997.

⁶³ Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (II). Le relatif et l'universel*, cit., 414.

⁶⁴ Dice Marcelo Neves que “un problema transconstitucional implica una cuestión que podrá envolver tribunales estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales” (N.T. traducción libre de la traductora). Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. XXII.

ción de demandas contra los Estados a partir del final de los regímenes autoritarios. De un periodo de cierre estatal a la jurisdicción de aquel Tribunal y resistencia al diálogo, se pasó a la apertura a las decisiones de la Corte que, aunque no son jerárquicamente superiores sino paralelas a las de las jurisdicciones de los Estados, los vinculan.⁶⁵

Comparativamente, se puede percibir que si los jueces nacionales europeos son apenas “inducidos”⁶⁶ a controlar la convencionalidad, no es lo que ocurre con los jueces latinoamericanos en sus relaciones con la CIDH. Primero, porque esa es la previsión de los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos. Segundo, porque un grupo expresivo de Constituciones de Estados de Latinoamérica han incluido en su texto un lugar específico⁶⁷ a los tratados de derechos humanos, obligándose a integrar el derecho convencional⁶⁸ a los parámetros de control judicial de la constitucionalidad, como quedó asentado en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.⁶⁹ Sergio García Ramírez⁷⁰ destacó que el artículo 2o. de la Convención Americana es un rostro del artículo 1o. por imponer a los Estados un deber amplio de respeto que envuelve la adopción de medidas de largo espectro capaces de alterar

⁶⁵ En Brasil ese ha sido el punto central del reciente debate que surgió en la CIDH tras haber juzgado el conocido “Caso Araguaia”, cuya decisión condenó a Brasil y que tuvo como uno de los puntos fundamentales el análisis de la convencionalidad o no de la Ley de Amnistía de Brasil y el juicio de la ADPF 153, por el STF, cuyo objeto era justamente si la referida Ley violaba o no la Constitución federal. Las dos decisiones distintas sobre la misma materia pusieron en debate la existencia o no de jerarquía entre la Corte regional y el STF.

⁶⁶ Burgorgue-Larsen, Laurence, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁷ Se puede ver el bloque de constitucionalidad, por ejemplo, en las siguientes Constituciones: Argentina, artículo 75, n. 22; Bolivia, artículos 13, IV y 410; Brasil, artículo 5o. § 3o.; Chile, artículo 5o., 2o.; Colombia, artículo 9o.; Costa Rica, artículo 48; Ecuador, artículo 11, n. 3 y 417; Guatemala, artículo 46; Venezuela, artículo 23.

⁶⁸ Fix-Zamudio, H., “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latino-americanas y en la Corte interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, enero-junio de 2004, núm. 1, p. 141-180. También en: León, Aníbal Quiroga, *Relaciones entre derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano*, en http://www.iidpc.org/revistas/4/pdf/287_308.pdf, acceso el 1 de octubre de 2012.

⁶⁹ Ítem 166, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, acceso el 20 de septiembre de 2012.

⁷⁰ García Ramírez, Sergio, “El control interno de convencionalidad”, *IUS. Revista del Instituto jurídico del Puebla*, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159.

las condiciones estructurales de las violaciones de derechos humanos, como quedó decidido en el caso *Servellón García vs. Honduras*, cuyas razones —que los Estados poseen la responsabilidad de control de convencionalidad— se repitieron en muchos otros casos.⁷¹

Con relación a las previsiones constitucionales de los países de Latinoamérica acerca de la incorporación y respeto a los tratados internacionales de derechos humanos, se visualiza un “bloque de constitucionalidad”⁷² en la materia. Colombia es ejemplo de avance significativo con relación a la aplicación de los tratados de derechos humanos. Su Constitución presenta un conjunto⁷³ de dispositivos sobre la materia. El artículo 93 establece la superioridad de aquéllos y que las normas de protección de esos derechos no pueden quedar suspendidas en caso de estado de excepción, como quedó decidido en el proceso C-179 de 1994.⁷⁴ En ese sentido, la Corte colombiana ha reconocido que la jurisprudencia de la CIDH es un referente para su interpretación constitucional.⁷⁵

En el mismo sentido es el contenido del artículo 75, n. 22 de la Constitución de Argentina, cuya Corte Suprema, desde 2005, alteró jurisprudencia⁷⁶ anterior al juzgar el caso *Simon Julio Hector* y otros por

⁷¹ Véase el caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, del 29 de septiembre de 1999, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_49_esp.pdf, acceso el 20 de septiembre de 2012.

⁷² Sarlet, Ingo Wolfgang, “Direitos fundamentais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos na Constituição Federal brasileira de 1988”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10-A. Curitiba, Juruá, 2006.

⁷³ Artículos 9o., 53, 93, 94, 102, 2 y 214.

⁷⁴ Rey Cantor, Ernesto, “El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, *Estudios constitucionales*, año/vol. 4. 002, 2006, pp. 299-334.

⁷⁵ En el ítem 7 del caso C-010 la Corte constitucional colombiana afirmó: “Es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse «de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia», es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”, en <http://www.flip.org.co/resources/documents/66c464528f628f4eee70584d0640cad2.pdf>, acceso el 20 de septiembre de 2012.

⁷⁶ Gloppen, Siri et al., *Courts and Power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave, 2010, p. 47.

entender que es el deber de los jueces nacionales respetar la convencionalidad y la jurisprudencia de la CIDH. En ese sentido fue esclarecedor el voto de Raúl Zaffaroni⁷⁷ al afirmar que “las mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano...” y al decir que la positivación de los derechos humanos en derecho internacional a que los Estados se obligaron, vincula estos últimos, y toda ley interna contraria a su primacía debe ser repudiada por las instancias judiciales.⁷⁸ Cada época, como refiere Garapon,⁷⁹ privilegia ciertos crímenes porque los genera, más que cualquier otra. A partir del caso *Barrios Altos vs. Perú*, cuyas razones fueron repetidas por la CIDH en casos posteriores, esa Corte reconoció ser responsabilidad estatal repudiar los crímenes contra la humanidad con base en los valores éticos, políticos y sociales, a los que las sociedades están profundamente vinculadas colectiva y, muchas veces, inconscientemente⁸⁰ y que se reflejan en el compromiso con la integridad del derecho⁸¹ que debe ser el cemento de las motivaciones de las decisiones judiciales.

Las medidas internas que los Estados de Latinoamérica han tomado con vistas a efectuar las decisiones de la CIDH, como ocurre, por ejemplo, con Brasil, al crear, recientemente, la Comisión de Verdad y al promover políticas públicas de educación en materia de derechos humanos para las policías civiles y militares, es el reconocimiento de la vinculación del Estado al derecho convencional y al imperativo de la disciplina jurisprudencial que deriva de aquella Corte, aunque la decisión del STF, en la ADPF 153⁸² ha sido contraria a la de la CIDH profe-

⁷⁷ Ítem 14 del voto, *cit.*

⁷⁸ Ítem 28 del voto, *cit.*

⁷⁹ Garapon, Antoine, *O guardador de promessas: justiça e democracia*, Lisboa, Piaget, 1998, p. 127.

⁸⁰ Jounannet, Emanuelle, “La motivation ou le mystère de boîte noire”, Ruiz Fabri, Hélène y Sorel, Jean-Marc, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, París, Pedone, 2008, p. 269.

⁸¹ Dworkin, R., *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 15, 16 y 134.

⁸² Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>, acceso el 15 de septiembre de 2012.

rida en el conocido “Caso Araguaia”.⁸³ El tenor del juicio de la Ley de Amnistía por el STF demuestra la distancia de este Tribunal del proceso de sedimentación y de la fuerza inexorable de la internacionalización del derecho en materia de derechos humanos, algo que Brasil no puede negar ante su vinculación al derecho convencional. La desconsideración del STF a la jurisprudencia consolidada de la CIDH en materia de violación de derechos humanos desprecia el hecho de que las Constituciones son objeto de influencia de los *standards* externos⁸⁴ e ignora precedentes de la CIDH, como el del caso de Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile⁸⁵ que tiene en su *ratio decidendi* el ejercicio del diálogo jurisdiccional al invocar jurisprudencia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, sobre la práctica de crimen contra la humanidad. Otra posición, sin embargo, se puede extraer de la jurisprudencia del STF. El diálogo “convencional” entre ese Tribunal y la CIDH se pudo ver cuando aquel Tribunal, al juzgar el Recurso Extraordinario 466.343,⁸⁶ decidió sobre la imposibilidad de prisión de depositario infiel, decisión criticable bajo el punto de vista del fundamento, ya que el STF atribuyó carácter supralegal a los tratados de derechos humanos, pero elogiado en cuanto al resultado, ya que entendió que debía prevalecer la norma internacional más favorable según el principio internacional *pro homine*.⁸⁷

Si el diálogo judicial, fruto de vinculaciones sistémicas y convencionales, no se realiza sin dificultades, no se puede desconsiderar, como refiere Laurence Burgorgue-Larsen, que también puede ser resultado de la emancipación y de la emulación de los jueces. Es lo que veremos a continuación.

⁸³ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf, acceso el 15 de septiembre de 2012.

⁸⁴ Herdegen, Mathias, “La internacionalización del orden constitucional”, *Anuario Latinoamericano de derecho constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 71.

⁸⁵ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4, párrafo núm. 96

⁸⁶ Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>, acceso el 1 de octubre de 2012.

⁸⁷ Neder Meyer, Emílio Peluzo, *Responsabilização por grave violação de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153/DF pelo direito internacional dos direitos humanos*, tese de doutorado, 2012, p. 50.

III. PARTE 2. FERTILIZACIÓN RECÍPROCA COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD PARA UN DIÁLOGO ESPONTÁNEO: EL TRAZADO Y EL SENTIDO

Cabe preguntar, de inicio, cuál es exactamente el papel de los jueces y del proceso para la construcción de una teoría jurídica compatible con el fenómeno de la internacionalización del derecho. Dos manifestaciones pueden derivar de ese papel: la primera estaría relacionada a la realidad de ser innegable el carácter político de las decisiones de los jueces, una vez que deciden verdaderas cuestiones de la sociedad y de la democracia y ya no simples disputas entre particulares y su restringida esfera jurídica. La reivindicación por más justicia hace emerger acciones espontáneas entre los sistemas de justicia para dar cuenta de las respuestas que están obligados a ofertar a la pluralidad de litigios con elementos nacionales y no nacionales, pero también, a demandas que reivindican apertura hermenéutica para aprender con los otros, una vez que su naturaleza extrapola las nociones limitadamente nacionales de los derechos. Hay un creciente número de temas que ganan contornos de universalidad y que forman una especie de *biotopos*⁸⁸ jurídicos como, por ejemplo, todo lo que hoy tenga relación con los derechos humanos y su concretización, así como con la concretización del orden democrático organizado en dos pilares fundamentales: el Estado de derecho y el pluralismo. De ahí la exigencia del diálogo interjurisdiccional, aunque informal, cuya geometría puede ser variable (1) y derivada de influencias recíprocas (2).

1. *El trazado: la “geometría” del diálogo transversal más allá del diseño horizontal/vertical*

La referencia cruzada a la jurisprudencia de variados sistemas de justicia parece alinearse al fenómeno global pautado por la circulación de las

⁸⁸ Herdegen, Mathias, “La internacionalización del orden constitucional”, *Anuario Latinoamericano de derecho constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 79.

relaciones y de las informaciones y, al mismo tiempo, ser resultado de él. Si las relaciones sustanciales reunieron el elemento de la desterritorialización y destemporalización, ambos provocados por intercambios de información en tiempo real, independientemente de la localización en el espacio, no se podría esperar que fuese diferente con las reivindicaciones en justicia, una vez que esas, evidentemente, buscan tener la misma naturaleza de los conflictos que les dan origen. Ese alineamiento jurisdiccional al contexto global consiste en factor de legitimidad y afirmación de los sistemas de justicia, como también en respuesta a las demandas de la contemporaneidad.

De ese modo, centrar la atención en el diálogo de los jueces explica parte de ese fenómeno, ya que son los responsables por dar la última palabra en el juicio de un caso concreto. La necesidad de entender ese mosaico amplio y diverso presupone que se abdique de las concepciones y visiones del paradigma de la unidimensionalidad, para reivindicar en la complejidad las orientaciones esenciales para aceptar lo nuevo en materia de prestación de justicia, como también cambios de perspectivas sobre lo que es el derecho. Por lo tanto, ya no se piensa la complejidad a partir de la oposición a la simplicidad, sino como contraria a la unilateralidad y al monismo como negación de la fuerza creadora de la realidad, como lo refiere J. Le Goff.⁸⁹

Sin ser una “palabra solución”, la complejidad es, como dice Edgar Morin,⁹⁰ una “palabra problema”. Así, recusar —e ignorar lo que ya existe— el diálogo judicial, aunque informal, en nombre del tradicional cierre a “su derecho” o a la “territorialidad procesal” es pretender hacer de la complejidad una “palabra solución”. En verdad, la complejidad es algo “inevitable”⁹¹ en el contexto de la mundialización sobre todo por la interdependencia entre sistemas de derecho y entre espacios normativos nacionales e internacionales. Por ello, “la complejidad es una “palabra problema”, porque es “inextricable”⁹² ya que está ligada a las cuestiones de coherencia y completud que condicionan la legitimidad de los

⁸⁹ Le Goff, Jacques, “Introdução”, en Doat, Mathieu *et al.*, *Droit e complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2007, p. 14.

⁹⁰ Morin, Edgar, *Introdução ao pensamento complexo*, 3a. ed., Lisboa, Piaget, 2001, p. 8.

⁹¹ Delmas-Marty, Mireille, “Prefácio”, en Doat, Mathieu *et al.*, *op cit.*, p. 12.

⁹² *Idem.*

sistemas jurídicos. De este modo, tal vez no se pueda explicar la geometría del diálogo jurisdiccional sólo a partir del trazado de relaciones horizontales y verticales que componen el diseño de ese diálogo, aunque explique más fácil y habitualmente lo que ocurre. La identificación de un nuevo diseño, compuesto por líneas transversales, posiblemente ayudará a entender el magma de los diálogos judiciales, exigiendo, así, una inteligencia más fina que abra la vía a un nuevo realismo en cuanto a la actuación de los sistemas de justicia.

Considerándose la inevitable complejidad de lo real, lo que se pretende no es romper con las nociones de horizontalidad/verticalidad. Del punto de vista de la horizontalidad, esta puede ser tanto nacional, como internacional. La primera derivada del diálogo entre jueces nacionales de distintos países. La segunda, procedente del diálogo entre los diversos sistemas de justicia internacionales. Desde la óptica de la verticalidad, se puede constatar el diálogo interjurisdiccional que se produce, por ejemplo, entre los sistemas de justicia estatales, regionales e internacionales. No obstante, diálogos transversales son producto de las conversaciones entre sistemas de justicia nacionales e internacionales, como también entre los primeros y los supranacionales o entre estos y los internacionales, justamente porque hay una transversalidad en la producción normativa que acaba por sobrepasar las fronteras nacionales y abarcar a actores jurídicos de las más diversas procedencias. Se trata, así, de juegos de referencias cruzadas de una jurisdicción a otra, sin estar reducido a la horizontalidad o verticalidad.

Sin embargo, en lo que tiene relación con los diálogos horizontales nacionales⁹³ o con el transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos estatales,⁹⁴ se puede afirmar, desde un punto de vista práctico, que ha sido enormemente facilitado por las nuevas tecnologías de información y por las técnicas de cooperación jurisdiccional, como también deriva de la publicidad procesal, garantía procesal⁹⁵ presente en innumerables

⁹³ Burgorgue-Larsen, Laurence, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁴ Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, *cit.*, p. 166.

⁹⁵ Saldanha, Jânia Maria Lopes, "Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: Ultrapassando o perfil funcional e estrutural hipermoderno de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos", en Callegari, André Luís *et al.* (orgs.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Anuário do*

textos constitucionales y convencionales. La disposición de las cortes de justicia para el diálogo no siempre obedece al mismo patrón de comportamiento. Estados Unidos es un país que, en innumerables casos, denotó resistencia a la apertura al diálogo. Algunos de los jueces de su Corte Suprema, en actitud provincial,⁹⁶ rechazaron decidir tomando por referencia la jurisprudencia extranjera, tema central del caso *Lawrence vs. Texas*,⁹⁷ cuando los jueces Stephen Breyer y Antonin Scalia disintieron sobre el uso de la jurisprudencia de la CEDH y de otras naciones. El primero dijo que a pesar de las diferencias políticas y estructurales entre otros sistemas legales y el de Estados Unidos, la experiencia de los otros puede lanzar luz sobre las consecuencias de un “problema jurídico común”. El segundo afirmó que “we must not forget that it is the Constitution for the United States that we are expounding”.⁹⁸ Tal disidencia de posiciones quedó evidente en muchos casos. En ese sentido, sobre las políticas de acción afirmativa, la jueza Ginsburg⁹⁹ refirió que en el ámbito de los derechos humanos “la experiencia de una nación o región puede inspirar otras naciones y regiones”, siendo lamentable el cierre de aquella Corte a los precedentes extranjeros.

Recientemente se ha podido ver la fragilidad de esa posición introvertida de la Corte Suprema americana en el juicio de casos en los que se manifiesta el diálogo horizontal nacional o transconstitucional entre cortes de Estados diferentes. En *Rasul v. Bush*, de 2004, y *Boumediene v. Bush*, de 2008, ambos fundados en el derecho de los individuos detenidos en la prisión militar de Guantánamo que enjuiciaron *habeas corpus* en tribunales civiles estadounidenses, se destacó entre los motivos de la decisión la discusión con respecto a los precedentes iniciales del *habeas corpus*, fijados por la Cámara de los Lores a principios del siglo XVIII, más precisamente en el periodo posterior a 1711. En *Rasul v. Bush*, se mencionó en la *Opinion* proferida por el *justice* Stevens la lección de

Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, v. 7, pp. 123-144.

⁹⁶ Neves, Marcelo, *op. cit.*, p. 168

⁹⁷ Véase comentarios en Neves, Marcelo, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

⁹⁸ Esas referencias están en Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, *cit.*, p. 2004, p. 76.

⁹⁹ También en ese caso el pasaje está en Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, *cit.*, pp. 76 y 77.

Lord Mansfield, escrita en 1759, en el caso *King v. Cowle*, de que incluso si el territorio no fuese parte del Reino, no habría dudas con respecto al poder de la Corte para conceder el *writ* del *habeas corpus* si el territorio estuviese sujeto a la Corona.

En la decisión del caso *Boumediene v. Bush*, de 2008, en *Opinion* redactada por el *Justice* Kennedy, se entendió que a pesar de que la *Habeas Corpus Act* de 1679 es remota en el tiempo y de haber controversias con respecto al sentido y alcance de los precedentes firmados por Lord Mansfield en el Reino Unido, se debe respetar la doctrina legal establecida desde los comienzos del instituto, pues fue con base en ella que los *Framers* edificaron las libertades fundamentales en la Constitución, previendo el *habeas corpus* como instrumento vital para asegurar la libertad.¹⁰⁰

La apertura al “transjudicialismo”¹⁰¹ y a la conversación constitucional, también puede ser vista en las decisiones de otras cortes supremas nacionales, como, por ejemplo, la Suprema Corte de Sudáfrica al referirse a juicios de la Corte de los Estados Unidos, de la Suprema Corte de Canadá, del Tribunal Constitucional de Alemania, etcétera.¹⁰² Cuna del *common law* y carente de una Constitución, el sistema de justicia de Inglaterra ha reconocido autoridad persuasiva a los valores constitucionales de otros países democráticos, especialmente cuando tienen relación con los derechos humanos. Tal conducta, según Marcelo Neves,¹⁰³ es un fuerte indicio de que ese país está abierto al diálogo transconstitucional. Véase que la Corte constitucional de Colombia en materia de aborto se abrió a la fuerza persuasiva de la jurisprudencia nacional extranjera cuando detalladamente, en la sentencia C-355-2006, citó, profusa y minuciosamente, la jurisprudencia alemana sobre la materia.

Una vez más se llama la atención para el caso brasileño en lo que se refiere a la justicia de transición. La ausencia del transjudicialismo en esa materia por parte del STF también quedó marcada en el juicio de la

¹⁰⁰ 553 U. S. (2008), *Opinion of the Court*, pp. 9 y 68.

¹⁰¹ Expresión de autoría del juez O'Connor de la Corte Suprema americana referida por Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, cit., p. 76.

¹⁰² *Ibidem*, p. 74. También en Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 172. El caso en referencia es el *State v. Makwanyane* de 1995.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 177.

ADPF 153, ya que los fundamentos de la decisión del caso evidencian que los agentes del Estado responsables por graves violaciones de derechos humanos fueron mantenidos en la condición de irresponsabilidad. Sin embargo, aunque pudiese haber tomado como inspiración los precedentes de las Cortes nacionales de los países vecinos en materia transicional, frente a la fuerza del *jus cogens* y del derecho convencional y, ante la autoridad persuasiva de los mismos, por tratarse de crímenes de igual materia, el STF no lo hizo.

Esas reflexiones señalan que es necesario tomar en cuenta que las bases propias de cada tradición jurídica —*civil law* y *common law*— indican la impropiedad del simple trasplante, en los fundamentos de la decisión de casos concretos, de instituciones jurídicas de otros sistemas, ante el riesgo del mismo de volverse hegemónico o de no ofrecer las respuestas adecuadas que el sistema importador necesita para resolver sus demandas internas con base en su realidad cultural, histórica y jurídica. Pretendiendo encontrar respuestas al pluralismo, Mireille Delmas-Marty¹⁰⁴ sugiere la construcción de un pluralismo ordenado, cuya fase más osada sería la de la unificación,¹⁰⁵ la cual no es sólo difícil de concretar, sino también de escasa aceptación. La simple trasplantación (a) y la hibridación (b) serían las dos expresiones de ese fenómeno. La primera (a) de sentido negativo, ya que puede resultar de la dominación cultural, económica, política o militar, tipificando una aculturación jurídica muy propia de los procesos de colonización. La principal fragilidad de la “trasplantación unilateral”¹⁰⁶ o de la simple “trasposición”¹⁰⁷ para los procesos de integración jurídica —y también para la realización de las conversaciones interjurisdiccionales— sería transportar un sistema —en la condición de “clave”— de un país a otro, sin reciprocidad en nombre de una eficiencia de poca expresión y que no integra los derechos fundamentales previstos en instrumentos internacionales de

¹⁰⁴ Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit II...*, cit., pp. 101-108.

¹⁰⁵ Las otras dos y anteriores, serían la de la coordinación y de la armonización.

¹⁰⁶ Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, cit., p. 107.

¹⁰⁷ Entendida como el pasaje de un sistema a otro, pudiendo ser una simple transcripción, o sea, una transferencia integral de una norma extranjera ante el derecho nacional. Delmas-Marty, M., *Critique de l'intégration normative*, París, PUF, 2004, pp. 114 y 115.

protección de los derechos humanos. La misma preocupación, con relación a las conversaciones jurisdiccionales, demostró la jueza de la Suprema Corte canadiense L’Heureux-Dubé¹⁰⁸ al decir que el proceso de influencias internacionales pasó de la recepción al diálogo, esto porque jueces en varias partes del mundo buscan mutuamente autoridad persuasiva, dejando de ser “donantes” o “receptores” de derecho, es decir, la recepción se transformó en diálogo. La segunda (b) posee un sentido positivo, pues importa en una reciprocidad de cambios, un “mestizaje jurídico”¹⁰⁹ que se constituye en fuente de enriquecimiento y no de empobrecimiento o dominación.

En cuanto a los diálogos horizontales internacionales, se puede afirmar que se caracterizan por el reconocimiento de autoridad persuasiva de la *ratio decidendi* de casos juzgados por tribunales internacionales o regionales diferentes de aquel que la invoca —también internacional o regional—, pudiendo envolver Cortes de un mismo continente o de continentes diversos. En ese sentido, es pertinente llamar la atención para la conversación constitucional y convencional realizada entre la CIDH y la CEDH. Cançado Trindade,¹¹⁰ al destacar el papel fundamental de ambas Cortes, anuncia la contribución de las mismas para la consolidación internacional de las cortes de derechos humanos, de las cuales se atestigua un progreso notorio para el perfeccionamiento de la efectividad de esos derechos. Para ello, hay que destacar el importante papel del diálogo mantenido entre las dos jurisdicciones, lo que evidencia un permanente espíritu de cooperación y de respeto mutuo en favor de un ideal y de una causa común que es el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, los diálogos transversales entre cortes nacionales y no nacionales y viceversa representan que la mirada recíproca a los *standards* internacionales, practicado por las jurisdicciones nacionales y, a

¹⁰⁸ L’Heureux-Dubé, C., “The importance of dialogue, *apud* Slaughter”, en Anne-Marie, *A New World Order*, cit., p. 74.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 109.

¹¹⁰ Cançado Trindade, A. A., “Le développement du Droit international des droits de l’homme à travers l’activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme”, *A humanização do direito internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 353-362.

los *standards* constitucionales, desarrollado por las jurisdicciones no nacionales, mucho más que vínculos meramente normativos, denota una reserva de interpretación en favor de una base intersubjetiva e intercultural para la conformación de una comunidad mundial de valores, donde en la base estén los derechos humanos. En efecto, juicios que envuelven cuestiones sobre derechos humanos son bastante propicios para esa modalidad de comunicación transversal interjurisdiccional. Es lo que sobrevino en el caso *Al-Skeini v. Secretary of State for Defense*, de 2007, juzgado por la Cámara de los Lores, en el Reino Unido. En el caso, los parientes próximos de cinco iraquíes brutalmente muertos por soldados británicos en Basra durante la Guerra de Iraq, en 2003, recurrieron a la Cámara de los Lores alegando que el Estado británico había violado la Convención Europea de Derechos Humanos, internalizada por el Reino Unido a través del *Human Rights Act* en 1998. Los Lores realizaron un profundo análisis con respecto a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en relación con la interpretación del artículo 1o. de la Convención, específicamente si el caso podría ser juzgado por la jurisdicción británica, dado que los hechos ocurrieron fuera del territorio del Reino Unido. Los Lores presentaron en sus votos los precedentes de la Corte Europea, como en *Loizidou v. Turquía* (1995),¹¹¹ *Issa v. Turquía* (2004), *Öcalan v. Turquía* (2005)¹¹² y en *Bankovic v. Bélgica* (2007).¹¹³ Al final, los Lores desestimaron el pedido de los recurrentes, pues, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos no provee una orientación clara y no podrían motivar su decisión en las razones que constan de los precedentes de la CEDH relativos a la extensión de la jurisdicción de países en guerra que tienen el control efectivo del área donde ocurrieron violaciones.

Si la transversalidad de ese diálogo, por un lado, demuestra la capacidad estatal de conversación con el mundo exterior, por otro, demuestra la superación de la recepción acrítica. La búsqueda de equilibrio entre autonomía y apertura elástica a la jurisprudencia de otros tribunales es

¹¹¹ Sudre, Frédéric *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, 6a. ed., París, PUF, 2011, pp. 7-17.

¹¹² *Ibidem*, pp. 147-153.

¹¹³ En particular, la *opinion* del Lord Rodger of Earlsferry y del Lord Brown of Eaton-Under-Heywood: [2007] UKHL 26, pp. 35-38; 49-65.

tarea hermenéutica cuidadosa de los intérpretes, de los que se exige que vean las Constituciones como instrumentos vivos y que además no ignoren la fuerza de la integridad de los intereses de la comunidad internacional.

2. *El sentido con dos ideales: ideal sistémico e ideal humanista entre la sabiduría del diálogo y la autoridad persuasiva*

Padeciendo del peligro de la simplificación, parece ser posible identificar, como lo hace Laurence Burgorgue-Larsen,¹¹⁴ dos sentidos en la conversación judicial. El primero destaca un ideal de coherencia presente en sistemas similares. Se trata, así, de un ideal sistémico. El segundo destaca un ideal humanista, ya que resulta de una visión común del ser humano y de la humanidad.

El ideal sistémico, para la autora citada, corresponde a los procesos de integración económica, política y, más ampliamente, como es el caso de la Unión Europea, integración cultural y social. Como se pudo observar en la primera parte de este trabajo, la contribución que los sistemas de justicia de los tres procesos de integración referidos ofertaron deriva de la utilización en mayor o menor medida del instrumento procesal del reenvío prejudicial. No obstante, es relevante observar que el ideal sistémico puede ser visto en los fundamentos de esas jurisdicciones cuando invocan las decisiones paradigmáticas de otros procesos de integración. Véase que la referencia, por la Corte de Quito, acerca de emblemáticos casos juzgados por el Tribunal de Luxemburgo en la década de los sesenta del siglo XX, como el conocido caso *Costa vs. Enel*, derivó de la voluntad de consolidar en la región los principios de la primacía y del efecto directo del derecho comunitario.

Ahora bien, si los procesos de integración se justifican en marcos normativos cuya existencia es marcada por los principios de la primacía, del efecto directo y de la eficacia inmediata, es cierto que la coherencia sistémica es condición esencial para la concretización de los mismos. Pero, Burgorgue-Larsen destaca que cuando las Cortes de Quito o Managua citan la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo no habría

¹¹⁴ Burgorgue-Larsen, Laurence, *op. cit.*, p. 122.

propiamente un diálogo sino que mucho más unilateralidad por parte de las primeras. Sin embargo, no se puede simplemente afirmar ser actitud mimetista, en general criticable. Se trata, sí, de reconocimiento del pionerismo de la jurisprudencia del tribunal comunitario europeo, es decir, una jurisprudencia guía. Seguramente no se puede afirmar lo contrario, pues aunque no es inexistente, aún es tímida la referencia a las jurisprudencias de las otras Cortes por la del Tribunal de Luxemburgo. Su omisión es favorecida por el peso de su historia. En cualquier caso, el ideal de coherencia sistémica atiende, en ese campo, a la manutención de las organizaciones de integración en nombre, sobre todo, de los intereses económicos y políticos.

Por otro lado, se puede vislumbrar el ideal humanista en la búsqueda de concretización de valores comunes, especialmente en relación con los derechos humanos. Así, la coherencia anhelada concierne a los valores humanistas¹¹⁵ y al reconocimiento de su condición de “universalizables”. En ese sentido, el “diálogo judicial” o el “comercio de jueces”¹¹⁶ es fuente importante para la construcción de una teoría de esos valores comunes o, incluso más osadamente, para la construcción de una teoría de los bienes comunes mundiales. En efecto, si en el ámbito interno, como se sabe, la efectución de los derechos humanos, individuales y sociales todavía es una dificultad, la situación ocurre de modo aún más difícil en el plano global, ante la ausencia de previsión de responsabilización o falta de fuerza ejecutoria de los marcos normativos y de las decisiones de los tribunales que tratan de la materia. Cualquier tentativa de establecimiento de bienes públicos mundiales no puede abdicar de reivindicar un cuadro normativo capaz de responsabilizar a los actores por su efectución y por su violación. A causa de ello, conforme destaca Delmas-Marty¹¹⁷ lo que se constata es un “gran llamado a los jueces”, porque los individuos se encuentran “abandonados por los políticos” y, a menudo, por la política, incapaz de formular y aplicar políticas públicas eficaces.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 124.

¹¹⁶ La expresión es de Alard, J. y Garapon, A. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*, cit., p. 9.

¹¹⁷ Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, cit., p. 41.

¿En nombre de qué principio democrático podrán los jueces buscar sus razones en otras fuentes que no sea en las palabras de su legislador? En efecto, esta es una lancinante pregunta democrática formulada por Allard y Garapon¹¹⁸ cuya respuesta se puede encontrar en la “emancipación de los jueces” por el aumento, creciente, de la inclusión en los fundamentos de la decisión, de textos de derecho internacional. Los jueces, con eso, se liberan de aplicar apenas el derecho interno, pues además del deber de controlar la constitucionalidad, como demuestra el derecho comparado, poseen el deber de controlar la convencionalidad,¹¹⁹ es decir, de aplicar en el plano de la jurisdicción interna los tratados y convenciones firmados por los Estados a los que están vinculados.

En ese sentido, se trata de reconocer en el *ius commune* un sentido de tradición, compuesta por un modo de pensar y un modo de vida que, al contrario del pensamiento de MacIntyre,¹²⁰ no representa el relativismo de una determinada tradición, pero, antes, el esfuerzo de construir valores comunes. Consiste en la necesidad de que se reconozca un horizonte abierto que vea y comprenda la tendencia del ser humano a la unidad y universalidad, justamente porque todas las culturas son incompletas.¹²¹

El fenómeno de la “emulación de los jueces” provocada por las jurisdicciones de los tribunales internacionales, sobre todo de los tribunales de derechos humanos en relación con los jueces nacionales comprueba que, como nunca antes, se muestran permeables a las influencias extranjeras. Un caso claro de esa influencia ocurre, por ejemplo, en materia penal en cuanto a las disposiciones de imprescriptibilidad, amnistía e inmunidades. De ese modo, las referencias a la jurisprudencia de los tribunales extranjeros, nacionales o no nacionales, pertenece a una práctica que se consolida significativamente en la actualidad. En materia de derechos humanos, el famoso caso Perruche es un buen ejemplo,¹²²

¹¹⁸ Allard, J. y Garapon, A. *Os juízes na mundialização*, cit., p. 12

¹¹⁹ Ost, F. Kerchove, M. v., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., p. 101.

¹²⁰ MacIntyre, A., *Depois da virtude*, Bauru, São Paulo, 2001, pp. 422-427. Crítica a la obra de MacIntyre en el sentido expuesto en el texto, véase en: Fiss, O., *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

¹²¹ Sousa Santos, Boaventura de, *A gramática do tempo*, São Paulo, Cortez, 2006, pp. 93-166.

¹²² Delmas-Marty, M. *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?*, cit., p. 251-252)

ocasión en que la jurisdicción francesa fue a buscar en la jurisprudencia americana argumentos que justificasen su posición.

De ese modo, lo que se puede percibir es una gran porosidad y permeabilidad entre sistemas jurídicos que toma la forma de ese cruce de referencias con jueces externos¹²³ componiendo la vasta red de comunicación transjurisdiccional formada por medio del diálogo de jueces de diferentes orígenes e instancias delimitando lo que Burgorgue-Larsen denomina “diplomacia judicial”.¹²⁴

Los efectos de la emancipación y de la emulación fomentan la construcción de una base teórica y de referenciales concretos acerca de los bienes comunes mundiales que tienen la pretensión de trascender las fronteras nacionales, ante la circularidad que puede orientar las decisiones de los jueces nacionales. Sin embargo, ante la imprecisión que aún domina ese ámbito, queda reforzado el margen nacional de apreciación. En verdad, la consolidación de la tradición del diálogo entre jueces además de reconocer una jurisprudencia constitucional global referida por Slaughter, también diseña una jurisprudencia convencional global y así forma un contexto de tradición con la integridad de principios globales en materia de derechos humanos, donde se pueden inserir los bienes comunes mundiales. Favorable a la idea de que la mundialización contribuye para estabilizar las relaciones entre los hombres en el plano cosmopolítico, más allá del Estado nacional y del derecho internacional, Delmas-Marty¹²⁵ reconoce en el diálogo entre los jueces una dialéctica entre lo más general y lo particular. En esta situación, lo global tomaría concreción y la dialéctica serviría para dar cuenta de una amenaza de doble vía: a) del riesgo del orden hegemónico, y b) del desorden impotente.

Se trata de la reconstitución del romance en cadena que forma la integridad del derecho, recordando a Dworkin,¹²⁶ para inserir un elemento nuevo que es la posibilidad de la internacionalización de los jueces

¹²³ Dubout, E. y Touze, S., “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques”, en Dubout, E. y Touze, S., *Les droits fondamentaux: Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, p. 13.

¹²⁴ Ibidem, p. 18.

¹²⁵ Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit (II). Le relatif et l’universel*, cit., p. 414.

¹²⁶ Dworkin, Ronald, *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, pp. 275-279.

nacionales dictada por exigencias advenidas de la complejidad de las relaciones del mundo contemporáneo que no obedecen los límites de los bordes nacionales. Esas redes de relación lo que hacen, todavía, es establecer una modificación profunda en el estilo judicial, creando otro tipo de racionalidad que tiene relación con la motivación de las decisiones de los jueces.

Para quien conoce la sistemática de los tribunales internacionales/regionales, no es ninguna novedad decir que el contenido de sus decisiones no tiene carácter jerárquicamente superior. Pero, a la base de la fertilización cruzada está un tipo de autoridad persuasiva que deriva mucho menos de la fuerza del proceso y mucho más del derecho material involucrado. Así, la subordinación estrecha de los jueces al derecho, implica decir que no están exentos de considerar el derecho convencional¹²⁷ y el *jus communne* con base en las exigencias del caso concreto. Por ello, el recurso a la jurisprudencia extranjera en materia de derechos del hombre puede significar la asunción en favor de marcos normativos internacionales de derechos humanos que hacen parte de la tradición construida por la comunidad inter-humana.

Las exigencias de racionalidad de los sistemas jurídicos deben estar afinadas con la percepción de que, aunque importante es la actuación de la jurisdicción, de ella no se puede esperar todo, porque la mundialización de la justicia no significa necesariamente construcción de un orden cosmopolita. Cuando mucho podrá colaborar para su construcción. En materia de bienes comunes mundiales ésta es una salida interesante porque reconoce y respeta las diversidades nacionales, sin abrir mano de niveles mínimos legislativos y de políticas sociales con vistas a su implementación, como en materia de derechos fundamentales sociales, por ejemplo. Este es el sentido humanista del diálogo judicial.

¹²⁷ Véase que en ámbito latinoamericano la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el conocido caso Almonacid-Arellano contra Chile afirmó tener todo juez nacional competencia para aplicar el control de convencionalidad (párrafo 124). Se trata de una especie de control de convencionalidad difuso. Véase: Cantor, R., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, p. 49.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALLARD, Julie y GARAPON, Antoine, *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2008.
- ANDOLINA, Italo y VIGNERA, Giuseppe, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Gaipichelli Editore, 1990.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “De l’internationalisation du dialogue des juges”, en http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., “Le développement du Droit international des droits de l’homme à travers l’activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme”, en *A humanização do direito internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- DELMAS-MARTY, M., *Critique de l’integration normative*, París, PUF, 2004.
- , *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, París, Collège de France/Fayard, 2003.
- , *Les forces imaginantes du droit (I). Le relatif et l’universel*, París, Seuil, 2004.
- , *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, París, Seuil, 2006.
- , *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, París, Seuil, 2007.
- , *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?*, París, Seuil, 2011.
- , “Prefácio”, en DOAT, Mathieu et al., *Droit e complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2007.
- DEZALAY, Y. y GARTH, Brian G., *La mondialisation des guerres de palais*, París, Seuil, 2002.
- DUBOUT, E. y TOUZE, S., “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre orders et systemes juridiques”, en DUBOUT, E. y TOUZE, S., *Les droits fondamentaux: Charnieres entre orders et systemes juridiques*, París, Pedone, 2010.

- DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- DWORKIN, R., *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- , *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.
- FIX-ZAMUDIO, H., “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latino-americanas y en la Corte interamericana de Derechos humanos”, *Revista latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, enero-junio de 2004.
- GALLARDO, Carlos Guerra, “La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial”, *Seminario sobre “La Consulta Prejudicial”*, Nicaragua, 9 y 10 de octubre de 2006, en: http://cendoc.ccej.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20Yla_Con-sulta_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf.
- GARAPON, Antoine, *O guardador de promessas: justiça e democracia*, Lisboa, Piaget, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control interno de convencionalidad”, *IUS. Revista del Instituto jurídico del Puebla*, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.
- GLOPPEN, Siri et al., *Courts and power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave, 2010.
- HERDEGEN, Mathias, “La internacionalización del orden constitucional”, *Anuario Latino-Americano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- HONNETH, Axel, *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos morais*, São Paulo, Editora 34, 2003.
- JAUME, Lucien, *Qu'est-ce que l'esprit européen?*, París, Flammarion, 2010.
- JOUNANNET, Emmanuelle, “La motivation ou le mystère de boîte noire”, en RUIZ FABRI, Hélène y SOREL, Jean-Marc, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, París, Pedone, 2008.
- KANT, Immanuel, *Crítica da faculdade do juízo*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

- LAURENS, Henry y DELMAS-MARTY, Mireille (dirs.); JABER, Hana (coord.), *Terrorismes. Histoire et Droit*, París, CNRS Éditions, 2010.
- LE GOFF, Jacques, “Introdução”, en DOAT, Mathieu *et al.*, *Droit e complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2007.
- LEVINAS, Emmanuel, *Totalidade e Infinito*, Lisboa, Edições 70, 1988.
- MACINTYRE, A., *Depois da virtude*, São Paulo, Bauru, 2001.
- MORIN, Edgar, *Introdução ao pensamento complexo*, 3a. ed., Lisboa, Piaget, 2001.
- NEDER MEYER, Emílio Peluzo, *Responsabilização por grave violação de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153/DF pelo direito internacional dos direitos humanos*, tese de doutorado, 2012.
- NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- PEROTTI, Alejandro, *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*, Lima, Secretaría General de la CAN, Biblioteca Digital Andina, 2005.
- REY CANTOR, Ernesto, “El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 4. 002, 2006.
- ROMANO, Santi, *O ordenamento jurídico*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes, “Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: Ultrapassando o perfil funcional e estrutural hipermoderno de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos”, en CALLEGARI, André Luís *et al.* (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, v. 7.
- , *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *A gramática do tempo*, São Paulo, Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos fundamentais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos na Constituição Federal brasileira de 1988”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10-A, Curitiba, Juruá, 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie, *A new world order*, New Jersey, Princeton, 2004.

STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Editora Saraiva, 2011.

SUDRE, Frédéric *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’homme*, 6a. ed., París, PUF, 2011.

SUPIOUT, Alain, *L’esprit de Philadelphie. La justice social face au marché total*, París, Seuil, 2010.

Sítios

<http://portal.ccj.org.ni>.

<http://www.corteidh.or.cr>.

<http://www.stf.jus.br>.

<http://www.tribunalandino.org.ec>.