



REVISTA INCLUSIONES

HOMENAJE A NOEMÍ LILIANA BRENTA

Revista de Humanidades y Ciencias Sociales

Volumen 8 . Número Especial

Enero / Marzo

2021

ISSN 0719-4706

CUERPO DIRECTIVO

Director

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda
Universidad Católica de Temuco, Chile

Editor

Alex Véliz Burgos
Obu-Chile, Chile

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo, Brasil

Editor Europa del Este

Dr. Alekzandar Ivanov Katrandhiev
Universidad Suroeste "Neofit Rilski", Bulgaria

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Lic. Graciela Pantigoso de Los Santos
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza
Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto
Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos
Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Francisco José Francisco Carrera
Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González
Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy
Universidad de La Serena, Chile

Mg. Cecilia Jofré Muñoz
Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya
Universidad Adventista de Chile, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach
Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín
Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio
Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero
Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Eleonora Pencheva
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira
Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga
Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona
Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra
Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz
Universidad del Salvador, Argentina

Ph. D. Stefan Todorov Kapralov
South West University, Bulgaria

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandía

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Antonio Hermosa Andújar

Universidad de Sevilla, España

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia

Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dr. Francisco Luis Girardo Gutiérrez

Instituto Tecnológico Metropolitano, Colombia

José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre

Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura

Instituto de Estudios Albacetenses "Don Juan Manuel", España

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Diálogos em MERCOSUR, Brasil

+ Dr. Álvaro Márquez-Fernández

Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa

Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

Dra. Yolando Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Dra. Elían Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

Instituto Universitario de Lisboa, Portugal

Centro de Estudios Africanos, Portugal

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y el Deporte,
Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Ph. D. Valentin Kitanov

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Perú

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. Vivian Romeu

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. María Laura Salinas

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

**REVISTA
INCLUSIONES** M.R.
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

Dr. Stefano Santasilia
Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López
Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dra. Jaqueline Vassallo
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

**CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL**

Dr. Evandro Viera Ouriques
Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez
Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec
Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:





REX



UNIVERSITY OF SASKATCHEWAN



Universidad de Concepción

BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN



**EL DIÁLOGO EURO-AMERICANO MEDIANTE LOS “DIÁLOGOS JUDICIALES”:
¿OTRA FORMA DE COOPERACIÓN REGIONAL PARA LA ARMONIZACIÓN
DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS O ALGO MÁS?**

**THE EURO-AMERICAN DIALOGUE THROUGH THE “JUDICIAL DIALOGUES”:
ANOTHER FORM OF REGIONAL COOPERATION FOR THE HARMONIZATION
OF JURISPRUDENCE ON HUMAN RIGHTS OR SOMETHING ELSE?**

Dra. Nuria Belloso Martín
Universidad de Burgos, España
ORCID:0000-0001-5681-778X
nubello@ubu.es

Fecha de Recepción: 03 de marzo de 2020 – **Fecha Revisión:** 21 de marzo de 2020

Fecha de Aceptación: 23 de octubre de 2020 – **Fecha de Publicación:** 01 de enero de 2021

Resumen

A partir de las diversas posibilidades de cooperación internacional, la cooperación judicial internacional ha adquirido un protagonismo en la última década. Ello ha favorecido una forma concreta de relación entre tribunales como son los diálogos judiciales. Se prestará especial atención al contexto que ha facilitado el impulso de este diálogo judicial como es, por un lado, la renovada comprensión del derecho, propia de la posmodernidad y, por otro, la incidencia de los procesos de globalización. Ello permitirá llegar al concepto de diálogo judicial, diferenciando un sentido amplio y un sentido estricto del mismo. Se analizarán las teorías que, bajo diversas perspectivas, permiten una comprensión iusfilosófica de los diálogos judiciales y se profundizará en sus fundamentos filosóficos. Finalmente, se prestará especial atención al diálogo judicial regional que se viene sosteniendo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), para lo que se analizará la Sentencia de la Corte IDH *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, de 20 de octubre de 2016. Se concluirá con unas valoraciones finales en las que se dilucidará si los diálogos judiciales regionales son algo más que otra forma de cooperación judicial internacional para una armonización de la jurisprudencia, implicando un proyecto filosófico, político y jurídico más amplio.

Palabras Claves

Cooperación internacional – Diálogos judiciales – Fundamentación iusfilosófica – Cortes regionales

Abstract

Based on the various possibilities of international cooperation, international judicial cooperation has acquired a leading role in the last decade. This has favored a specific form of relationship between courts such as judicial dialogues. Particular attention will be paid to the context that has facilitated the impetus for this judicial dialogue, such as, on the one hand, the renewed understanding of law, typical of postmodernity and, on the other, the incidence of globalization processes. This will allow reaching the concept of judicial dialogue, differentiating a broad and a strict sense of it. Theories that, under different perspectives, allow a philosophical understanding of judicial dialogues will be analyzed and their philosophical foundations will be deepened. Finally, special attention will be paid to the regional judicial dialogue that has been taking place between the European Court of Human Rights (ECHR)

El diálogo Euro-Americano mediante los “Diálogos Judiciales”: ¿Otra forma de cooperación regional para la... pág. 332

and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), for which the Judgment of the Inter-American Court of Human Rights of the Treasury will be analyzed. Green Brazil Vs. Brazil, of October 20, 2016. It will conclude with final evaluations in which it will be clarified whether regional judicial dialogues are more than just another form of international judicial cooperation for a harmonization of jurisprudence, involving a philosophical project, broader political and legal.

Keywords

International cooperation – Judicial dialogues – Philosophical foundation ius – Regional courts

Para Citar este Artículo:

Belloso Martín, Nuria. El diálogo Euro-Americano mediante los “Diálogos Judiciales”: ¿Otra forma de cooperación regional para la armonización de la jurisprudencia sobre los Derechos Humanos o algo más? Revista Inclusiones Vol: 8 num Especial (2021): 331-359.

Licencia Creative Commons Attribution Non-Comercial 3.0 Unported
(CC BY-NC 3.0)

Licencia Internacional



Introducción

De la cooperación internacional a la cooperación judicial internacional

Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española cooperar es "obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin". Esta definición destaca las dos notas características de la cooperación: el hecho de que se trata de un proceso de interacción entre dos o más sujetos y la idea de que la cooperación implica un esfuerzo común orientado a la consecución de un mismo fin. A partir de esta definición genérica, el estudio del desarrollo de la cooperación jurídica internacional permite constatar, siguiendo a García Moreno, que:

“la misma ha evolucionado desde una cooperación bilateral entre Estados - restringida a la actuación conjunta de dos Estados cooperantes, basada normalmente en el principio de reciprocidad o en un convenio o instrumento internacional de carácter bilateral- a una cooperación multilateral o regional, en la que ya no sólo intervienen Estados soberanos, sino también organizaciones internacionales con personalidad jurídica propia. Este hecho determina la mayor complejidad de los procesos de cooperación en nuestros días, debido no sólo al número creciente de sujetos implicados, sino además al incremento paulatino del objeto de la cooperación, que incluye nuevas áreas del ordenamiento jurídico más allá de la clásica asistencia judicial.”¹

El ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades judiciales de un Estado, en cuanto expresión tradicional de la soberanía estatal, se halla circunscrito al interior de sus fronteras. Sin embargo, los retos planteados por la lucha contra la delincuencia transnacional así como otros presupuestos (globalización, complejidad de las sociedades, pluralismo jurídico) obligan a adoptar mecanismos jurídicos que permitan la actuación extraterritorial en el ejercicio de la jurisdicción, conciliando esta actuación con la salvaguarda de la soberanía de los Estados y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales. Ello abre las puertas a un multilateralismo en el ámbito de la cooperación jurídica, en el que los diálogos judiciales se configuran como un mecanismo más en orden a impulsar esa cooperación jurídica. Y es en el ámbito regional europeo - gracias al Consejo de Europa y la Unión Europea- como en el ámbito latinoamericano –en el que se ha avanzado hacia la creación de un espacio judicial iberoamericano siguiendo el referente del espacio judicial europeo- donde mayores logros se pueden conseguir.

La cooperación judicial internacional es una necesidad para todos los países² y, en esta línea estratégica, la cooperación euro-americana se ha ido intensificando progresivamente.

¹ José Miguel García Moreno, “La cooperación judicial penal en el ámbito iberoamericano”, *El Derecho.com* (Consultado el 19.12.2013).

<https://elderecho.com/la-cooperacion-judicial-penal-en-el-ambito-iberoamericano>. (Consultado el 20.10.2019).

² Entre las principales instituciones regionales de cooperación en América se encuentran la Organización de Estados Americanos (OEA), el MERCOSUR, el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), la institucionalización de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, y la Cumbre Judicial Iberoamericana, entre otros. Unos de los logros fundamentales de la OEA lo constituye el sistema interamericano de derechos humanos, basado en dos textos fundamentales (la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969), cuya salvaguarda es garantizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (con sede en Washington) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José de Costa Rica).

En lo que se refiere al sistema europeo, puede subrayarse que se ha pasado de una cooperación entre Estados a una cooperación entre jueces de los Estados. A su vez, se está también reforzando una cooperación judicial efectiva con América Latina. Por ejemplo, en el ámbito penal, ha habido que establecer sistemas de cooperación ya que las nuevas formas de delincuencia han adoptado formas y procedimientos cada vez más complejos en los que el dinero se mueve muy rápido y los autores de los delitos cruzan velozmente las fronteras. Por ello, los esquemas de cooperación entre los Estados, propios del siglo XX, resultan obsoletos para dar la respuesta que necesitan los conflictos jurídicos del siglo XXI. Las experiencias de cooperación –tanto gubernamental como judicial- entre Europa e Iberoamérica se han ampliado y consolidado en las dos últimas décadas. Así, a nivel del Poder Ejecutivo, se han constituido Foros y se celebran conferencias – como la Conferencia Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno y la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) -, cuya finalidad es facilitar el desarrollo basado en el diálogo, la cooperación y la solidaridad.

En el ámbito estrictamente judicial la dinámica de institucionalización de la Comunidad Iberoamericana de Naciones se ha producido a través de la Cumbre Judicial Iberoamericana y han dado lugar a la creación de una serie de estructuras estables para garantizar dicha institucionalización (Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales; Red Iberoamericana de Centros de Documentación e Información Judicial, Aula Iberoamericana; Centro Iberoamericano de Capacitación Judicial Virtual y Comisión Iberoamericana de Ética Judicial). El entramado institucional que se está generando en Iberoamérica se extiende también a los Ministerios Públicos por medio de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP). En el ámbito de la comunidad iberoamericana de naciones se constituyó en 2004 la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), siguiendo el modelo de las redes de cooperación judicial en el marco de la Unión Europea.³

Junto a estos sistemas de cooperación y auxilio judicial en general, en el ámbito de los derechos humanos, en aras de una tutela más eficaz y una concreción de determinadas experiencias que podrían calificarse como “evolutivas” en cuanto a los propios conceptos jurídicos –por ejemplo, qué es y cómo se manifiesta la esclavitud en sociedades democráticas y avanzadas- se han establecido unas formas de colaboración y cooperación más específicas entre jueces y tribunales a las que se las engloba bajo el término de “diálogos judiciales”.

En este trabajo se prestará especial atención al contexto que ha facilitado el impulso de este diálogo judicial que, aun a riesgo de simplificar mucho, deriva por un lado de la renovada comprensión del derecho propia de la posmodernidad y, por otro, de la incidencia de los procesos de globalización. Ello permitirá llegar al concepto de diálogo judicial, diferenciando un sentido amplio y un sentido estricto del mismo. Se analizarán y se profundizarán las teorías que, bajo diversas perspectivas, permiten una comprensión iusfilosófica de los diálogos judiciales. Finalmente, se prestará especial atención al diálogo judicial regional que se viene sosteniendo entre los dos Tribunales regionales indicados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos

³ La IberRed consiste esencialmente en una estructura de facilitación de la asistencia judicial mutua constituida por una red de puntos de contacto pertenecientes a Ministerios de Justicia, Poderes Judiciales y Fiscalías con responsabilidades en el ámbito de la cooperación internacional y autoridades centrales de ciertos instrumentos de derecho internacional en que los Estados de la Comunidad Iberoamericana son parte.

Humanos (CorteIDH), para cuyo propósito se analizará la Sentencia de la Corte IDH *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, de 20 de octubre de 2016.

Los diálogos judiciales: contexto y teorías fundamentadoras

Aunque los diálogos judiciales podrían considerarse, en parte, como una forma de cooperación judicial,⁴ lo cierto es que tienen un significado y unas implicaciones que van mucho más allá y que no pueden ser revisadas bajo la óptica del Derecho Internacional Público o del Derecho Procesal. La perspectiva y las dimensiones que ofrece la Filosofía del derecho, la Filosofía política, la Sociología y otras áreas como la Filosofía del lenguaje, la argumentación y la hermenéutica, permiten una comprensión del contexto y de las posibles dimensiones del diálogo judicial.

El contexto para el diálogo judicial. Una nueva comprensión del Derecho

Para entender adecuadamente los diálogos judiciales hay que partir del contexto social, jurídico y normativo en el que se han originado y se desarrollan. Una renovada concepción del Derecho y los procesos de globalización, entre otros, han supuesto el contexto idóneo para el diálogo judicial.

La sociedad de la postmodernidad es plural, fragmentada y diversa, proyectándose en el Derecho. Se asiste a un proceso combinado –principalmente en Europa, pero también en otros contextos- de globalización, inmigración y desarrollo de ámbitos transnacionales de interacción. La Administración de justicia y el proceso judicial se ven complementados con las formas alternativas de resolución de conflictos –ADR- y la resolución de litigios en línea –ODR-; se multiplican los sistemas desregulados y los *soft law*; la distinción entre Derecho público y Derecho privado resulta más borrosa en su delimitación; incluso, la denominada justicia predictiva o justicia algorítmica a través de la inteligencia va implantándose progresivamente afectando a la racionalidad de las decisiones judiciales. Todas estas mutaciones tienen su incidencia en la propia concepción del Derecho y en su forma de articularse.

⁴ En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial español actúa en tres áreas en el ámbito de las relaciones internacionales: 1) Cooperación al desarrollo: El Consejo apoya a los poderes judiciales de otros países, generalmente con el soporte económico de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y de la Comisión Europea; 2) Auxilio Judicial: El Consejo es uno de los actores claves en el denominado Auxilio Judicial Internacional, destinado a facilitar y agilizar la tramitación de causas con conexiones internacionales; 3) Relaciones Institucionales: El Consejo General del Poder Judicial mantiene relaciones institucionales estables con los Consejos Generales y las Cortes Supremas de la Unión Europea e Iberoamérica. Consisten en redes internacionales de concertación y cooperación destinadas a la mejora de los sistemas judiciales y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

El Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, integrado en el Servicio Central de Secretaría General, es el encargado de desplegar la actuación internacional del Consejo: 1) El CGPJ es miembro de la Red Europea de Consejos de Justicia; 2) El Consejo forma parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Actualmente desempeña su Secretaría Permanente; 3) Es punto de contacto de las siguientes redes de cooperación: Eurojust, Red Judicial Europea Penal (RJE), Red Judicial Europea Civil y Mercantil y Red Judicial Iberoamericana (IberRed).

C.G.P.J - Relaciones Internacionales - Poder Judicial. Disponible en: www.poderjudicial.es/...Judicial/...Judicial/.../Relaciones_Internacionales (Consultado el 22.03.2019)

Como sabemos, en la Modernidad, bajo la influencia de los modelos racionalistas, el Derecho se concentró esencialmente en textos escritos. Es la época de la codificación que se traduce en el ideal de unidad, plenitud, y coherencia lógica del orden jurídico.

En el siglo XX desaparece la unidad entre lo codificado y lo jurídico. Se multiplican las leyes especiales, quebrando la coherencia de los códigos; los jueces aumentan su poder y discrecionalidad respecto a las normas codificadas, dejando de ser simples “aplicadores” de la ley (“boca muda” en palabras de Montesquieu) para convertirse en auténticos creadores del Derecho. Baste recordar al famoso juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, O.W. Holmes, representante del sociologismo y la corriente del Realismo jurídico americano, que sostenía que el Derecho no era otra cosa que la profecía de aquello que dictarán los tribunales.

En este nuevo contexto, en el Derecho se reformulan las jerarquías tradicionales (los jueces se convierten en legisladores; los políticos en jueces y los técnicos no políticos en legisladores). Pluralidad, diversidad y provisionalidad se adueñan del Derecho en detrimento de su utópica unidad, plenitud y permanencia.

El sistema jurídico abandona su estructura jerarquizada de pirámide –según el modelo kelseniano- para adoptar la forma reticular de una red. Actores de diversos ámbitos interactúan, se entrecruzan textos de diversa procedencia, se contrastan, se corrigen; el legislador es casi más un receptor-comentador de otros textos que autor de los suyos propios. Así, nadie dirige completamente el desarrollo de la trama jurídica: el final de cada historia no es previsible. Al igual que sucede con esa especie de “novelas abiertas”, en las que el propio lector puede ir decidiendo el rumbo de la intriga, también las legislaciones actuales dejan a sus destinatarios la posibilidad de definir algunos elementos.⁵

La aplicación silogística del Derecho por parte de los jueces queda superada al igual que el paradigma del positivismo jurídico y formalista que alumbró esta metodología. El neoconstitucionalismo –con sus principios, valores y directrices-, el pluralismo jurídico y la inflación legislativa han provocado la superación de un concepto del Derecho al modo kelseniano, que ofrecía la seguridad que ofrecía la norma hipotética fundamental, situada en su atalaya. Se incorporan recursos técnicos-interpretativos apoyados en las nociones de “proporcionalidad”, “ponderación”, “razonabilidad”, y otros. El “Derecho” se vuelve dúctil,⁶ alejándose de la rigidez positivista, de esquemas formales estrictos y de construcciones teóricas formales. Surgen distintos enfoques sobre la concepción del Derecho como la polémica Hart - Dworkin.

⁵ Tomando como modelo la novela en cadena que ha popularizado Dworkin: Un grupo de novelistas debe escribir una novela, elaborando cada uno de ellos un solo capítulo. Cada parte debe estar escrita de manera que la novela sea coherente, homogénea y la mejor dentro de su género. Todos los autores (menos el primero) deben seguir el relato donde lo acabó el anterior, interpretando un argumento que ya está en marcha. Esto convierte al escritor en un intérprete (deberá pasar su tarea por dos filtros: el test de coherencia formal del argumento y el test del valor sustancial de sus propias convicciones estéticas). Un buen juez debe pues concebir las leyes y los precedentes correspondientes como un largo relato que debe de interpretar en un principio, para después continuar la trama, de acuerdo con su propio criterio y de la mejor manera posible y con la mayor coherencia hacia el resto del relato, pero no desde un punto de vista simplemente estético sino desde el punto de vista de la moralidad política.

⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 9ª ed., trad. Marina Gascón, (Madrid: Editorial Trotta, 2009).

Hart propone su teoría sobre los casos difíciles y cuestiona cómo salir de la zona de penumbra –como cuando los jueces, al aplicar la ley y enfrentarse a un caso difícil, tiene un margen de apreciación nacional-. Por su parte, Dworkin, con el omnisciente juez Hércules, vendría a encontrar siempre la solución más justa en cada caso difícil. Se lucha con la interpretación del Derecho y con las indeterminaciones del Derecho.

El carácter valorativo e interpretativo en la línea dworkiana goza de numerosos adeptos. Dworkin ha impulsado la entrada de los principios en el actual concepto del Derecho, haciéndolo asumir una “textura abierta” frente al dogma positivista de la clausura (unidad y plenitud de todo sistema jurídico); ha alejado la decisión judicial del paradigma mecanicista de la subsunción (norma/hechos/sentencia) y la ha empujado al terreno de la interpretación. Es decir, un ámbito que supera la literalidad de la ley y conecta de algún modo con la sabiduría y la imaginación. Frente a la concepción analítica del Derecho, que concibe el razonamiento jurídico desde una perspectiva exclusivamente formal y deductiva, en la que se busca sólo la coherencia desde una perspectiva de silogismo normativista, se alza la concepción narrativa del Derecho, en la que prima el espíritu de la norma (lo importante es la coherencia narrativa del razonamiento, la interpretación de los textos y la naturaleza argumentativa de las discusiones jurídicas).

Esta renovada comprensión del derecho y esta ley es la que los jueces están utilizando para decidir en las disputas que se les presentan, muchas afectadas por una gobernanza multinivel, por la fragmentación y por la complejidad. El Derecho de los libros, -como el *law in book* del Realismo jurídico norteamericano- se contraponen al *law in action*, es decir, muchos de los actuales conflictos requieren tanto normas nacionales como internacionales, normas de derecho duro y de derecho blando, y trasponer las fronteras del Estado y de su soberanía.

Como apunta Waldron, el Derecho es visto como ideas normativas, como interpretación o como hermenéutica. La respuesta formal, la aplicación mecánica de la ley no es suficiente. La discrecionalidad, el margen de apreciación judicial, el espacio para “dialogar” entre los jueces hace que quede atrás la mera aplicación de la ley. Es una concepción del Derecho que fomenta el debate, la deliberación y la interpretación.⁷ Un segundo elemento contextual que ha favorecido el diálogo judicial ha sido el de los procesos de globalización en los que no sólo se intercambian mercancías y servicios profesionales sino también ideas y cultura. Todo ello ha traído consigo el replanteamiento de los conceptos de Derecho y de justicia desde una perspectiva global y universal.⁸ Los conceptos jurídicos que más han sido afectados por la internacionalización y la globalización han sido el de soberanía, el cual ahora se determina preponderantemente por el mercado;⁹ el de las fuentes del Derecho, antes determinado sólo por factores del ámbito territorial;¹⁰ y el de norma suprema como concepto fundante básico y el único capaz de

⁷ Jeremy Waldron, “Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity”, en *Highest Courts and Globalisation*, Eds. S. Muller y S. Richards (Hague Academic Press, 2010).

⁸ Alfonso de Julios Campuzano, “Racionalidad jurídica y globalización. Paradojas y perplejidades en torno al ordenamiento jurídico”, *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Vol. 11, Nº. 1 (2008): 224.

⁹ Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en *Estado constitucional y globalización*, Comp. Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (2ª ed., México: Editorial Porrúa/UNAM, 2003) 313-324.

¹⁰ Miguel Carbonell, “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial” en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*

dotar de sentido y validez a una multiplicidad de normas pertenecientes a un determinado sistema jurídico.¹¹ La sociedad en red, el Estado en red y el Derecho global abren las puertas a nuevos procedimientos y nuevas lecturas: desde el constitucionalismo hasta principios transnacionales de rango constitucional. Las normas se multiplican, en muchos casos derivadas desde decisiones no nacionales, impulsadas desde organismos internacionales o sedes supranacionales. Se genera una distribución de responsabilidades, decisiones y autoridad a lo largo de una red de instituciones supra-nacionales.

Dos posibles acepciones del diálogo judicial

Una vez enumerados dos de los principales presupuestos que han fomentado el diálogo judicial, hay que examinar en qué consiste ese “diálogo judicial”.

La primera dificultad que surge es la del propio concepto del diálogo judicial. ¿Qué significa judicial? Judicial se refiere a los jueces y tribunales, pero puede extenderse al sistema judicial y esto puede incluir todo tipo de colaboradores y fiscales o procuradores. ¿Y sobre qué versa el diálogo? El diálogo implica una interacción bidireccional dialógica donde ambas partes se comunican en un modelo de entrada/salida.¹² El “Diálogo Judicial” implica la interacción verbal entre los jueces. Su resultado es el uso voluntario (opcional) y reconocido de la información legal producida por otros tribunales como un elemento incorporado en la tramitación procesal de una disputa o en la deliberación judicial en la aplicación de la ley.

Ahora bien, el propio concepto de diálogo judicial obliga a reflexionar sobre las condiciones o requisitos que debe reunir ese diálogo. El diálogo, ¿debe ser simétrico, justo, equitativo y recíproco? ¿Es posible que el diálogo sea unidireccional? La confianza ¿es un factor necesario para que opere el diálogo judicial? Participar en una conversación es algo que no se puede imponer o forzar. Aunque sigue primando la idea de que el precedente es un fenómeno ajeno a nuestras tradiciones de *civil law*, sin embargo, cada vez se está integrando más en nuestros sistemas.¹³ Ello obliga a plantearse si los precedentes constituyen una forma de diálogo institucional entre jueces. Recurrir al argumento comparado y al Derecho comparado –a través de precedentes extranjeros- permite impulsar la búsqueda y construcción de un *ius commune* pero ello no significa que deban identificarse con el diálogo judicial ya que habrá ciertas formas de justificar el uso de jurisprudencia extranjera que no implique diálogo como tal.

entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera García (México: Tirant lo Blanch, 2013).

¹¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Madrid: Trotta, 2011), 202.

¹² Señala Bengoetxea que basarse en y referirse a la jurisprudencia de los tribunales superiores generalmente no se considera como una forma de diálogo judicial en un sistema institucional jerárquico donde los precedentes judiciales son fuentes del Derecho o al menos guías autorizadas para la toma de decisiones. De igual modo, cuando se recurre contra una resolución judicial en un tribunal superior o incluso en un tribunal supranacional, no es considerado como diálogo judicial a pesar de que la jurisprudencia generada y la justificación razonada de dicha jurisprudencia se puede ver como una forma de diálogo entre los tribunales; especialmente cuando algunas decisiones de los tribunales inferiores son revocadas o cuando los tribunales se distancian de los precedentes”. Fuente: José Ramón Bengoetxea, “Diálogos Judiciales e Interdisciplinarios en el Derecho Europeo”, *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, Volume 7 Issue 1 (2015): 161.

¹³ Leonor Moral Soriano, “Precedente extranjero ¿diálogo o discurso?”, en *La construcción del precedente en el Civil Law*, coordinado por Álvaro Núñez Vaquero y Marina Gascón Abellán (Barcelona, Atelier, 2020), 237-256.

En definitiva, ni la doctrina de los precedentes obligatorios ni las instancias de apelación son tratados como casos de diálogo. En cambio, cuando el precedente es una cuestión de cortesía o discreción, puede ser comparable a las citas de sentencias de otras jurisdicciones. Nos adherimos a la tesis sustentada por Bengoetxea cuando sostiene que:

“El término diálogo tiende a ser utilizado metafóricamente o como un ideal regulativo para inspirar la toma de decisiones más racionales, mientras que en la realidad la interacción comunicativa real bidireccional y recíproca entre los tribunales no se lleva a cabo.

[...] Cuanto más elaborado y coherente sea el razonamiento para la decisión, la descripción y calificación de los hechos relevantes, además de la explicación de la controversia y las interpretaciones realizadas por las partes, mayores serán los efectos sobre otros tomadores de decisiones.”¹⁴

En sentido amplio, los diálogos judiciales pueden adoptar diversas formas tales como: debates a modo de interacciones dialógicas o conversacionales entre jueces en un Tribunal en el proceso de encontrar una solución a un caso determinado; cooperación institucional, en las interacciones entre los jueces y tribunales en el proceso de decidir cómo tratar con un caso desde los puntos de vista procedimental y organizacional; citas mediante las cuales los jueces y tribunales toman en cuenta lo que otros tribunales han decidido en casos relacionados o similares como una ayuda para su propia toma de decisiones y su justificación; redes, por ejemplo, en las interacciones entre los jueces de diferentes jurisdicciones en entornos informales con el propósito de intercambiar opiniones y establecer relaciones, entre otras. Es decir, en este sentido amplio, podría entenderse el diálogo judicial como el proceso por medio del cual los tribunales utilizarían jurisprudencia ajena, incorporándola a su propio razonamiento, en su tarea de resolver una determinada controversia. Sin embargo, este concepto dudosamente nos permitiría identificar algo novedoso en este fenómeno.

Algunos autores, como Díaz Greco, abogan por una definición de diálogo judicial mucho más restringida, entendiendo que éste presupone no sólo un intercambio mutuo y consciente de ideas entre distintos órganos jurisdiccionales sino también la existencia de un conflicto inter-ordinamental previo que esos tribunales deben resolver de forma dialógica, en tanto no exista una regla clara de resolución de conflictos normativos a aplicar.¹⁵

Por consiguiente, la novedad del fenómeno analizado

“dista de poder encontrarse en la mera cita o incorporación de decisiones judiciales ajenas al razonamiento de algunos tribunales, ligándose más bien al alcance y la dimensión del fenómeno y a su vinculación con nuevos paradigmas que abandonan la visión del Derecho como una unidad coherente y jerarquizada y asumen la coexistencia de distintos sistemas jurídicos, perfectamente legítimos y potencialmente aplicables en un mismo espacio físico y temporal, cuyos conflictos no pueden ser resueltos mediante la mera aplicación del principio de jerarquía.”¹⁶

¹⁴ José Ramón Bengoetxea, *Diálogos Judiciales e Interdisciplinarios...* 162.

¹⁵ María Díaz Greco, “Diálogo judicial”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, num 9 (2016): pp. 289-299. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/.../1524>

¹⁶ María Díaz Greco. *Diálogo judicial...* 290.

Una concepción similar es la sustentada por autores tales como Slaughter,¹⁷ Groppi,¹⁸ Ferrer Mac-Gregor y Herrera García,¹⁹ Markesinis y Fedtke,²⁰ cuando distinguen claramente entre el uso de decisiones judiciales extranjeras por tribunales nacionales e internacionales y el diálogo judicial propiamente dicho. Todos ellos sustentan que sólo puede hablarse de diálogo cuando se produce un recíproco y consciente intercambio de ideas entre distintos órganos jurisdiccionales.²¹

Torres Pérez –en relación al diálogo judicial en el contexto de la Unión Europea– subraya que no puede hablarse de diálogo judicial en sentido estricto si no se dan una serie de prerequisites: a) diferentes puntos de vista en relación con la solución que cabe dar a una determinada controversia jurídica; b) bases para el entendimiento mutuo, que pueden adoptar la forma de valores y principios compartidos; c) que ninguno de los actores del diálogo pueda imponer su autoridad final sobre el otro, lo que incentivará la cooperación y la búsqueda de un necesario entendimiento, preservando la autonomía de cada tribunal; d) que exista un reconocimiento y respeto mutuo, además de la conciencia de formar parte de un proyecto común; e) que haya igualdad de oportunidades para participar en el diálogo, de modo que todos los tribunales puedan hacer oír su voz y poner en tela de juicio los razonamientos de las otras partes dialogantes; y, finalmente, f) que el diálogo se extienda a lo largo del tiempo.²²

Y si como se viene explicando el concepto de diálogo judicial no es pacífico, tampoco lo es su objetivo. ¿Qué se pretende con los diálogos judiciales? ¿trasplantes legales?; ¿difusión del Derecho?; ¿armonización de la jurisprudencia y, por ende, del Derecho?; ¿fertilización cruzada del Derecho? ¿Uniformidad (unificación), homogeneidad, compatibilidad, comparación, enriquecer la argumentación, fortalecer la motivación de las sentencias, otras? La motivación principal del diálogo parece que es la de no limitarse a resolver los casos concretos de una manera más justa sino velar por la consolidación de un Derecho común más sólido y coherente. Según De Vergottini, el diálogo no busca la uniformidad sino soluciones compatibles; tiende, por tanto, a la homogeneización.²³ Aplicando esta finalidad a los derechos humanos, para paliar las discrepancias jurisprudenciales que de forma natural se traducirán en diversos niveles y estándares de protección, para armonizar doctrina y para evitar la quiebra de principios esenciales de un Estado de Derecho como es la igualdad y la seguridad, el “diálogo de Cortes” tiene ante sí ante una tarea de extrema importancia en orden no sólo a consolidar la protección y garantía de los derechos humanos sino a armonizar la interpretación de los mismos.

¹⁷ Anne Marie Slaughter, “A typology of transjudicial communication”, *University of Richmond Law Review*, vol: 29 (1994) pp. 99-137. <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/>

¹⁸ Tania Groppi, “¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, num 16 (2011).

¹⁹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera García, “Notas Introductorias”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (México: Tirant lo Blanch, 2013), 13-20.

²⁰ Basil Markesinis y Jhon Fedtke, “The Judge as Comparatist.Tulane”, *Law Review*, Vol: 80 num 1 (2005): 76-109.

²¹ Giuseppe De Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones* (Navarra: Ed. Thomson Reuters, 2010).

²² Aida Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

²³ Giuseppe de Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales...* 55.

Algunas teorías iusfilosóficas sobre los diálogos judiciales

Son varias las disciplinas desde las que se puede enfocar el diálogo judicial: Dogmática jurídica, Sociología jurídica, Antropología del derecho, Filosofía del derecho, Derecho y culturas jurídicas comparadas, Historia del derecho, Derecho constitucional, Derecho internacional, Relaciones internacionales y Teoría política. Cada una de ellas puede aportar una perspectiva y una lectura complementaria a las otras.

Posiblemente, las redes judiciales y las citas de jurisprudencia sean las formas más usuales de comunicación judicial, pero ello no implica que haya un diálogo. Siguiendo a Bengoetxea, se diferenciarán tres principales enfoques teóricos para analizar el diálogo judicial: la teoría de sistemas, la teoría de campo y la teoría del discurso.

La primera, la teoría de los sistemas, aporta algunos elementos interesantes en la medida en que ayuda a entender la complejidad de nuestras sociedades actuales, el sistema normativo que busca coherencia, e incide en si un sistema social –y también aplicable a un sistema jurídico- tiene o no cierto grado de apertura:

“La teoría de sistemas se aproxima a la práctica judicial como parte de un sistema normativo complejo basado en un código binario válido/inválido donde las normas del sistema legal estructuran la práctica y las expectativas normativas de los destinatarios de esas normas no incluyen referencias a otras decisiones jurisdiccionales. Las citas son, por lo tanto, vistas como como prácticas imprevistas y sin estructura. La teoría de sistemas y la autopoiesis basadas en las teorías de Luhmann o Teubner son aptas para explicar la ausencia relativa o, al menos, la baja frecuencia de las citas y el hecho de que la práctica judicial en el sistema A tiende a ser cerrado a la influencia externa, a las normas y prácticas desarrolladas en otros sistemas, B, C, ... N, ya que no son parte del sistema normativo A. Por otro lado, cuando se obtienen los acoplamientos estructurales con otros sistemas normativos, hay una posible apertura del sistema que permite la transformación y la autopoiesis.”²⁴

La segunda, la teoría de campo ha sido desarrollada entre otros por Bourdieu, poniendo en relación el diálogo judicial con el poder organizado. Así se explicarían las redes judiciales como incluso también las prácticas judiciales de la citación, pudiendo dejar a unos actores marginados (fuera del campo de las citas) y en cambio, otorgando a otros actores de élite posiciones de prestigio y de influencia. Como se sabe, Bourdieu se dota de dos conceptos nuevos, el *habitus* y el campo, a la vez que reinventa uno ya establecido, el capital. Al igual que las personas acumulan, luchan y compiten por la distribución de distintos recursos para posicionarse en la sociedad, lo mismo puede suceder entre los miembros del Poder Judicial, creando unos campus (relaciones) con algunos compañeros o grupos específicos. El capital social se acumula de manera colectiva, pero en un modo altamente selectivo y exclusivista. La distribución de los distintos tipos de capitales da lugar a la creación de mapas, donde cada individuo y cada grupo aparecerán colocados en una posición diferente con relación al tipo y a la cantidad de capital que posea.

En el espacio social, -en permanente redistribución- están todos los miembros de la sociedad y dentro de la estructura o espacio social se forman campos. Los campos son los espacios de juego donde se dan las relaciones de conflicto. Son aquellos espacios relativos

²⁴ José Ramón Bengoetxea, Diálogos Judiciales e Interdisciplinarios ... 165.

que ocupan cada uno respecto a los demás en lo que respecta a la distribución de los distintos tipos de capitales propios de una actividad determinada o práctica. En los campos es donde se producen las luchas por la acumulación de algún capital específico de ese campo, dentro del cual habrá dominadores, que son quienes manejan las reglas del juego y también estarán los “recién llegados” o menos favorecidos.

Comparando las dos teorías, puede observarse que la teoría de sistemas se interesa por el Derecho como comunicación, mientras que la teoría de campo prefiere mirar a la formación de elites y al juego de poder como en el pluralismo constitucional y en una forma realista, que podría explicar cómo los estándares normativos pueden imponerse mediante la exportación de conocimientos jurídicos y soluciones judiciales aparentemente técnicas. Sin embargo, ni las teorías de sistemas ni las teorías de campo están interesadas en cuestiones normativas en cuanto a cómo el diálogo judicial debe continuar con el fin de, por ejemplo, mejorar la calidad de la toma de decisiones, o para resaltar ideales de justicia.

La tercera, la teoría del discurso, es de carácter normativo, y se interesa por contribuir a una reconstrucción racional y a una justificación del diálogo judicial mediante situaciones de discurso ideal y de acción comunicativa. Así, ese diálogo y comunicación de tribunales tendrán que tomar en consideración, primero, quién dialoga -y, con ello, si se respeta la otredad, la alteridad, la igualdad y reciprocidad-; segundo, cómo se dialoga – diálogo voluntario u obligatorio-; y tercero, otros diversos aspectos relacionados con la comunicación –si es un diálogo racional, si es deliberativo, si se dialoga sobre principios o sobre normas-. Tomando como referencia la teoría de la acción comunicativa habermasiana y también la del imperativo categórico kantiano, podría hacerse una lectura del diálogo judicial como que la Corte (el Tribunal) entra a un tipo de diálogo imaginario no sólo con los litigantes y coadyuvantes sino también con otras audiencias posibles, como la comunidad jurídica más amplia al justificar su decisión. Ese diálogo judicial puede llegar a entenderse bajo una perspectiva de universalidad, en la línea del imperativo categórico kantiano:

“[...] el juez nacional decidiendo en un caso que toca al derecho europeo no debe perder de vista la universalización de su decisión - *Verallgemeinerungsfähigkeit*. Esto significa que, por ejemplo, los jueces alemanes, al llevar los casos referentes al derecho europeo de derechos humanos, deben verse a sí mismos en relación con los demás, y tener en cuenta el grado en que la máxima en la que basan su decisión podrá ser universalizada y usada por otros tribunales”.²⁵

Si el proceso de diálogo adopta más estrategias inclusivas y participativas, entonces puede darse la legitimidad. El diálogo judicial podría entonces contribuir a la búsqueda de respuestas al estilo de Dworkin, y en lugar de un solo Hércules, el diálogo judicial reconocería los méritos de la inteligencia colectiva y cooperativa (institucional), e incluso a nivel europeo, transnacional, sería como escribir la novela colectiva (“novela en cadena”) a través de sistemas y jurisdicciones legales.

Además de la triple perspectiva presentada, hay otras interpretaciones sobre qué se pretende y qué debe primar en los diálogos judiciales. En este sentido, resulta clarificador el contraste de las opiniones de dos prestigiosos filósofos como son Basil Markesinis, que estudia el Derecho comparado interesándose en soluciones pragmáticas y el filósofo del

²⁵ M. Andenas y E. Bjorge, “National Implementation of ECHR Rights: Kant’s Categorical Imperative and the Convention”, en *The European Court of Human Rights in a National European and Global Context*, dir. A. Follesdal, B. Schlütter y G. Ulfstein (Cambridge: CUP, 2011), 4.

derecho Jeremy Waldron, que sigue un ideal de la ley captado mediante la interacción judicial en un nivel transnacional.

“Mientras que Markesinis está interesado principalmente en cómo los jueces recurren a soluciones de distintas jurisdicciones con el fin de resolver problemas específicos, es decir, en la resolución de disputas pragmáticas, Waldron observa una búsqueda cooperativa y fundada en principios de soluciones normativas justificadas, basada en un sentido de justicia donde situaciones similares deben recibir soluciones similares entre distintos sistemas jurídicos, siendo el diálogo judicial la manera de intercambiar información y opiniones sobre las soluciones adoptadas en otros sistemas. Mientras que Markesinis concibe la receptividad a las influencias extranjeras como una cuestión de mentalidad y actitud de los jueces, en parte relacionadas con la educación y las experiencias de los jueces, y también con una conciencia y cultura jurídica más amplias, Waldron exalta a “los jueces que comprueben que su enfoque es la manera sensata de abordar un problema comparándolo con el método adoptado por los jueces de otras jurisdicciones”.²⁶

Con todo, como advierte Bengoetxea, no todos buscan una coherencia transnacional e igualdad de trato a través de proyectos de colaboración entre jueces. En ocasiones, el diálogo judicial se utiliza para enfrentar interpretaciones judiciales divergentes. Que unos jueces hagan uso de citas y de referencias a argumentos comparativos en su decisión seguramente serán menos reveladoras que las instancias donde los jueces, de hecho, han tomado en consideración la ley y las resoluciones de Cortes extranjeras, pero se han negado a incorporarlas en su decisión. El desafío consistiría en investigar estos silencios y saber por qué decidieron omitirlas.

Una perspectiva comunicacional y hermenéutica del Derecho también conlleva unos problemas para el diálogo judicial. Si se aumentan las posibilidades de interpretación y de discreción e innovación en el Derecho, esto también abre la puerta a un activismo judicial y a la politización. Surge entonces la tensión entre “innovación frente a desviación”, como cuando se acusa al Poder judicial de estar politizado o cuando se acusa a los jueces de decantarse políticamente en sus sentencias.

Para neutralizar o al menos paliar ese peligro, la argumentación y el razonamiento judicial resultan imprescindibles. Se permite así intentar convencer a los jurisdicionados de que sus decisiones son las aplicaciones correctas de la ley. Ahora bien, el encontrar ese punto medio en el que los jueces, en sus sentencias, sean consecuentes con sus orientaciones ideológicas –dentro claro está, del respeto a la norma- y a la vez, neutrales –entendido como “estrictamente legales”- no es fácil. Si se considera que el juez no debe salirse del *law in book*, entonces tanto la comprensión hermenéutica del derecho como el diálogo judicial hermenéutico sobran.

Los Tribunales del más alto nivel suelen disfrutar de un margen de discrecionalidad mayor que los Tribunales inferiores y permiten una mayor innovación. De ahí que también sean más proclives, en general, al diálogo judicial.

²⁶ Jeremy Waldron, “Treating like cases alike in the world...” *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales* (México D.F.: Siglo XXI Editora Iberoamericana, 2018) y José Ramón Bengoetxea, *Diálogos Judiciales e Interdisciplinarios...* 166.

“los detalles del caso (sus hechos, pruebas, argumentos, jurisdicción, matices procesales, relevancia, novedad), el contexto institucional en el que se toman las decisiones y las normas legales potencialmente aplicables al caso son el principal factor para entender la interpretación y el razonamiento de las decisiones anteriores.”²⁷

Y nosotros añadiríamos, y también para comprender las decisiones que han adoptado otros tribunales, con los cuales se desea entablar ese diálogo. Por ejemplo, un precedente implica abrir las puertas a una especie de diálogo “diacrónico”.

Por regla general, el activismo judicial se suele identificar como lo contrario a “moderación judicial”. En principio, podría considerarse que el activismo judicial favorecía el diálogo. O más bien, que el diálogo judicial favorece el activismo judicial (como si del resultado de ese conocimiento de lo que deciden otros tribunales, se innovara en las decisiones judiciales y se incentivara el creacionismo judicial).

Los contextos en los que se puede dar ese activismo judicial son variados y dependen del contexto interpretativo que se aplique. Así, desde la ciencia política, desde aquellas decisiones judiciales de tinte “político” y que pretenden la consecución de intereses de poder –lo que no necesariamente debe estar relacionado con la corrupción- a otras situaciones en las que se pugna por distribución de poder, luchas de *loobys* y otras, en las que las decisiones judiciales pueden verse afectadas o, al menos, colocadas bajo sospecha. Desde una explicación sociológica, el centro de atención se pondrá en el análisis de la disputa en cuanto conflicto social donde los jueces y otros profesionales del Derecho se configuran como los principales actores. El contexto estará influido por “la sociedad y el mercado, la clase, el conflicto, la cohesión, el control, y el diálogo judicial será una forma de reforzar la posición de los jueces en el campo –señalaría Bourdieu- y de compartir experiencias y conocimientos sobre cómo algunos de esos conflictos están siendo tratados en otras jurisdicciones. Desde la explicación jurisprudencial, el debate sobre el Derecho y las decisiones judiciales se centra, principalmente, en la distinción entre el activismo judicial y la moderación judicial.

Hacemos notar que aquí lo que se está tratando se refiere exclusivamente al binomio activismo judicial / moderación judicial. No se analiza aquí la polémica sobre la objeción contramayoritaria. Sobre este tema, el filósofo norteamericano Waldron tiene una opinión formada, criticando la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes en el contexto de la justificación del principio de autogobierno colectivo y de la regla de mayorías. Para justificar su crítica, presenta una poderosa argumentación a favor de la legislación como fuente legítima de autoridad y, en este sentido, critica la fe y la confianza en el control judicial de constitucionalidad. ¿Es democrático que un pequeño número de jueces, no elegidos por el pueblo ni representativos del mismo, decidan sobre la constitucionalidad de una ley o la extensión de derechos que afectan a millones? Más aún: ¿lo es que esas decisiones sean el resultado de votaciones que puede ganar una exigua mayoría de 5 contra 4, como sucede en los Estados Unidos? Para Waldron la respuesta es negativa.

Waldron sostiene que el control judicial de constitucionalidad –es decir, el poder de los tribunales de abstenerse de aplicar una ley si consideran que contradice el texto constitucional– representa una “ofensa” a la democracia y un “insulto” a la ciudadanía políticamente comprometida. No se trata de que los jueces tengan que buscar respuestas

²⁷ José Ramón Bengoetxea, *Diálogos Judiciales e Interdisciplinarios...* 170.

supuestamente ocultas en el texto constitucional para tomar decisiones sobre temas sensibles. La pretensión de los jueces constitucionales de definir el significado último de términos constitucionales, le parece a Waldron “insultante” e “irrespetuosa” hacia la dignidad de las personas. Los jueces no deben constituir el elemento principal de la política democrática. Las democracias no deben hacer descansar en los jueces constitucionales estas responsabilidades sino que el Poder Legislativo debería asumir esa responsabilidad. A juicio de Waldron, las sociedades deberían enfrentar sus desacuerdos sobre principios básicos como parte del mismo ejercicio democrático. De ahí que, sin descartar la regla mayoritaria como un mecanismo sólido de resolver controversias, defiende principalmente su uso en el Congreso, donde los legisladores, elegidos por el pueblo mediante el voto representan una variedad de intereses y sectores sociales.

Como bien señala Bengoetxea, la complejidad y diversidad de las leyes posiblemente aplicables y la interacción y la cooperación entre las jurisdicciones pertinentes en todos los niveles son difíciles de captar. Basta observar el elevado número de tribunales existentes.

“Hay veintiséis Tribunales Internacionales permanentes- veintiuno de ellos con jurisdicción obligatoria y veinte de ellos permiten a actores no estatales iniciar litigios, diecisiete tribunales, sobre todo regionales, son para disputas económicas, seis regionales de los derechos humanos, tres para crímenes de guerra - y más de cien sistemas cuasi-jurídicos operan con el derecho internacional. Cuatro tribunales son globales: la Corte Internacional de Justicia; CPI; Tribunal Internacional del Derecho del Mar y el Órgano de Apelación de la OMC.”²⁸

Esta diversidad de Tribunales, la complejidad de las sociedades, el pluralismo jurídico y otros condicionantes que hemos citado anteriormente, hacen que el proceso judicial sea también más complejo pero, a la vez, más proclive a abrir el diálogo y a mejorar las situaciones del discurso racional. Ello creará el caldo de cultivo adecuado para desarrollar el diálogo judicial, para prosperar y contribuir a una mejor toma de decisiones, especialmente en los contextos de pluralismo. Ahora bien, ¿se puede articular el diálogo judicial con la inconmensurabilidad de valores?. ¿Puede aplicarse el diálogo judicial incluso en situaciones verdaderamente pluralistas que se caracterizan por la inconmensurabilidad de los valores últimos? ¿Puede el diálogo judicial contribuir a una especie de disenso racional, un acuerdo de estar en desacuerdo? ¿O es necesario tener un umbral mínimo de coherencia con el fin de entablar un diálogo -tal y como Peczenik ha sostenido cuando afirma que la aceptabilidad del discurso jurídico está vinculada a su coherencia-? ²⁹ Estos interrogantes no tienen fácil respuesta cuando se aplican a casos y situaciones extremas donde sopesar y balancear simplemente no es suficiente.

Los diálogos judiciales regionales: ¿otra forma de cooperación regional para la armonización de la jurisprudencia sobre los derechos humanos o algo más?

Los diálogos y conversaciones judiciales pueden tener lugar en diferentes niveles, desde lo regional a lo global. El diálogo judicial se aborda principalmente como un fenómeno transnacional. Baste tomar en consideración el amplio sistema de protección de los derechos humanos: el de la ONU; el del ámbito regional americano (Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH-, Corte Interamericana de Derechos

²⁸ José Ramón Bengoetxea, Diálogos Judiciales e Interdisciplinarios... 174.

²⁹ Aleksander Peczenik, A., Kinds of theory of legal argumentation – draft, 2005. <https://pdfs.semanticscholar.org/.../634b9429ebac1f21dc8f668e4>

Humanos –CorteIDH-);³⁰ y el del ámbito regional europeo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ³¹ o "Tribunal de Estrasburgo" y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o "Tribunal de Luxemburgo"), entre otros.

No todos los sistemas judiciales son proclives a tal diálogo, pudiéndose encontrar desde sistemas constitucionales que obligan a tal diálogo,³² como otros sistemas jurídicos que llegan a negarse a llevar a cabo tal diálogo interjudicial, siendo el caso más notorio es el que ofrece la línea aislacionista seguida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.³³

El diálogo judicial como razonamiento judicial y argumentación jurídica en sistemas de cooperación entre distintas jurisdicciones tiene una especial relevancia en el ámbito regional. En los últimos años, el TEDH y la CorteIDH han potenciado sus vínculos institucionales y lazos de cooperación mediante visitas oficiales de jueces, intercambios de personal y presentaciones a través de videoconferencias.³⁴ Mediante esta colaboración conjunta, las bases para el diálogo judicial entre ambas Cortes se han visto fortalecidas. Este diálogo presenta tres características tales como: 1) se trata de un diálogo voluntario, porque no existe ninguna obligación legal de que se realice; 2) es un diálogo entre iguales, ya que cada tribunal ha sido concebido en el seno de una Organización regional (el TEDH en el Consejo de Europa, fundado en 1949; la CorteIDH forma parte de la Organización de Estados Americanos, establecida en 1948); 3) forma parte de un proyecto político más amplio.

Tal y como se establece en el prefacio del primer libro publicado en 2015 por dos Cortes regionales, la CorteIDH y el TEDH, *Diálogo Transatlántico: Selección de Jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con el objetivo de dar a conocer algunas sentencias que pueden tener una mayor incidencia en el tribunal allende del Atlántico, los secretarios de ambos tribunales mencionan:

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: www.corteidh.or.cr

³¹ "Tribunal Europeo de Derechos Humanos – HUDOC. Disponible en: hudovs.echr.coe.int

³² Es el caso de la Corte Constitucional de Sudáfrica, que en virtud de disposición expresa en su Constitución (artículo 39) se encuentra obligada a considerar el derecho extranjero. El Tribunal Constitucional recurre así de forma habitual a resoluciones de otros tribunales; una actuación rara vez correspondida. Así, entre 1995 y 2009, los ministros de la Corte Constitucional de Sudáfrica citaron sentencias de la Suprema Corte canadiense en un total de 850 ocasiones. En comparación, durante el mismo período de tiempo, los miembros de la Corte Suprema de Canadá citaron decisiones de su homólogo sudafricano sólo en tres ocasiones. David S. Law y Wen-Chen Chang, "The Limits of Global Judicial Dialogue", *Washington Law Review*, num 86 (2011): 9.

³³ La Suprema Corte de Estados Unidos de América se ha mostrado reticente. Los principales casos son *Roper v. Simmons* 125 S. Ct. 1183 (2005); *Foster v. Florida* 537 EE.UU. 990 (2002); *Aktins v. Virginia* 536 EE. UU. 304 (2002). El caso más conocido es el de *Lawrence v. Texas* 123 Ct 2472 (2003). En esta sentencia, de 26 de junio de 2003 -relativa a actos de sodomía entre adultos que consienten, y por la cual se derogó la ley de sodomía de Texas- se discutió si se debía recurrir al Derecho comparado y a legislación extranjera. Los protagonistas del debate fueron los magistrados Breyer -quien sostuvo que, a pesar de las diferencias políticas y estructurales entre otros sistemas legales y el de Estados Unidos, la experiencia de los otros puede arrojar luz sobre las consecuencias de un "problema jurídico común"-, y el juez Scalia -paladín de la autosuficiencia del ordenamiento-.

³⁴ Laurence Burgogue-Larsen; Nicolás Montoya Céspedes, "El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de derechos humanos y la Corte Europea de derechos humanos" en *Protección multinivel de Derechos humanos*, Manual dhes, coords. George Rodrigo Bandeira Galindo; René Urueña y Aida Torres Pérez (2013): 187-210. <https://docplayer.es/96860221-Proteccion-multinivel-de-derechos-humanos-manual-dh>

“La importancia de esta cooperación debe ser reconocida, dada la similitud de los derechos y libertades protegidos por los respectivos tratados fundacionales de ambas cortes, así como la existencia en ambos sistemas de criterios de admisibilidad y principios de interpretación muy parecidos. Además, la creciente convergencia en las temáticas planteadas ante ambas jurisdicciones confiere una nueva y mayor relevancia a sus respectivas jurisprudencias.”³⁵

TEDH y CortelIDH reflejan dos sistemas autónomos pero con profundas interrelaciones, siendo la influencia del TEDH más intensa sobre la CIDH, principalmente en cuestiones de Derecho sustantivo tales como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez imparcial o la libertad de expresión.³⁶ Tanto sentencias como Opiniones consultivas de la CIDH pueden estudiarse desde la óptica de la influencia que en ellas ha tenido el TEDH. En un interesante trabajo de Burgorgue-Larsen y Montoya Céspedes sobre el diálogo judicial entre el TEDH y la CortelIDH, a partir del examen de 210 fallos en los que se han detectado recíprocas citaciones (51 referencias al sistema interamericano de derechos humanos y a su jurisprudencia y 159 fallos de la Corte de San José en los que se hace referencia explícita a la jurisprudencia del TEDH), se procedió a catalogarlos en función de cuatro grandes interrogantes previamente establecidos:

“(a) ¿Quién invoca la jurisprudencia de la otra jurisdicción de derechos humanos? (b) ¿Cómo refleja en sus fallos cada Corte el conocimiento de la jurisprudencia de su homóloga? (c) ¿Cuáles son los temas puntuales -y los fallos concretos- entorno de los cuales se hace uso de la jurisprudencia análoga? y (d) ¿Cuál es la utilización, si la hay, de dichos fallos en el razonamiento de la Corte ‘receptora’?. En la mayoría de fallos el principal responsable de invocar la jurisprudencia europea es la propia la Corte de San José.”³⁷

Con respecto al primer interrogante de quién invoca la jurisprudencia europea (¿las partes demandantes, sus abogados, los Estados, los magistrados, los Estados?) señalan que, del análisis de más de un centenar de sentencias de ambas cortes, la forma en la que la CortelIDH resume los argumentos presentados por las partes en cada caso dificulta afirmar con exactitud si las víctimas y los Estados han o no invocado la jurisprudencia europea como fundamento de sus posturas e interpretaciones de la Convención. Sin embargo, cabe entender que las partes, en sus intervenciones ante la CortelIDH, habrán alegado argumentos derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, puesto que se conoce lo persuasivos que dichos argumentos pueden ser ante la CortelIDH.³⁸ En algunos casos han sido los propios jueces interamericanos quiénes han recurrido a

³⁵ Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos & Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015), 3.

www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo_transatlantico_spa.pdf

³⁶ Así, por ejemplo, la doctrina del primero sobre el derecho a un proceso sobre dilaciones indebidas ha sido asumida por la Corte IDH en sentencias tales como Genie Lacayo c. Nicaragua, de 29 de enero de 1997, o Suárez Rosero c. Ecuador, de 12 de noviembre de 1997, y de allí ha irradiado a tribunales nacionales como la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1154-04, el Tribunal Constitucional de Perú, sentencia Exp. 05350-2009-PHC/TC, de 10 de agosto de 2010, o el Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia 101/2004.

³⁷ Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, El diálogo judicial entre la Corte Interamericana... 189.

³⁸ Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, El diálogo judicial entre la Corte Interamericana... 185.

argumentos extraídos de la jurisprudencia europea –aunque la mayor parte de las veces sin acompañarlos de una referencia específica (lo cual no favorece un diálogo efectivo). En sus votos razonados hay dos jueces que tienden a recurrir a argumentos extraídos del sistema europeo de derechos humanos, particularmente el brasileño Antonio Cançado Trindade (CorteIDH *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, de 1 de marzo de 2005; CorteIDH *López Álvarez vs. Honduras*, de 1 de febrero de 2006) y, una vez que salió de la CorteIDH Cançado Trindade, tomó el relevo Diego García-Sayán (CorteIDH *López Mendoza vs. Venezuela*, de 1 de septiembre de 2011, y CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de 3 de marzo de 2011). No sólo se invoca la jurisprudencia sino también la doctrina europea, como en algunos votos razonados de Cançado Trindade (CorteIDH *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú -Interpretación de la Sentencia de Fondo-*, de 2 de agosto de 2008; CorteIDH *La Cantuta vs. Perú -Interpretación de la Sentencia de Fondo-*, de 30 de noviembre de 2007). También ha habido casos en los que la Comisión IDH defiende su postura particular, citando como fundamento, la jurisprudencia y doctrina europea sobre protección de derechos humanos. De todo ello se deduce que jueces, Corte y Comisión han sido los principales canales de comunicación entre la CIDH y el TEDH, facilitando el diálogo judicial.³⁹

En cambio, en el sistema europeo, han sido terceros los principales responsables de acercar la jurisprudencia interamericana al TEDH: las ONG y grupos académicos por un lado (Amnistía internacional, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional), y las víctimas por otro. Actualmente, también los jueces del TEDH están empezando a emplear argumentos propios de la jurisprudencia de la CIDH en sus opiniones disidentes. Esta situación se hace evidente en algunos de los votos de los jueces como el maltés Giovanni Bonello, (Voto parcialmente disidente al fallo, STEDH *Anguelova vs. Bulgaria*, 13 de junio de 2002); el portugués, Paulo Pinto de Albuquerque, (STEDH *Konstantin Markin vs. Rusia*, de 22 de marzo de 2012); los jueces belga, islandés, lituana, serbio y montenegrino, respectivamente, Françoise Tulkens, David Thor Björgvinsson, Danute Jočienė, Dragoljub Popović, Nebojsa Vučinić, (Voto disidente común al fallo, STEDH *Palomo Sanchez y Otros vs. España*, de 12 de septiembre de 2011); el juez estonio Rait Maruste (Voto concurrente al fallo, STEDH *Cicek vs. Turquía*, de 27 de febrero de 2001) y el juez chipriota Loukis Loucaides (Voto parcialmente disidente al fallo, STEDH *Hasan Ilhan vs. Turquía*, de 9 de noviembre de 2004). Como acertadamente han observado Burgorgue y Montoya, a excepción del juez Pinto de Portugal, no es la afinidad cultural la que fomenta el diálogo judicial, como puede deducirse del país respectivo de cada juez, sino la importancia de la CIDH como órgano convencional de protección de los derechos humanos.⁴⁰

Con respecto al segundo interrogante sobre cómo refleja en sus fallos cada Corte el conocimiento de la jurisprudencia de su homóloga, es decir, dónde se ubica el diálogo en los fallos, además de citar a la CIDH en el aparte consagrado a los fundamentos fácticos (usualmente bajo la rúbrica “derecho internacional relevante”, ya que no es Derecho aplicable), el TEDH ha hecho referencia a la jurisprudencia interamericana en los fundamentos jurídicos de sus decisiones más recientes. De esta forma, para el TEDH, la jurisprudencia de la CIDH no es solamente parte del contexto fáctico del fallo, sino también de su *ratio decidendi*. Por su parte, la CIDH acostumbraba inicialmente a colocar la referencia a la jurisprudencia del TEDH en el cuerpo mismo del fallo de la CIDH; en la

³⁹ Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, El diálogo judicial entre la Corte Interamericana... 191-192.

⁴⁰ Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, El diálogo judicial entre la Corte Interamericana... 195.

actualidad, hay una tendencia a que la misma referencia se haga en las notas al pie, lo que puede significar que, en sus inicios, la CIDH estaba empezando a construir su cuerpo doctrinal y la referencia al TEDH era un elemento determinante en su razonamiento, fase superada ahora que la CortelDH ya cuenta con su propia jurisprudencia. Además, la estructura de sus fallos no diferencia entre los fundamentos fácticos y jurídicos, como la europea.

En relación al tercer interrogante sobre cuáles son los temas sobre los que gira el diálogo entre los jueces regionales de derechos humanos hay que apuntar que mientras el elenco material de las referencias de la CIDH a la jurisprudencia del TEDH es muy heterogéneo, ésta última suele hacer referencia a la jurisprudencia de la CortelDH en aspectos puntuales. Asimismo, se podrían clasificar dos tipos de diálogo en la jurisprudencia de la CortelDH y el TEDH Cortes. De un lado, el diálogo sobre aspectos procesales y, de otro lado, se tiene el diálogo sobre aspectos sustanciales. Con relación a estos últimos, son muchos los temas en los que la CortelDH hace referencia a la jurisprudencia del TEDH. Estos temas van desde el método de interpretación evolutiva de la Convención⁴¹, hasta los métodos para determinar las reparaciones en casos de expropiación (fallo CortelDH *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de 3 de marzo de 2011).

Por el contrario, los temas sustanciales en los que el TEDH hace referencia a los fallos de la Corte de San José se concentran principalmente en dos aspectos: las desapariciones forzadas y las obligaciones positivas de los Estados que se derivan de disposiciones convencionales –como la violación del derecho a la vida-.⁴² Hasta que a la Corte de Estrasburgo no llegaron temas relativos a las desapariciones forzadas o tribunales militares, apenas hubo referencias hacia sentencias de la CortelDH (*Vélasquez Rodríguez c. Honduras* de 29 de julio de 1988 (Serie C n°4) en el asunto *Timurtas c. Turquie* de 13 de junio de 2000). También, la decisión de *Durand y Ugarte c. Perú* de 16 de agosto de 2000 fue expresamente utilizado por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Mazni c. Roumanie* de 21 de septiembre de 2006 para destacar la relevancia de la imposibilidad de juzgar a civiles por jurisdicciones militares. Progresivamente, de un diálogo unilateral se ha evolucionado hacia un diálogo bilateral o bidireccional.

Por último, en cuanto al cuarto interrogante sobre qué aporta el diálogo, “tanto en la jurisprudencia de la CortelDH como en la del TEDH, la referencia a la jurisprudencia del homólogo se presenta como una herramienta argumentativa”.⁴³ La CortelDH, al compartir los mismos criterios argumentativos, refuerza la legitimidad de sus fallos. El Tribunal de Estrasburgo suele utilizar la jurisprudencia de la CIDH para mostrar cómo la jurisprudencia internacional de los derechos humanos ha avanzado en otros sistemas jurídicos, reflejando una especie de “cosmopolitismo normativo”. Estos avances sirven como fundamento de algunos cambios en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así, en los fallos *Ergin c.*

⁴¹ La CIDH cita el famoso fallo del TEDH del 25 de abril de 1978, *Tyler vs. Reino Unido*, Req., 5856/72. Este fallo se encuentra citado, entre otros, en las siguientes sentencias de la CIDH: CortelDH *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012; CortelDH *Masacre de Mapiripan vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005; CortelDH *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005; y Corte IDH *Opinión Consultiva OC-16/99*, de 1 de octubre de 1999, relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A N° 1.

⁴² Laurence Burgogue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, *El diálogo judicial entre la Corte Interamericana...* 199-200.

⁴³ Laurence Burgogue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, *El diálogo judicial entre la Corte Interamericana...* 203.

Turquía (STEDH *Ergin vs. Turquía*, de 4 de mayo de 2006) y *Maszni c. Rumania* (STEDH *Maszni vs. Rumania*, de 21 de septiembre de 2006). El Tribunal de Estrasburgo ha citado la jurisprudencia de la CIDH (sentencia CortelDH *Durand y Ugarte vs. Perú*, de 16 de agosto de 2000) para afirmar, en términos generales, que las jurisdicciones penales militares sólo son excepcionalmente competentes para el juzgamiento de los particulares. Si bien, la jurisprudencia de la Corte de San José niega completamente dicha posibilidad, el TEDH, tomando nota de los desarrollos jurisprudenciales interamericanos, endurece los criterios que deben cumplir dichos tribunales.⁴⁴

En definitiva, el “diálogo judicial” es, hasta ahora, el mejor medio para diluir tensiones entre distintas jurisdicciones, para producir confianza a los distintos actores de la aldea global y para dotar a las decisiones judiciales de un índice superior de racionalidad jurídica.⁴⁵ La finalidad es la de legitimar una conclusión jurídicamente relevante para el caso en cuestión que se está enjuiciando. Ello no significa que el diálogo entre tribunales pueda suplir la inactividad del Poder legislativo, porque no sustituye el proceso democrático de legitimación de decisiones.

El Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil

Slaughter ha reconocido que el uso de precedentes extranjeros por los tribunales puede contribuir a fomentar una suerte de enriquecedora deliberación colectiva (*collective deliberation*) sobre problemas comunes. En esta línea, se analizará una sentencia que, por sus referencias a otros Convenios y sentencias, ayudará a precisar si se trata de un ejemplo de diálogo judicial. Se trata de la sentencia de la CortelDH en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, de 20 de octubre de 2016.

Aunque la esclavitud y el trabajo forzado son prácticas formalmente abolidas, aún permanecen en la sociedad adoptando múltiples formas y afectando a una gran variedad de sectores económicos. Además, en numerosas ocasiones, las propias víctimas no son conscientes de la situación en que se encuentran. La trata de personas con fines de explotación laboral es una práctica común en el siglo XXI. Y la servidumbre por deudas es la principal forma de esclavitud contemporánea en el mundo.⁴⁶ Según la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, estas prácticas afectan a la industria sexual, al sector agrario, a la construcción, a la industria textil, al sector hotelero, a la restauración, al empleo doméstico y a la mendicidad forzada, entre otros ámbitos. Por tanto, la esclavitud y el trabajo forzado no son asuntos del pasado, ni siquiera en Europa. Así, varios Estados del Consejo de Europa (CdE) miembros del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) ya han sido condenados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por violar el artículo 4 del CEDH.⁴⁷

⁴⁴ Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, *El diálogo judicial entre la Corte Interamericana...* 205.

⁴⁵ Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial* (México: Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012), 110-111.

⁴⁶ Luis Carlos Amezúa, “La prohibición universal de la trata de personas”, *Revista do Direito*, Vol: 1 num 57 (2019): 63-83.

<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/13450>. (Consultado el 14.09.2019).

⁴⁷ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010; *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005; *C.N. y V. c. Francia*, nº. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012; *C.N. c. Reino Unido*, nº. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012; *Chitos c. Grecia*, no. 51637/12. [TEDH, Sección I] 04 de junio de 2015; *L.E. c. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH, Sección I], 21 de enero de 2016.

En síntesis, los hechos del caso fueron los siguientes: la Fazenda Brasil Verde se encuentra ubicada al sur del Estado de Pará. A lo largo de varias décadas en dicha hacienda tuvieron lugar situaciones de trabajo forzado y servidumbre por deudas análogas a la esclavitud. En los años de 1989, 1993, 1996, 1997 y 2000, diversas autoridades estatales visitaron la hacienda y encontraron múltiples irregularidades. Específicamente en las visitas de 1997 y 2000, dichas autoridades determinaron expresamente la existencia de trabajo esclavo en la hacienda. En la sentencia se consideró probado que el Estado tuvo conocimiento de lo que estaba sucediendo en la Fazenda Brasil Verde, al menos, desde 1989. A pesar de dicho conocimiento, el Estado no adoptó las medidas de prevención que le eran razonablemente exigibles.⁴⁸

Mediante esta sentencia, la CorteIDH declaró responsable internacionalmente al Estado brasileño por haber violado los siguientes derechos: i) el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas; ii) las garantías judiciales de debida diligencia y de plazo razonable y, iii) el derecho a la protección judicial. Por último, la Corte ordenó al Estado la adopción de diversas medidas de reparación. [...] La Comisión también determinó que las víctimas no contaron con mecanismos judiciales efectivos para la protección de sus derechos, la sanción de los responsables y la obtención de una reparación.

Análisis del caso Brasil verde desde la perspectiva del diálogo judicial

Para su análisis la CorteIDH⁴⁹ tomó en consideración convenios internacionales y sentencias de otros tribunales y órganos internacionales de protección de los derechos humanos. La CorteIDH estableció nuevos estándares en cuanto al contenido de la prohibición de la esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas. Concretamente, la Corte entendió que resultaba útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, dada la consideración del desarrollo experimentado en esta materia en las varias ramas del Derecho internacional, en particular el Derecho internacional de los derechos humanos (2016, parr. 112).

Para articular el concepto de esclavitud actual y sus elementos definitorios, la concepción de la servidumbre, la prohibición y definición de la trata de esclavos y la trata de mujeres y otros, la CorteIDH recurre insistentemente a la jurisprudencia del TEDH, a Convenios y Protocolos europeos –además de otros textos internacionales y tribunales internacionales.

Para explicar el concepto de esclavitud actual, la CorteIDH se remitió al TEDH, *Caso Tyrer Vs. Reino Unido*⁵⁰ y a que, en 2005 el TEDH tuvo la oportunidad de considerar por

⁴⁸ SCIDH caso Brasil Verde. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf Ficha Técnica: Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=449&lang=es

⁴⁹ La CorteIDH no es un tribunal de naturaleza penal y, por consiguiente, no tiene entre sus funciones la de sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos, pero sí la de amparar a las víctimas, fijar las responsabilidades del Estado y recomendar mecanismos de prevención. Para la CorteIDH, la clave es “determinar si la violación se produjo con apoyo o tolerancia de los órganos del Estado o si éstos no han adoptado las medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones”.

⁵⁰ STEDH. *Caso Tyrer Vs. Reino Unido*, No. 5856/72, Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31. (citado en SCIDH, p.63).

primera vez el fenómeno de la esclavitud y servidumbre en el *Caso Siliadin Vs. Francia*.⁵¹ Como casos más recientes, tomó como referencia la jurisprudencia del TEDH, en el caso *Rantsev Vs. Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010,⁵² donde el TEDH se apartó de una definición clásica de esclavitud, para así reconocer la evolución que este concepto ha tenido, tal como lo había interpretado inicialmente el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia en el *Caso Kunarac*, en febrero de 2001.⁵³

La CortelDH también se refirió a otros tribunales internacionales y regionales. Así, explica que las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya, en la sentencia del *Caso Duch*,⁵⁴ hicieron uso del desarrollo del concepto de esclavitud para establecer su definición

⁵¹ TEDH. Caso Siliadin Vs. Francia, No. 73316/01, Sentencia de 26 de julio de 2005, párrs. 82 a 149 (citado en SCIDH, caso Brasil Verde: 69). En esta sentencia fue la primera vez que el TEDH delimitaba el significado jurídico de “esclavitud” y “servidumbre”, aunque estén desglosadas del trabajo forzado en dos apartados del artículo 4.1 del CEDH. La sentencia más reciente sobre estas cuestiones ha sido la de 30 de marzo de 2017 recaída en el caso *Chowdury y otros c. Grecia*, en la que se analizan las obligaciones positivas y procedimentales de los Estados en casos de tráfico de seres humanos, explotación y trabajo forzoso. STEDH *Chowdury and Others v. Greece*, n.º 21884/15.

⁵² STEDH. Caso de *Rantsev c. Chipre y Rusia* (Demanda no. 25965/04). Juicio Estrasburgo, 7 de enero de 2010. El demandante presentó una querrela bajo los Artículos 2, 3, 4, 5 y 8 de la Convención sobre la falta de investigación sobre las circunstancias de la muerte de su hija, la falta de protección adecuada a su hija por parte de la Policía chipriota, y el fracaso de las autoridades chipriotas de tomar acciones para castigar a aquellos responsables por la muerte y el maltrato de su hija. Su hija había sido contratada para trabajar como bailarina en un local de fiestas y, cuando no trabajaba, los responsables la tenían encerrada en una casa, de la que salía sólo para ir al local de trabajo. Fue encontrada muerta tras arrojarla del balcón de esa casa. El padre también presentó una querrela bajo los Artículos 2 y 4 sobre el fracaso de las autoridades rusas en investigar la presunta trata de su hija y su subsecuente muerte y tomar acción para protegerla del riesgo de dicha trata de personas. La esclavitud sexual, el tenerlas privadas de libertad para que estén al servicio del comercio sexual, sin que puedan prestar consentimiento, se presenta bajo distintas formas que no dejan de ser modalidades de esclavitud. “La trata de personas no sólo se refiere a la explotación sexual, sino también a la explotación de su trabajo en condiciones de esclavitud y de servidumbre” (p.17). <https://www.womenslinkworldwide.org/.../gjo-ecthr-rantsev-c-c>. (Consultado el 10.02.2019).

⁵³ Dice la CortelDH: “Además, se ha incluido la esclavitud como delito de lesa humanidad respecto de los cuales los tribunales penales internacionales tienen competencia. Así, el Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia” (p.67 SCIDH). *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac and Zoran Vukovic Judgement*, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 22 de febrero de 2001. El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia dictó una sentencia histórica, al condenar a tres serbobosnios por violaciones masivas y reconocer por primera vez este delito como un crimen contra la Humanidad. Los sucesos ocurrieron en el verano de 1992 en Foca, en el este de Bosnia, donde se produjeron violaciones de mujeres musulmanas, desde niñas de 12 años hasta ancianas, que fueron conducidas a campos de detención en esa localidad y sometidas a una campaña de terror. La novedad de la sentencia es que, por primera vez en la historia del Derecho Internacional, considera la violación como un crimen contra la Humanidad y como violación grave de la Convención de Ginebra. La sentencia también incluye la novedad de condenar la esclavitud sexual, al reconocer que numerosas mujeres de Foca fueron encerradas para servir de esclavas y después fueron violadas repetidamente. *Caso Kunarac – Icty*. Disponible en: www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf

⁵⁴ Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya para el Enjuiciamiento de Crímenes Cometidos durante el Período de Kampuchea Democrática, *Caso Duch*, No. 001/18-07-2007/ECCC/SC, Cámara Corte Suprema, Sentencia de 3 de febrero de 2012, párrs. 117-167. (SCIDH, p.70).

en el mismo sentido que el expresado por el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la ex-Yugoslavia en *Kunarac* y los tribunales internacionales. También se hace referencia a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el Caso *Malawi African Asociacion y otros Vs. Mauritania* para ver cómo se identificaban en el sistema africano las prácticas análogas o contemporáneas a la esclavitud.⁵⁵

Adoptando un criterio distinto al sentido tradicional de la esclavitud, que suponía la propiedad en sentido formal sobre una persona, la CorteIDH acabó concluyendo que, de acuerdo con el desarrollo del concepto de la esclavitud, para identificar los elementos de la esclavitud debían de considerarse los hechos concretos, tomado como referencia la manifestación de “atributos del derecho de propiedad”. Entre estos elementos se encuentra la restricción o control de la autonomía individual y el uso de violencia física o psicológica.⁵⁶

Siguiendo la línea de lo decidido por el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Especial para Sierra Leona, y la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental, para determinar una situación como esclavitud en los días actuales, la sentencia toma como referencia la manifestación de “atributos del derecho de propiedad”. Entre estos elementos se encuentra la restricción o control de la autonomía individual y el uso de violencia física o psicológica. En esta misma línea, la sentencia de la CorteIDH, recurriendo a su propia jurisprudencia, identificó a la servidumbre como análoga a la esclavitud, así como la trata de esclavos y de mujeres, y el trabajo forzoso u obligatorio cuando cumple con los elementos descritos en el *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, de 1 de julio de 2006.⁵⁷

⁵⁵ Ante la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos se denunciaron violaciones de los derechos a la salud, al trabajo, a la propiedad, a la vida y a la vida cultural conforme a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículos 14, 16, 5, 4, 17). Cinco presentaciones conjuntas denunciaron la existencia de casos de esclavitud y prácticas similares en Mauritania y de discriminación racial institucionalizada perpetrada por la comunidad mauritana gobernante contra la comunidad negra más numerosa. Se denunció, entre otras cosas, que los mauritanos negros estaban siendo objeto de prácticas de esclavitud, desalojos periódicos o desplazamiento forzoso de sus tierras, que eran confiscadas por el gobierno junto con su ganado. También se denunció que a los mauritanos negros se les negaba el acceso al empleo y se los sometía a trabajos tediosos y no remunerados. La presentación también se refirió a las condiciones de detención de las personas que habían estado encarceladas por razones políticas y de otra índole. El presente resumen se concentra solamente en la opinión de la Comisión respecto de los derechos ESC. La Comisión concluyó que el estado general de salud de los presos se deterioraba debido a la falta de alimentos, frazadas e higiene adecuada. Dado que el Estado mauritano era directamente responsable de esta situación, se le consideró responsable de la violación de derechos, entre ellos, se había violado el artículo 5 de la Carta debido a las prácticas análogas a la esclavitud. *Vid.* Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso *Malawi African Association y Otros Vs. Mauritania*, Comunicaciones Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 y 210/98 (2000), Decisión de 11 de mayo de 2000, párrs. 132-135; también, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, African Commission on Human and Peoples' Rights Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98 (2000). [_https://www.escr-net.org/.../malawi-african-association-and-othe](https://www.escr-net.org/.../malawi-african-association-and-othe). (Consultado el 12.03.2019)

⁵⁶ SCIDH. Caso Brasil Verde, 71 - 72. Disponible en:

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

⁵⁷ SCIDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, de 1 de Julio de 2006.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf y *El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por los actos de tortura y asesinato de pobladores en el*

Aun así, para clarificar su posición con respecto a la servidumbre, la Corte IDH recurre de nuevo al TEDH, señalando que el TEDH consideró la servidumbre como “una forma agravada de trabajo forzoso o compulsorio”, en el sentido de que la víctima siente que su condición es permanente y no hay posibilidad de cambios.⁵⁸ Asimismo, las formas de coerción pueden ser tanto explícitas como sutiles.⁵⁹ Por lo anterior, la Corte coincide con la definición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre “servidumbre”, y considera que esa expresión del artículo 6.1 de la Convención debe ser interpretada como “la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”.⁶⁰

Para la Prohibición y definición de la trata de esclavos y la trata de mujeres, además de la Convención Americana y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante “Protocolo de Palermo”), del año 2000,⁶¹ la sentencia recurre al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 2005, que establece la prohibición de la trata de seres humanos y determina las obligaciones estatales al respecto -en términos similares al Protocolo de Palermo- y a jurisprudencia del TEDH para clarificar el concepto de trata de personas:

“En el *Caso Rantsev Vs. Chipre y Rusia*, el Tribunal Europeo estableció que “la trata de personas, por su propia naturaleza y fin de explotación, está basada sobre el ejercicio de poderes vinculados con el derecho de propiedad. Considera a los seres humanos mercancía que puede ser comprada y vendida y sometida a trabajo forzoso, frecuentemente a cambio de poca o ninguna paga, habitualmente en la industria del sexo pero también en otros sectores. La trata supone una vigilancia estrecha de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos resultan con frecuencia limitados. Involucra el uso de violencia y amenaza contra las víctimas, quienes viven y trabajan en condiciones de pobreza.”⁶²

Finalmente, la Corte IDH considera que el Estado brasileño violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, vulnerando el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...].⁶³

Del caso expuesto puede deducirse que existe una comunicación horizontal y bidireccional entre ambos sistemas [TEDH y Corte IDH] que va más allá del recurso al método comparativo pero que no llega a convertirse en una obligación jurídica. Es una necesidad vital, existencial de los propios tribunales para mantener su esencia y no desnaturalizarse. Ello hace pensar que es posible avanzar hacia un sistema universal de protección de derechos humanos a partir de un diálogo abierto entre sistemas.

municipio de Ituango por parte de grupos armados disidentes en la zona, así como a la falta de investigación para esclarecer los hechos y sancionar a los responsables. Ficha Técnica:

Masacres de Ituango Vs. Colombia
http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=330

⁵⁸ TEDH. Caso C.N. y V. Vs. Francia, No. 67724/09, Sentencia de 11 de octubre de 2012, párr. 91.

⁵⁹ TEDH. Caso C.N. Vs. Reino Unido, No. 4239/08, Sentencia de 13 de noviembre de 2012, párr. 80.

⁶⁰ SCIDH. caso Brasil Verde: 72-73.

⁶¹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 4. Disponible en:

http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf.

⁶² SCIDH, caso Brasil Verde: 75

⁶³ SCIDH, caso Brasil Verde: 89-90.

El mayor inconveniente, es la falta de un sustrato cultural común universal que hará que en determinadas cuestiones -libertad ideológica, libertad religiosa, moral (...)- marquen importantes diferencias doctrinales, incluso insalvables, entre los distintos sistemas, escudándose en la existencia de amplios márgenes de apreciación regional o estatal.⁶⁴

Consideraciones finales

En un contexto de globalización, la cooperación internacional y, especialmente, la judicial entre Europa y América está llamada a intensificarse y ampliarse progresivamente. Las teorías iusfilosóficas que se han proyectado sobre los diálogos judiciales han contribuido a explicar tanto su contexto de origen, como el desarrollo y finalidad que presentan. La teoría sistémica contribuye a comprender que el horizonte de comunicaciones rebasa las fronteras territoriales del Estado, favoreciendo cada vez más regulares e intensas la confluencia de comunicaciones y la estabilización de expectativas más allá de identidades nacionales o culturales y fronteras político-jurídicas. La teoría de los campos permite cuestionarse si la influencia que puedan tener los diálogos judiciales no implica una soterrada marginalización del Poder legislativo. Hay que subrayar que dar relevancia al diálogo entre tribunales no significa que pueda suplir la “supuesta” inactividad del Poder legislativo, porque el criterio final que adopten los jueces de un tribunal regional no sustituye el proceso democrático de legitimación de decisiones. Por último, la teoría de la acción comunicativa contribuye a prestar atención al diálogo judicial en sí y a cómo se desarrolla esa comunicación (otredad, reciprocidad, igualdad entre las partes, deliberación).

La diatriba entre moderación judicial y activismo judicial se proyecta sobre los diálogos judiciales, añadiendo una sombra de duda sobre los propósitos y resultados del diálogo judicial. El margen de apreciación judicial, la motivación y argumentación de las sentencias judiciales contribuye a neutralizar el peligro de un activismo judicial y una politización.

Además de consolidar una interpretación y de armonizar internacionalmente conceptos jurídicos esenciales para una mejor comprensión y tutela de los derechos humanos, los diálogos judiciales facilitan la configuración de un universo principiológico común sobre conceptos claves para los derechos humanos –permitiendo paliar las diferencias culturales que son inevitables y que son el sustrato de cada sistema jurídico-.

En el caso analizado, conceptos como servidumbre, esclavitud, trata de personas, explotación laboral, se convierten en conceptos esenciales para poder enjuiciar formas “precarias” de trabajo y de relaciones laborales que son bastante comunes en la actualidad, lo cual permite entender que podrá contribuir a dotar de mayor efectividad a los derechos humanos. Por tanto, las miras del diálogo judicial van mucho más allá de una cooperación judicial armonizadora de jurisprudencia. Ahora bien, tanto en el caso Brasil verde analizado como en otros a los que se los suele considerar como ejemplos de “diálogo judicial”, habría que matizar que se trataría de un diálogo judicial en sentido amplio, pero no en sentido estricto, ya que ambos tribunales no intercambian propiamente argumentos en un diálogo hermenéutico.

⁶⁴ Alexandre H. Català I Bas, “Diálogo entre tribunales y creación de un sistema de protección de derechos humanos abierto en red”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, num 28 (2015): 44-46. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5866715.pdf>.

Se ha defendido en este trabajo que el dialogo judicial tiene unos propósitos que superan las estrechas miras de una forma de cooperación o auxilio judicial. Por tanto, el objetivo de los diálogos judiciales se eleva por encima de lo que sería una armonización jurisprudencial –que podría ser la consecuencia de tal diálogo, pero no el objetivo final-. La consecución de una comunicación racional, coherente, argumentada, que admite el disenso, que recurre a la hermenéutica, es el resultado de un esfuerzo que no se limita a citar sentencias extranjeras o a reproducir algunos precedentes. Además, desde una perspectiva de qué ámbitos jurídicos pretenden abarcar, los diálogos judiciales, entendidos en *stricto sensu*, se sitúan en un proyecto más amplio, que no se limita al ámbito estrictamente regional (un *ius commune* europeo y un *ius commune* latinoamericano) sino que se proyectan hacia la construcción de un *ius commune* en derechos humanos. Sólo así redundará en un verdadero reforzamiento de los derechos humanos.

Bibliografía

Amezúa, Luis Carlos. “La prohibición universal de la trata de personas”. Revista do Direito, Vol: 1 num 57 (2019): 63-83. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/13450>.

Andenas, M. y E. Bjorge. “National Implementation of ECHR Rights: Kant’s Categorical Imperative and the Convention”. En *The European Court of Human Rights in a National European and Global Context*, editado por A. Follesdal, B. Schlütter y G. Ulfstein. Cambridge: CUP. 2011.

Bengoetxea, José Ramón. “Diálogos Judiciales e Interdisciplinarios en el Derecho Europeo”, Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies, Volume 7 Issue 1 (2015): 160-183.

Bustos Gisbert, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México. Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. 2012

Carbonell, Miguel. “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el dialogo jurisprudencial”. En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregory; Alfonso Herrera García. México: Tirant lo Blanch. 2013.

Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Zutphen. 2015. www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo_transatlantico_spa.pdf

De Julios Campuzano, Alfonso. “Racionalidad jurídica y globalización. Paradojas y perplejidades en torno al ordenamiento jurídico”. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, Vol: 11 num 1 (2008): 223-245.

Català i Bas, Alexandre H. “Diálogo entre tribunales y creación de un sistema de protección de derechos humanos abierto en red”. Revista Europea de Derechos Fundamentales, num 28 (2015): 13-47. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5866715.pdf>.

De Vergottini, Giuseppe. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Pamplona: Ed. Thomson Reuters. 2010.

Díaz Greco, María. “Diálogo judicial”. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Nº 9 (2016): 289-299. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/.../1524>

Ferrajoli, Luigi. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”. En Estado constitucional y globalización, compilado por Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, 2ª ed., México: Editorial Porrúa/UNAM. 2003.

Ferrer Mac-Gregor; Eduardo y Herrera García, Alfonso. “Notas Introdutorias”. En Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García. México: Tirant lo Blanch. 2013.

Groppi, Tania. “¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, num 16 (2011).

Law, David S. y Wen-Chen Chang. “The Limits of Global Judicial Dialogue”. Washington Law Review num 86 (2011).

Markesins. Basil y Fedkte, Jhon. “The Judge as Comparatist.Tulane”. Law Review, Vol: 80 num 1 (2005): 76-109.

Moral Soriano, Leonor. “Precedente extranjero ¿diálogo o discurso?”. En La construcción del precedente en el Civil Law. coordinado por Álvaro Núñez Vaquero y Marina Gascón Abellán. Barcelona: Atelier, 2020.

Peczenik, Aleksander. Kinds of theory of legal argumentation – draft 2005. <https://pdfs.semanticscholar.org/.../634b9429ebac1f21dc8f668e4>

Slaughter, Anne Marie. “A typology of transjudicial communication”. University of Richmond Law Review. Vol: 29 (1994): 99-137. <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/>

Torres Pérez, Aida. Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication. Oxford University Press: Oxford. 2009.

Waldron, Jeremy. “Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity”. En Highest Courts and Globalisation editado por S. Muller y S. Richards Hague Academic Press. 2010.

Waldron, Jeremy. Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. México D.F: Siglo XXI Editora Iberoamericana. 2018.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 9ª ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2009.

Jurisprudencia

SCIDH Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, de 20 de octubre de 2016
www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf (Consultado el 04.04.2019)
Pueden visionarse algunas audiencias públicas: <https://vimeo.com/156347137>

Ficha Técnica: Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil.
[/www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=449&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=449&lang=es)

Caso 12.066. Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Observaciones finales escritas. www.corteidh.or.cr/docs/...hacienda_brasil_verde.../alefcom.pdf

SCIDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, de 1 de julio de 2006.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf
(Consultado el 10.04.2019)

Ficha Técnica: Masacres de Ituango Vs. Colombia
http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=330

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac and Zoran Vukovic Judgement. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 22 de febrero de 2001. www.icty.org › cases › kunarac › acjug

Roper v. Simmons 125 S. Ct. 1183 (2005). www.courtlistener.com › opinion › roper-v-simm

Foster v. Florida 537 EE.UU. 990 (2002). www.courtlistener.com › opinion › foster-v-florida

Aktins v. Virginia 536 EE. UU. 304 (2002). supreme.justia.com › cases › federal › 536 › 304

Lawrence v. Texas 123 Ct 2472 (2003). www.courtlistener.com › opinion › lawrence-v-te

STEDH. Caso Tyrer Vs. Reino Unido, No. 5856/72, Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31. hudoc.echr.coe.int › eng (Consultado el 08.01.2019)

STEDH. Caso Siliadin Vs. Francia, No. 73316/01 [TEDH, Sección II] Sentencia de 26 de julio de 2005, párrs. 82 a 149. archivos.juridicas.unam.mx › www › bju › libros

STEDH. Caso Rantsev c. Chipre y Rusia, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010. <https://www.womenslinkworldwide.org/.../gjo-ecthr-rantsev-c-c>

STEDH. Caso C.N. y V. c. Francia, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. e-revistas.uc3m.es › index.php › UNIV › article › download

STEDH. Caso C.N. c. Reino Unido, no. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012. www.upo.es › revistas › index.php › lex_social › article › view

STEDH. Caso Chitos c. Grecia, no. 51637/12. [TEDH, Sección I] 04 de junio de 2015. e-revistas.uc3m.es › index.php › UNIV › article › download

El diálogo Euro-Americano mediante los “Diálogos Judiciales”: ¿Otra forma de cooperación regional para la... pág. 359

STEDH. Caso L.E. c. Grecia, no. 71545/12. [TEDH, Sección I], 21 de enero de 2016. idibe.org › Derecho Penal

STEDH. Caso Chowdury and Others v. Greece, nº. 21884/15, de 30 de marzo de 2017. hudoc.echr.coe.int › eng

STEDH. Caso Duch, No. 001/18-07-2007/ECCC/SC, Cámara Corte Suprema, Sentencia de 3 de febrero de 2012, párrs. 117-167. www.refworld.org.es › pdfid

STEDH (Gran Sala). Caso M.S.S.C. Bélgica y Grecia, 30696/09, de 21 de enero de 2011. www.eschr-net.org › sites › default › files › CASE OF M.S.S. v. BELGI.

STEDH (Gran Sala). Caso Sørensen y Rasmussen contra Dinamarca, de 11 de enero de 2006. hudoc.echr.coe.int › webservice › content › pdf

STJUE. Caso Abdelkader Dellas, Confédération générale du travail y otros contra Premier ministre, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité (asunto C-14/04), de 1 de diciembre de 2005. archivos.juridicas.unam.mx › www › bju › libros

STJUE (Gran Sala). (C-411/10) Caso contra Secretary of State for the Home Department y M. E. y otros (C-493/10) contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-411/10&language=es>

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Caso Malawi African Association y Otros Vs. Mauritania, Comunicaciones Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 y 210/98 (2000), Decisión de 11 de mayo de 2000, párrs.132-135. <https://www.eschr-net.org/.../malawi-african-association-and-othe>

REVISTA
INCLUSIONES M.R.
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.