

# **ACTIVISMO JUDICIAL Y DIÁLOGOS TRANSJUDICIALES: PARÁMETROS PARA LA INTERACCIÓN ENTRE DECISIONES NACIONALES Y EXTRANJERAS**

---

*Bruno Makowiecky Salles*

Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad do Vale do Itajaí – UNIVALI. Dottore di Ricerca In Scienze Giuridiche pela Università Degli Studi di Perugia - UNIPG, Itália (2019). Ejerce el cargo de Juez de Derecho en el Estado de Santa Catarina (2009)

<http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>

*Paulo Márcio Cruz*

Doctor en Derecho del Estado de la Universidad Federal de Santa Catarina. Profesor y permanente y coordinador del Programa de Posgrado Stricto Sensu en Ciencias Jurídicas – PPCJ/UNIVALI. Profesor visitante de las Universidades de Perugia (Itália) y Alicante (España)

All content in this magazine is licensed under a Creative Commons Attribution License. Attribution-Non-Commercial-Non-Derivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0).



**Resumen:** Este artículo busca promover una articulación entre la categoría de Activismo Judicial y los diálogos mantenidos entre jueces y Cortes, estudiados en doctrinas como el Transconstitucionalismo y el Transjudicialismo y reunidos aquí bajo la fórmula más amplia de Diálogos Transjudiciales. El objetivo, sin pretender agotar el tema, es contribuir a la construcción de unos parámetros que concilien los elementos articulados, buscando que las interacciones transjudiciales sean científicas y armonizadas con la legitimidad democrática.

**Palavras clave:** Activismo Judicial. Transconstitucionalismo. Transjudicialismo.

## INTRODUCCIÓN

El tema del Activismo Judicial es objeto de un amplio debate en las Ciencias Jurídicas. Existen controversias en la búsqueda de un concepto y sobre las virtudes y vicisitudes de la práctica. Asimismo, las conversaciones<sup>1</sup> entre jueces y Tribunales de todo el mundo reciben opiniones diversas. Es una realidad creciente ya sea en diálogos entre jueces y Tribunales en diferentes países, o en aquellos entre jueces nacionales y Tribunales Transnacionales o Internacionales. Estos complejos ejes temáticos se tocan en cierto punto: ¿en qué medida las interacciones con el derecho extranjero, de aplicación interna, representan o no concreciones del Activismo Judicial?

Este artículo<sup>2</sup> busca promover una articulación entre la categoría de Activismo y los referidos coloquios entre jueces y Cortes, estudiados en doctrinas como el Transconstitucionalismo y el

Transjudicialismo y reunidos aquí bajo la fórmula más amplia de Diálogos Transjudiciales. El objetivo es contribuir a la construcción, sin carácter exhaustivo, de unos parámetros que concilien los elementos articulados, buscando que las interacciones transjudiciales sean científicas y compatibles con la legitimidad democrática en el escenario contemporáneo.

Por tanto, en un primer momento, se desarrolla la idea de Activismo Judicial, exponiéndose elementos teóricos que permiten la proposición de un concepto y la identificación de algunas de sus dimensiones prácticas. A continuación, se explora el tema de los Diálogos Transjudiciales, pasando por importantes nociones para comprenderlos, como las de Transnacionalidad, Derecho Transnacional, Transconstitucionalismo y Transjudicialismo. Finalmente, existe una articulación entre los contenidos para compatibilizarlos y brindar, con humildad científica, pautas para que los Diálogos Transjudiciales eviten los problemas de legitimidad democrática propios de las prácticas judiciales activistas.

En cuanto a la metodología, cabe mencionar que, en la fase de investigación, se utilizó el método inductivo. En la fase de procesamiento de datos se utilizó el método cartesiano. Finalmente, el texto se compuso sobre la base de la lógica inductiva-deductiva. Las distintas fases de la investigación fueron asistidas utilizando las técnicas del referente, categoría, concepto operacional e investigación bibliográfica<sup>3</sup>.

1. Es importante aclarar que, al hablar de conversaciones o diálogos, no estamos ante comunicaciones en un sentido literal, requiriéndose cierta abstracción para visualizar las prácticas dialógicas en dinámicas que se refieren a interacciones interinstitucionales. Entonces, la idea no es la de coloquios sincrónicos, en tiempo real, pero asincrónicos que se irán produciendo a lo largo del tiempo.

2. Sobre el tema: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13ª ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

3. Sobre el tema: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13ª ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

## ACTIVISMO JUDICIAL: NOCIONES INTRODUCTORIAS Y CONCEPTO

Los debates sobre Activismo Judicial son antiguos, sobre todo en la literatura y la experiencia jurídica norteamericanas, que pueden considerarse la cuna del tema<sup>4</sup>. Dichos debates comenzaron a cobrar mayor protagonismo desde la aparición de la *judicial review*<sup>5</sup>. El tema de fondo ya era objeto de controversias, de hecho, incluso antes de que se acuñara el término Activismo Judicial, cuya autoría se atribuye al historiador Arthur Schlesinger Jr., en un artículo publicado en enero de 1947 en la popular revista *Fortune*<sup>6</sup>, que no ha surgido, curiosamente, de una decisión judicial o de un ensayo científico<sup>7</sup>.

El análisis de las posiciones de la Corte Suprema y sus miembros forma parte de la cultura jurídica estadounidense. En obra conocida<sup>8</sup>, Christopher Wolfe establece un camino histórico y divide la *judicial review* de la Corte en tres ciclos: la era de la tradición (*the traditional era*), la era de la transición (*the transitional era*) y la era moderna (*the modern era*). Estas épocas se caracterizan por diferentes tipos de decisiones activistas, ya sea con el reconocimiento y ampliación

de la *judicial review* sin una previsión constitucional expresa, o con la invalidación de opciones políticas basadas en cláusulas abiertas, o con la interpretación creativa de principios constitucionales para conferir a la ciudadanía derechos y libertades, todo condicionado por el contexto histórico y la composición de la Corte.

Si bien la praxis y producción doctrinal estadounidense sean pioneras en el tema, el Activismo Judicial y las cuestiones que suscita están presentes en diferentes regímenes democráticos, tanto en la familia jurídica de la *common law* como en la de la *civil law*. En Alemania, por ejemplo, hay dudas sobre cómo interpreta el Tribunal Constitucional el sistema de derechos fundamentales<sup>9</sup>, al adoptar como concepción metodológica la denominada jurisprudencia de valores<sup>10</sup>. En Italia, las discusiones sobre el activismo aparecen en temas como el control de legalidad de la acción política en las operaciones delictivas, en expresiones como *supplenza giudiziaria*<sup>11</sup> y en técnicas de interpretación constitucional como las sentencias aditivas<sup>12</sup>. En Brasil, la doctrina exhibe inúmeros casos de activismo del

4. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 41.

5. RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 08.

6. SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**. v. XXXV, n. 1, p. 73-80 y 201-212, January/1947.

7. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**. v. 92, n. 5, October 2004. p. 1.445-1.446.

8. WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994.

9. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität and geltung. Beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen*. p. 320-321.

10. Acerca de: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Traducción de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Methodenlehre der rechtswissenschaft*. p. 163-172.

11. RODOTÀ, Stefano. Magistratura e politica in Italia. In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica**. Milano: Giangiacomo Feltrinelli editore, 1996. p. 23.

12. Las oraciones aditivas son tipos de oraciones manipuladoras, entendidas así como aquellas que cambian el significado de una ley sin cambiar el texto normativo. En el caso de las oraciones aditivas, ellas reconocen la inconstitucionalidad de la ley, ya que no contiene ninguna disposición que debiera haber sido incluida en ella, y llenan el vacío, insertando una situación no contabilizada en el contenido de la ley. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 118.

Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>, normalmente innovando en el ordenamiento jurídico o enfrentando controversias que el Legislativo omite. La Corte Constitucional de Colombia ya ha emitido emblemáticas decisiones activistas en temas como la revisión de la decretación de estado de excepción por el Presidente y la imposición de deberes estructurales al Ejecutivo y Legislativo en la promoción de políticas públicas<sup>14</sup>.

Los dilemas sobre el Activismo también han llegado a las decisiones de los Tribunales de Derechos Humanos, en situaciones en las que determinan a los Países la aplicación de normas imprecisas. Y han llegado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando crea principios generales de derecho para el funcionamiento del sistema<sup>15</sup>, establece diálogos entre ordenamientos o cita decisiones de la Corte Europea<sup>16</sup>. Además de estos, podrían señalarse otros ejemplos nacionales e internacionales, pero la ilustración escaparía a los límites del artículo. Por regla general, los jueces actúan solo cuando son provocados, conducen los procedimientos de acuerdo con las reglas del debido proceso<sup>17</sup> y no tienen preferencias o simpatías por las partes y postulaciones, actuando como terceros imparciales que, apoyados en el conocimiento técnico-

jurídico, aplican derecho legislado o la jurisprudencia para resolver conflictos intersubjetivos o normativos. En tal escenario, los actos de planificación de resultados y la puesta en marcha de las medidas necesarias para obtenerlos están, en principio, relacionados con los Poderes Legislativo y Ejecutivo, responsables de la elaboración de políticas y su implementación activa<sup>18</sup>. Asimismo, corresponde a los litigantes la iniciativa de deducir pretensiones en busca de bienes jurídicos. Los jueces otorgan soluciones a tales iniciativas basadas en un derecho preexistente<sup>19</sup>, justificándolas racionalmente basado en leyes y estándares legales desarrollados.

Resulta que esa concepción de la figura de los jueces, e incluso esta división de funciones en el régimen democrático y en el proceso judicial, son cuestionadas por algunos factores. La condición humana en la interpretación del derecho, los diversos tipos de demandas canalizadas rutinariamente a la decisión de los jueces, las dificultades para fijar cuáles son los límites y el rol de la función judicial<sup>20</sup> y, además, las lagunas, ambigüedades y vaguedades del sistema jurídico contribuyen, cada una en alguna dosis, para la creación judicial del derecho<sup>21</sup> y por una postura más activa de los jueces.

13. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230-282.

14. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 99-154.

15. FREITAS, Loreno Vilhena de. The judicial activism of the european court of justice. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and european experiences. Ius Gentium, V. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 173-180.

16. ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os juizes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Les Juges Dans La Mondialisation*. p. 19-20.

17. LA TORRE, Massimo. Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; y SMITH, Steven D. **Judicial activism**. p. 03.

18. LA TORRE, Massimo. Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; y SMITH, Steven D. **Judicial activism**. p. 03.

19. SHAPIRO, Martin. The success of judicial review and democracy. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. Abstract review and judicial law-making. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization** New York: Oxford University Press, 2002. p. 162.

20. RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo judicial**. p. 02.

21. FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994. p. 21.

Hoy se dice que está desactualizada, y para algunos incluso es infantil<sup>22</sup>, la creencia de que no existen innovaciones o proactividades, reconociéndose el espacio para tales situaciones, especialmente en el tratamiento de cuestiones constitucionales y en las relaciones entre Poderes, así como en los llamados casos difíciles (*hard cases*).

En un enfoque más general, el Activismo es visto como una doctrina o argumentación que favorece la práctica de la transformación efectiva de la realidad, a expensas de actividades puramente especulativas<sup>23</sup>. Tal idea proviene de la etimología. En la expresión se encuentra la unión del prefijo ‘activo’, que transmite un norte de más acción y menos contemplación, al sufijo ‘ismo’, que añade un significado normalmente ligado a la formación de doctrinas, principios, modos y teorías, que pueden ser filosóficos, religiosos, artísticos, literarios, científicos, económicos, políticos, etc.<sup>24</sup>

Esa connotación genérica de una forma activa de comportarse, por insuficiente que sea, proporciona una noción útil en el campo del Derecho, en el que el activismo comienza cuando, entre varias soluciones posibles, la elección del juez depende del deseo de acelerar o detener el cambio social<sup>25</sup>. Sin embargo, especificar la dirección del Activismo Judicial requiere otras contribuciones.

En el ámbito jurídico, debido a la imprecisión conceptual y la forma, en ocasiones, abierta y sin criterios con el que

se utiliza la expresión, se deben buscar parámetros para dar sentido al Activismo Judicial<sup>26</sup>, incluso con el fin de atribuir la cientificidad a la categoría y evitar que se convierta en un sólido “*rhetorically charged shorthand for decisions the speaker disagrees with*”<sup>27</sup>. También se necesita cierto cuidado para filtrar posibles situaciones de uso ideológico y manipulador de la expresión, que ocurren cuando quienes pretenden contener los poderes de los jueces o retener el control de la legalidad la utilizan, sin bases adecuadas, como discurso para frenar la magistratura<sup>28</sup>, definiendo como Activismo aquello que refleja el mero desempeño de funciones jurisdiccionales.

En un intento de pulir un concepto, la doctrina indica dos significados predominantes dados al Activismo<sup>29</sup>. Dichos significados, a su vez, pueden presentar algunos puntos en común en cuanto a la creación judicial del derecho y una injerencia más o menos genérica en la función legislativa, además de parecer factible que vengán acoplados en determinados contextos, los cuales también pueden manifestarse de innumerables formas.

En cierto sentido, el Activismo se considera la actitud voluntarista de los jueces al interpretar y aplicar el derecho, reemplazando las leyes y precedentes por sus convicciones personales, predilecciones por resultados, visiones del mundo, de moral, humanismo, justicia o política, sea

22. BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 09.

23. MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa** (on line). Editora Melhoramentos Ltda, 2018. Disponible en: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/>>. Consultado el 21 de agosto de 2018.

24. MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa** (on line). Editora Melhoramentos Ltda, 2018. Disponible en: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/>>. Consultado el 21 de agosto de 2018.

25. GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Traducción de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Gardien des Promesses*. p. 54.

26. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 151.

27. ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 03. Traducción libre: “abreviatura retórica cargada para decisiones con las que el hablante no está de acuerdo”.

28. ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici dei governo**. 7a ed. Franco Angeli: Milano, 2008. p. 88.

29. RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo judicial**. p. 65-66.

una política progresista o conservadora<sup>30</sup>. El activismo ocurre siempre que los magistrados, sin autorización, inventan reglas y las imponen como si fueran derecho estatal, no siguiendo las leyes sino su propia creación<sup>31</sup> y ejerciendo, con ello, una función legislativa *ad hoc* y retroactiva, lo que implica la incidencia de la norma creada con el propósito de regular el hecho pasado. En ese sentido, la práctica, por regla general, suele verse como algo negativo, lo que atenta contra el Estado de Derecho con amplia discrecionalidad judicial<sup>32</sup>.

En rigor, el criterio para calificarse una decisión como activista es, a los efectos de este sentido, en el grado de (des)vinculación del juez con relación al derecho, a la hora de realizar el acto y dictar la sentencia, que puede ser medido en las relaciones jurídicas de derecho público como en las relaciones de derecho privado. Hay activismo aquí en el campo de aplicación u operativo.

En otro sentido, el Activismo también es visto como el comportamiento de los jueces encaminado a sindicar o influir, con vigor y bajo estricto escrutinio, las acciones y omisiones de otros Poderes, reduciendo la deferencia a las opciones políticas e interfiriendo más directamente en las esferas clásicamente reservadas al Legislativo y Ejecutivo, con el objetivo de hacer realidad las normas constitucionales y ciertos derechos fundamentales<sup>33</sup>. Se trata pues “(...) *della tendenza del potere giudiziario ad assumere le vesti del potere legislativo e del potere esecutivo in situazione specifiche* (...)”<sup>34</sup>.

30. BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 265.

31. En ese sentido: LAWRENCE A., Alexander. Judicial activism: clearing the air and the head. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**. p. 15-21.

32. WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**. p. 11.

33. Acerca de: RAUPP, Mauricio Santos. **Activismo judicial**. p. 61.

34. OLIVIERO, Maurizio. Costituzionalismi, crisi della democrazia e populismi. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; e BONISSONI, Natammy. **Para além do estado nacional: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz**. Florianópolis: Emais, 2018. p. 281. Traducción libre: “(...) de la tendencia del poder judicial de responsabilizarse del papel del poder legislativo y del poder ejecutivo en situaciones específicas”.

35. A respeito: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. p. 180.

36. KURLAND, Philip. B. Government by judiciary. **University of Arkansas at Little Rock Journal**. v. 2. n. 307, 1979. p. 320.

Aquí, la clave para calificarse una decisión como activista o no está fundamentalmente ligada a la tripartición de los Poderes y al nivel de usurpación, por parte de los jueces, de las cargas de los legisladores y administradores, ya sea por invalidar normas en *judicial review* o en el control de la legalidad, ya sea supliendo omisiones parlamentarias o ejecutivas, o imponiendo comportamientos o políticas, individual o colectivamente. Hay, entonces, un activismo en una perspectiva relacional. Las percepciones sobre el carácter positivo o negativo de tal actitud ya están más divididas, en comparación con el primer significado<sup>35</sup>.

Es evidente que todo fluye en una cuestión de grado o intensidad. Sin embargo, en los dos casos de Activismo, de forma conjunta o aislada, se advierte un lugar común: a los jueces cabe, de manera más asertiva, la posición de creadores de derecho, legisladores o administradores, más allá de la función clásica de resolver disputas con base en las leyes y moderar los excesos de las otras ramas<sup>36</sup>. Hay más toma de decisiones personales o políticas y menos concesión de derechos.

Bajo esos lineamientos, se propone que el Activismo Judicial (*lato sensu*) sea conceptualizado como una actitud jurisdiccional de tendencias transformadoras, más que contemplativas, que se manifiestan (*stricto sensu*), conjunta o separadamente, en los marcos (i) interpretativo, aplicativo u operativo, mediante un acentuado voluntarismo en la creación del derecho en detrimento de la legislación, de precedentes o estándares jurídicos en general, e (ii)

institucional o relacional, mediante una injerencia más directa en las atribuciones de los demás Poderes. En ambas situaciones, a los jueces se les asigna un papel que va más allá de la visión clásica de aplicar el derecho a las controversias subjetivas o normativas y moderar los excesos de las demás ramas, que se manifiestan en la Jurisdicción constitucional y ordinaria, tanto colectiva como individual, así como en varias dimensiones prácticas de funcionamiento del derecho<sup>37</sup>.

El Activismo Judicial tiene algunas dimensiones prácticas, expresándose, por ejemplo, en escenarios de interpretación de la Constitución y las leyes, de afirmación de derechos, de actividad de creación cuasilegislativa del derecho, de determinación de políticas públicas, de auto expansión de la Jurisdicción, de conducción de los procesos, de superación de precedentes, de fundamentos maximalistas, de decisiones orientadas más a resultados que para el derecho, de partidismo judicial, de pretensiones de soberanía judicial<sup>38</sup>, de actividades de control de la legalidad política en el ámbito penal<sup>39</sup>, de utilización del derecho transnacional<sup>40</sup> y de la aplicación expansiva de derechos por las Cortes Internacionales<sup>41</sup>. No significa que los ejemplos enumerados anteriormente sean necesariamente un sinónimo de Activismo, pero las prácticas activistas pueden materializarse en los entornos mencionados anteriormente.

En el extremo opuesto del mismo

*continuum* en relación con el Activismo, está la filosofía de la Autocontención (*judicial self-restraint*) y es posible hablar en diversos grados de ella<sup>42</sup>. En esencia, los jueces autocontenidos ahorran en sus predilecciones personales, evitan contradecir las conductas de otras ramas del Gobierno, al menos cuando no hay un error claro, e invocan la prudencia en la interpretación de la Constitución, en la creación del derecho y en la imposición de políticas públicas. Además, suelen “autolimitarse a decidir cuestiones jurisdiccionales y a negar la justiciabilidad de las cuestiones políticas”<sup>43</sup>.

El enfoque de la Autocontención se centra en las actitudes de deferencia y prudencia. La primera surge como muestra de respeto al sistema democrático-representativo de toma de decisiones. La segunda tiene como principal objetivo la preservación institucional del Poder Judicial, evitando el desgaste de imagen y reacciones políticas<sup>44</sup>, o incluso temores de debilitar los Tribunales por dificultades para hacer cumplir las sentencias.

Así, la categoría de Autocontención Judicial (*lato sensu*) puede conceptualizarse como la tendencia jurisdiccional opuesta al Activismo, en los ámbitos (*stricto sensu*) (i) interpretativo o de aplicación e (ii) institucional o relacional, notables por actitudes judiciales de prudencia y mayor deferencia a las opciones políticas de las demás ramas, manifestadas en la *judicial*

37. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. p. 184.

38. La clasificación anterior se elaboró en el siguiente trabajo: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 165-174.

39. GHEZZI, di Moris L. Il panorama e le rovine. In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici**. p. 61.

40. FREITAS, Lourenço Vilhena de. The judicial activism of the european court of justice. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**. p. 173-180.

41. ALLAN, James. Judicial activism: vanity of vanities. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**. p. 71.

42. BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 266.

43. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 1.309.

44. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 178.

*review* y en el juicio ordinario, colectivo o individual, incluidas las innumerables dimensiones de la práctica jurídica<sup>45</sup>.

Para concluir el tema, es importante señalar que una posición más o menos activista de la magistratura no es resultado exclusivo de voluntarismo, no se reduce a la ideología individual de los jueces. Por mucho que se afirme que la magistratura no se encuentra entre las clases más heterogéneas, es innegable que los jueces tienen diferentes visiones de mundo, la educación y la personalidad. Esa diversidad es un espejo de la pluralidad de ideas en la sociedad<sup>46</sup>. Pero ese no es el único resultado de un Poder Judicial expansivo o retraído. La forma en que operan los jueces está condicionada por factores institucionales ligados al grado de independencia y garantías de la magistratura, que, a su vez, se relaciona con cuestiones como la forma más o menos politizada de investidura, la política de remuneración de la clase o el control y formateo de la carrera, la capacitación durante la vida profesional<sup>47</sup> y posibles otros.

## NOTAS SOBRE LOS DIÁLOGOS TRANSJUDICIALES

La Transnacionalidad es un fenómeno a través del cual las relaciones sociales, políticas, económicas, culturales y de otro tipo

cruzan los límites de los Estados Nacionales en un mundo globalizado y conectado<sup>48</sup>, tornando en, cierta medida, obsoletas, a la luz de problemas compartidos, nociones como territorio, nacionalidad y soberanía. El Derecho Transnacional es algo a forjarse y contextualizarse en esa nueva realidad<sup>49</sup>, no confundirse con el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. Los prefijos '*trans*' e '*inter*' ya indican diferencias, en la medida en que el primero denota algo que 'va más allá' o 'para más allá', mientras que el segundo expresa la idea de 'diferencia o apropiación de significados relacionados'<sup>50</sup>.

El derecho Internacional Público constituye el conjunto de normas, ya sean convencionales como los Tratados Internacionales, ya sean consuetudinarias o incluso principiológicas, que rigen las relaciones entre Estados, organismos internacionales y personas, en lo que dichas relaciones trascienden los límites físicos de los Estados. Los objetivos de tal rama del derecho son, esencialmente, mantener la paz, promover la seguridad de las relaciones internacionales y coordinar los variados intereses para que los Estados alcancen sus propósitos e intereses recíprocos<sup>51</sup>. Es un derecho que, en una visión clásica, se vincula a la noción del Estado como sujeto

45. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. p. 97.

46. BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. XV.

47. Sobre el tema: MASTITZ, Anna; PEDERZOLI, Patricia. Training the legal professions in Italy, France and Germany. In: *In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 155-180.

48. CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul. v. 3, n. 53, set/dez 2017. p. 54. Disponible en: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11371/6969> >. Consultado el 3 de febrero de 2021.

49. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**. v. 1, n. 4, p. 01-24, 2009. Disponible en: < <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488> >. Consultado el 3 de febrero de 2021.

50. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**. p. 05.

51. Acerca de: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5ed, rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 44 e 63.

de derechos y obligaciones internacionales<sup>52</sup>.

Por otro lado, el Derecho Internacional Privado comprende el conjunto de reglas que se ocupan del conflicto de leyes en el espacio. Se busca, a partir del análisis de elementos de conexión, definir el foro y / o derecho aplicable, nacional o extranjero, a un conflicto con carga de internacionalización.<sup>53</sup> En ese sentido, se encarga de definir la competencia y / o la norma de un Estado soberano para evaluar conflictos que aglutinan elementos exógenos.

El Derecho Transnacional proviene bajo una angulación diferente. También aborda una variedad de situaciones que disuelven los límites. En cierto modo, abarca Derechos Internacionales Públicos y Privados, así como derechos nacionales<sup>54</sup>. Sin embargo, lo hace de diferentes formas, con el objetivo de promover la democratización, la cooperación y la solidaridad, mitigando la visión de soberanía, conflicto, disputa, exclusividad, protección o poder de un Estado en sus relaciones con otro<sup>55</sup>.

El carácter común de los problemas mundiales se ve en el Derecho Transnacional, que, en lugar de soberanías compartimentadas, apunta a una comunidad interconectada. Por tanto, se propone un mayor nivel de integración, basado en una agenda axiológica similar, en intereses compartidos y consensos. Las reglas transnacionales abarcan un concepto más amplio y otras formas

de legalidad, considerándose el derecho transnacional no solo el que tiene positivismo formal, sino también deliberaciones de organizaciones privadas, contratos, soluciones en mediaciones y arbitrajes, etc. Y la forma en que agentes públicos y privados, tales como Estados, entidades internacionales, empresas multinacionales, organismos y otros, se unen para interpretarlo y aplicarlo se rige por el proceso transnacional<sup>56</sup>.

Se puede decir que esta concepción del Derecho Transnacional engloba categorías como Transconstitucionalismo y el Transjudicialismo. Estas categorías tienen similitudes entre ellas, pero se abordan, en ensayos científicos, con distinciones sutiles y relevantes.

El Transconstitucionalismo es una expresión consagrada en la doctrina brasileña, especialmente en el pensamiento de Marcelo Neves<sup>57</sup>. Se ocupa de un creciente entrelazamiento entre dos o más ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, supranacionales y transnacionales, que se produce por la integración sistémica de la sociedad mundial y una especie de desterritorialización de las cuestiones constitucionales<sup>58</sup>, implicando una red transversal constructiva y de aprendizaje recíproco en la búsqueda de respuestas a problemas constitucionales como los que involucran los derechos fundamentales o humanos y la organización del poder<sup>59</sup>.

52. FRANCONI, Francesco. Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale. In: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acceso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale dell'unione europea**. p. 06-07.

53. Acerca de: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de direito internacional privado**. 12ªed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 02.

54. JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Traducción de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Editora Fundo de Cultura, 1965. Título original: *Transnational law*. p. 87.

55. JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. p. 62.

56. A los interesados: KOH, Harold Hongju. *Transnational legal process* (1996). **Faculty Scholarship Series**. Paper 2096. Disponible en: < [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096/) >. Consultado el 18 de agosto de 2020.

57. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

58. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 51, n. 201, jan./mar. 2014, p. 211.

59. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao

Ese entrelazamiento no se limita a un diálogo entre jueces y Tribunales de diferentes sistemas<sup>60</sup>, aunque tiene su forma más relevante en él. También incluye intercambios permanentes en las relaciones entre legislaturas, gobiernos y administraciones de diferentes países<sup>61</sup>, que impulsan la evolución de los ordenamientos jurídicos en direcciones comunes. Aquí también se enfatiza una concepción basada en el diálogo, más que en la fuerza y la soberanía, suponiéndose que el derecho constitucional y los diversos actores del derecho interno no adoptan un modelo de resistencia, ni de convergencia servil, sino de articulación<sup>62</sup> con fuentes y prácticas externas, lo que sirve como prueba de las tradiciones propias del país frente a otras experiencias.

Muy similar es la idea del Transjudicialismo. Hay peculiaridades, como el hecho de que ella se restringe al universo de los procesos judiciales y no parece limitarse, necesariamente, a cuestiones constitucionales, aunque estas son las principales. Es una forma de comunicación transjudicial, impulsada por varias causas<sup>63</sup>, que conduce a una forma de aplicación e interpretación del derecho a través de la cual los jueces entran en un proceso de reflexión y diálogo con decisiones ajenas<sup>64</sup>, internalizándolas en sus sistemas de modo a generar, aunque sin coordinación intergubernamental, una construcción

progresiva de categorías e instituciones compartidas<sup>65</sup>.

En estudio pionero<sup>66</sup>, Anne-Marie Slaughter propuso algunos tipos de interacciones, que varían en términos de formas de comunicación y el grado de compromiso recíproco.

En cuanto a la comunicación, hay tres formas posibles. Puede ser horizontal, estableciéndose entre Cortes y jueces del mismo *status* jerárquico en sus respectivos sistemas. *Vertical*, conformándose entre Cortes y jueces vinculados a la jurisdicción de la otra, como ocurre con los Tribunales nacionales en relación a los supranacionales. Y *mixtas*, evaluadas cuando los Tribunales supranacionales fomentan las comunicaciones horizontales o actúan de manera a difundir principios jurídicos en los demás ordenamientos<sup>67</sup>.

En cuanto al grado de compromiso recíproco, también hay tres formas posibles. Hay *diálogos directos*, mantenidos por un Tribunal o juez y correspondidos por otros. Los *monólogos*, verificados cuando un Tribunal o juez toma decisiones extranjeras, para uso doméstico y sin reciprocidad, con el fin de enriquecer y dar fuerza a los fundamentos de su decisión. Y los *diálogos intermedios*, que se dan a través de los incentivos a las interacciones que brindan los Tribunales supranacionales<sup>68</sup>, en las situaciones en las que dichos Tribunales,

---

transconstitucionalismo na América Latina. p. 194, 198 e 211.

60. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. p. 194.

61. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 118.

62. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 258-259.

63. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, 1994. p. 129-132. Disponible en: < <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/> >. Consultado el 04 de febrero de 2021.

64. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. p. 101.

65. LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**. UNIVALI. Itajaí. V. 4, n. 3, 3º quadrimestre de 2009. p. 294 e 295. Disponible en: < [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) >. Consultado el 04 de febrero de 2021.

66. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**.

67. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**. p. 103-112.

68. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**. p. 112-114.

por ejemplo, apoyen un cierto entendimiento de un Tribunal nacional y así lo proyecten a otros Tribunales internos<sup>69</sup>.

El mismo estudio apunta a algunas funciones y supuestos del Transjudicialismo, así como a ciertas consecuencias del fenómeno.

Entre las funciones se encuentran el fortalecimiento de los Tribunales supranacionales, una mejor aceptación de las obligaciones internacionales, una especie de fertilización cruzada (*cross-fertilization*), el aumento del carácter persuasivo, la autoridad y la efectividad de las decisiones que adoptan la práctica y el fomento a la deliberación colectiva sobre problemas comunes<sup>70</sup>.

Los supuestos son la independencia de la magistratura en relación con el Ejecutivo y el Legislativo, la confianza en el poder de persuasión, más que en la fuerza, y una percepción por parte de los Tribunales y jueces de que ellos comparten identidades y métodos en el ejercicio de sus funciones, actuando como ejecutores o intérpretes del derecho y no como actores políticos directos<sup>71</sup>.

Las principales consecuencias radican en el aumento de la calidad de las decisiones a nivel mundial, en la autopercepción de los Tribunales como miembros de una comunidad jurídica transnacional, en la difuminación de las fronteras entre el derecho interno y el internacional, en el aumento de la protección universal de los derechos humanos y en el fortalecimiento

del principio de separación de Poderes a escala global<sup>72</sup>.

El paso por las nociones de Transconstitucionalismo y Transjudicialismo realizado en las líneas precedentes revela afinidades que permiten, a los efectos de este artículo, agruparlas en una fórmula más amplia que se denominará Diálogos Transjudiciales. Dichos diálogos representan una realidad que avanza, con menciones cada vez más recurrentes en decisiones de todo el mundo, a precedentes o interpretaciones firmadas en Cortes de otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, a pesar de ser acogidos positivamente por una parte expresiva del pensamiento mundial, no son unánimes.

Hay quienes vislumbran en la práctica una perspectiva comunitaria al servicio del capitalismo o agendas globales en detrimento de la soberanía nacional. También se afirma que a través de ella las agendas mencionadas están avanzando vía el derecho interno, reemplazando y dejando en un segundo plano a las Cortes Transnacionales<sup>73</sup>, que no poseen fuerza suficiente para implementarlas.

La divergencia, tanto teórica como ideológica, justifica la observación de que el tema se ha convertido en un “punto de discordia entre progresistas y conservadores”<sup>74</sup>, entre el derecho externo y la verticalidad legiscéntrica o la anterioridad del precedente<sup>75</sup>. Y, dependiendo de la forma en que operen las interacciones

69. LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. p. 296.

70. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*. p. 114-122.

71. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*. p. 122-129.

72. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*. p. 132-135.

73. Acerca de: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional. Brazilian Journal of international Law*. Brasília, v. 09, n. 4, p. 169-199, 2012. Disponible en: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-productos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2013/interacoes-transjudiciais-e-transjudicialismo-sobre-a-linguagem-ironica-no-direito-internacional-juiz-ruitemberg-nunes-pereira> >. Consultado el 04 de febrero de 2021.

74. ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização*. p. 19. . Esta cita ha sido traducida del portugués al español.

75. ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização*. p. 72.

transjudiciales, en realidad pueden enfrentar complicaciones desde el punto de vista del Activismo Judicial.

Por estas razones, ya se ha observado que un intercambio transjudicial similar:

(...) condensa en sí las esperanzas más exageradas y los miedos más irracionales. Algunos lo ven como la etapa final de un 'gobierno de jueces', traspuesto a un nivel global, en detrimento de los intereses nacionales y la legitimidad democrática. Otros, por el contrario, vislumbran aquí el signo de un camino lento, pero seguro, hacia un derecho universal que, aunque aún no se ha realizado - estamos todavía lejos de él - constituiría, sin embargo, el horizonte de espera de una humanidad unida<sup>76</sup>.

En la percepción de los autores de este artículo, el avance de los Diálogos Transjudiciales es algo positivo, siempre que se produzca de forma juiciosa, técnica y equilibrada. Como ocurre con el derecho comparado<sup>77</sup>, las interacciones entre problemas y respuestas constitucionales, entre institutos jurídicos, derechos, clasificaciones, sistematizaciones, conceptos y otros permiten avances importantes en las investigaciones históricas y filosóficas del derecho. También sirven para el perfeccionamiento del derecho nacional, la mejora del régimen de las

relaciones internacionales<sup>78</sup> y la identificación de posibles tendencias en unificación del derecho a escalas continentales o globales<sup>79</sup>.

Todo el tema del trasplante también está latente a lo largo de la discusión. Se sabe que los principios, reglas, modelos, conceptos e instituciones "*that seem effective in other legal cultures may not transplant well to our own*"<sup>80</sup>. Es natural que, si cada sociedad tiene su propia cultura jurídica, un patrón de ideas, pensamientos y actitudes hacia la ley y las instituciones, no se pueda simplemente sacarlas de una sociedad y trasplantarlas a otra<sup>81</sup>. Sin embargo, tal obviedad no impide que las experiencias jurídicas de otros sistemas, institutos, principios o entendimientos establecidos en ellos migren y ayuden en la solución de problemas.

La mayoría de los ordenamientos comparte reglas básicas comunes<sup>82</sup>, especialmente de carácter genérico, desconectadas de las especificidades de las instituciones y principios, que interactúan, pueden ser transmitidos por mecanismos similares y tienen el efecto de fusionar aspectos de los diferentes sistemas positivos<sup>83</sup>. Esto es posible desde el momento en que el derecho se aprehende no tanto desde el punto de vista de los relativismos culturales, sino como

76. ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**. p. 9. . Esta cita ha sido traducida del portugués al español.

77. Es importante señalar que el derecho comparado no es simplemente un equivalente al uso del método científico comparativo. Es inadecuado entender que el derecho comparado no es más que una manera formal de investigar y describir el conocimiento aplicada al sector jurídico, entendiéndose que se ocupa, más que eso, de una rama o disciplina del derecho que se puede practicar con la utilización de varios métodos científicos y reemplaza la actividad de colación, prestandose a varios propósitos no exclusivos de ella.

78. FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775-776.

79. FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775-776.

80. RHODE, Deborah L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 39. Traducción libre: "que parecen eficaces en otras culturas jurídicas puede que no se transmitan bien a la nuestra".

81. FRIEDMAN, Lawrence M. Access to justice: social and historical context. In: CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John. **Access to justice**. v II. book I. : promising institutions. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 29.

82. BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 58.

83. MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 100.

ciencia<sup>84</sup> que, como la tecnología, la medicina y la química, exhibe unas máximas generales que cruzan libremente las fronteras<sup>85</sup>.

Sin embargo, los mencionados intercambios no pueden concebirse como un *free pass* para la fuga del derecho nacional, para la elección aleatoria de un derecho ajeno preferencial a los jueces o para prácticas similares, debiendo considerarse parámetros para que se desarrollen de forma legítima.

El tema que sigue contendrá una articulación entre la categoría del Activismo Judicial y los Diálogos Transjudiciales, en un intento de traer a la reflexión, con humildad científica, algunas pautas para que estas conversaciones sean científicas y eviten los problemas de legitimidad democrática propios de las prácticas judiciales activistas.

## ACTIVISMO Y DIÁLOGOS TRANSJUDICIALES: PARÁMETROS DE INTERACCIÓN

Para que las conversaciones transjudiciales asuman la científicidad y no se conviertan en un mero vehículo del Activismo a nivel interno, se pueden expresar algunas notas en un intento de llevar a la reflexión y sistematizar parámetros no taxativos.

Los Diálogos Transjudiciales no tienen como *hábitat* natural aquel mayor y más silencioso número de demandas diarias, cuyas decisiones se toman con urgencia, en improvisación, automatizadas, sin lujos ni preocupaciones teóricas<sup>86</sup>. Encuentran terreno fértil especialmente en los *hard cases* que son objeto de discusión pública u ofrecen

dificultades en la resolución fáctico-legal<sup>87</sup>.

Los casos difíciles son aquellos en los que, por el grado de incompletitud de los ordenamientos jurídicos o la incapacidad del legislador para anticipar todas las situaciones, no existe una solución jurídica clara en la ley o en los precedentes. En esas áreas grises, las interacciones transjudiciales pueden ayudar a producir decisiones compatibles con el derecho nacional y sintonizadas en todo el mundo. También tienen un potencial valioso en situaciones en las que el derecho nacional todavía es vacilante, no consolidado, dividido o incluso anacrónico, y puede encontrar un refugio seguro o modernizarse bajo focos exógenos.

En cualquiera de esas posibilidades, antes de que el derecho extranjero sea aceptado acriticamente, éste debe pasar por un proceso de decantación bajo el derecho nacional, convertirse al léxico jurídico interno<sup>88</sup> y someterse a un análisis cuidadoso sobre la compatibilidad entre principios, institutos, conceptos y clasificaciones gestados en familias jurídicas diferentes<sup>89</sup>. Significa que el derecho interno ilumina, guía y conduce interacciones con el derecho externo, en un proceso sinérgico y dialéctico.

Tal concepción, como puede verse, no es en modo alguno compatible con citas extranjeras superficiales o basada en *slogans* imprecisos, en las que un principio o instituto se utiliza como recurso retórico para, sin una contextualización coherente, justificar cualquier solución preferencial. Tampoco hay justificación para una importación *ad hoc*,

84. Acerca del derecho como ciencia: ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. 2 ed., rev. ampl. Curitiba: Prisma, 2014. p. 51.

85. FRIEDMAN, Lawrence M. Access do Justice: social and historical context. In: CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John. *Access to justice*. v II. book I. p. 29.

86. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*. p. 172.

87. ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Les Juges Dans La Mondialisation*. p. 24.

88. LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. p. 303.

89. SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. p.403-441.

discrecional y selectiva, apartada del sentido del ordenamiento. Sin descuidar los derechos transnacional e internacional a favor del nacionalismo radical, lo que se requiere es una auténtica conversación entre las fuentes basada en el derecho nacional. Una decisión judicial consistente debe impregnarse de toda esta conciencia, observando necesariamente, en términos de hecho y de derecho, un deber de fundamentación<sup>90</sup> que la legitime y le confiera racionalidad.

Son reflexiones o premisas generales, que permiten otras notas más específicas.

Una primera nota está vinculada a la determinación del derecho aplicable. Aún sin adherirse al formalismo jurídico y sin negar que las decisiones judiciales están influenciadas por factores empíricos, valores morales, consecuencias y razonamientos prácticos, es válido suponer que las decisiones judiciales estén determinadas principalmente por el derecho, entendido como un cuerpo de reglas aplicables por operaciones lógicas, como textos constitucionales o legislativos y precedentes judiciales. Ese conjunto de normas conserva el derecho nacional como fuente inmediata.

Las conversaciones transjudiciales no autorizan la utilización del derecho extranjero como puro y simple sustituto del derecho nacional en los casos de haber un derecho legislativo o jurisprudencial interno, pero la solución prevista en él le desagrada al juez o Tribunal. Las simpatías judiciales por las remisiones extranjeras huyen de las interacciones legítimas, y los diálogos no pueden reducirse a un pretexto para la importación de soluciones consideradas preferenciales en violación de las normas internas.

Esta afirmación se aplica a los dos significados del Activismo. Abarca tanto el desprendimiento referente al derecho nacional como la imposición, sin correspondencia en el ordenamiento interno, de acciones y omisiones a los demás Poderes para ejercer derechos importados. Reducir los diálogos transjudiciales a una mera opción de elegir el derecho extranjero es una expresión de Activismo Judicial.

Un segundo parámetro se deriva del primero y también avanza hacia una cuestión de método. La toma de la decisión judicial sigue un itinerario específico: parte de la verificación de los hechos para la valoración del derecho, construyéndose la solución a través de la fusión de dichos elementos. La interacción con sistemas externos ocurre como un elemento adicional en ese proceso cognitivo.

En el caso de las reglas, se aplica la lógica tradicional de subsumir el hecho a la norma, con la posible evaluación de reglas externas que, de alguna manera, puedan contribuir a la solución o fortalecerla. A la vista de los principios, se lleva a cabo un razonamiento más circular, mediante la atribución de un valor normativo a los hechos, procediéndose, además, a considerar la hipótesis de colisión<sup>91</sup>. La aplicación de los principios también puede implicar la fertilización con normas principiológicas y estudios dogmáticos extranjeros. En cuanto a los precedentes, las interacciones entre tribunales nacionales y extranjeros deberán seguir el razonamiento analógico, comparándose si las razones determinantes (*ratio decidendi*) y las proposiciones de derecho que animan las decisiones y los casos tienen paralelismos suficientes para justificar una misma decisión.

90. La exigencia de razonamiento aumenta la calidad de las decisiones y reduce la discrecionalidad de los agentes públicos. También actúa como vehículo de transparencia. Acerca de: SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on The Supreme Court. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 31.

91. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Original: *Il Diritto Mitte: legge, diritti, giustizia*. p. 134 e 125.

Luego llégase al núcleo de este segundo punto: los coloquios transjudiciales no pueden invertir el rumbo, los polos y los métodos de toma de decisiones. No es factible que el derecho extranjero sirva como punto de partida o fuente inmediata para que, con base en él, se pueda justificar retroactivamente la decisión interna. La mirada dirigida a un derecho externo a ser acriticamente importado, sin una ruta que parta de fuentes domésticas y establezca diálogos y adaptaciones con base en ellas, se muestra una forma ilegítima de aplicación, configurando Activismo Judicial. Asimismo, no es factible que las interacciones con el derecho extranjero ignoren las técnicas de aplicación de reglas, principios y precedentes, reduciéndose a actos de voluntad.

También hay una tercera nota, que trata de variadas cuestiones. A veces, el derecho extranjero no se lleva al campo con el propósito de mejorar la solución, sino como una mera “prueba de erudición”<sup>92</sup>. En otras, se lo cita como un fin en sí mismo, un argumento de autoridad<sup>93</sup> empleada para reducir el deber de exponer las razones. Y siempre existe el riesgo de que la práctica sirva como instrumento de colonialismo en la cultura jurídica o de bravuconería en desmedro del orden jurídico nacional<sup>94</sup>.

Todas esas son formas inapropiadas de utilizar los Diálogos Transjudiciales, ya que contravienen a los propósitos reales que los justifican. Más que inadecuadas, esas prácticas podrán resultar activistas si, dados los criterios ya estudiados, implican la importación de soluciones descontextualizadas, una mera opción por el derecho extranjero, la creación de un

derecho disociado del ordenamiento interno, el establecimiento de relaciones entre los Poderes que no se encajan en los arreglos constitucionales nacionales, entre otras configuraciones.

Para concluir, es importante destacar que los intercambios entre Cortes y jueces de todo el mundo son un fenómeno relativamente reciente, rico y lleno de complejidades. Cabe a la doctrina y la jurisprudencia, poco a poco, articularlas con los desafíos actuales de la Ciencia Jurídica, incluido el Activismo Judicial, desarrollando parámetros que les den balizas, sustento y legitimidad. Esta es la intención de este artículo.

## CONSIDERACIONES FINALES

El Activismo Judicial y los Diálogos Transjudiciales son temas técnicos, tanto como complejos y controvertidos. En cierto punto se tocan y empiezan a exigir, por parte de las Ciencias Jurídicas, un desarrollo articulado. Describir, conceptualizar y combinar tales categorías es fundamental para la construcción de parámetros que otorguen científicidad y legitimidad democrática a las interacciones transjudiciales.

El Activismo Judicial se puede conceptualizar como una actitud jurisdiccional de tendencias transformadoras que se manifiestan (*stricto sensu*), de manera conjunta o aislada, en el (i) ámbito interpretativo, de aplicación u operacional, a través de un fuerte voluntarismo en la creación del derecho en detrimento de la legislación, de precedentes o estándares legales en general, e (ii) institucional o relacional, a través de una injerencia más directa en las atribuciones de los demás

92. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. p. 198. . Esta cita ha sido traducida del portugués al español.

93. LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. p. 293.

94. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. p. 199 e 210.

Poderes. En ambas situaciones, los jueces tienen un rol que va más allá de la visión clásica de aplicar el derecho a las disputas subjetivas o normativas y moderar los excesos de otros poderes. Existen innumerables dimensiones prácticas y variados puntos de vista sobre el tema.

Por otro lado, los Diálogos Transjudiciales están creciendo en el ámbito de un Derecho cada vez más Transnacional, estudiándose en doctrinas como el Transconstitucionalismo y el Transjudicialismo. Se pueden resumir en los intercambios que los jueces y Tribunales realizan en todo el mundo, en la búsqueda, especialmente ante los *hard cases*, de respuestas similares a problemas comunes. Así, provocan todo tipo de interacciones entre ordenamientos jurídicos que gravitan en diferentes ejes, pero revelan convergencias, acoplamientos y afinidades. Al igual que el Activismo, plantean numerosas indagaciones sobre si encajan y, de ser así, cómo y en qué medida deben ocurrir.

La articulación entre esas categorías permite traer ciertas notas a la reflexión, en un intento por construir parámetros no taxativos sujetos a un continuo desarrollo.

Para estos fines, es importante establecer la premisa de que los diálogos entre jueces y Cortes no tienen como *hábitat* natural las situaciones rutinarias y fáciles de resolver. Se prestan, en particular, a ayudar al Poder Judicial a construir respuestas adecuadas en situaciones en las que el derecho nacional es turbio, es decir, no dispone de una solución jurídica clara, y también puede contribuir en los casos en que tal derecho es lagunoso, vacilante o anacrónico.

Especialmente en esas hipótesis de turbidez, laguna, vacilación o anacronismo, las interacciones transjudiciales permiten producirse decisiones sólidas, modernizadas, compatibles con el derecho nacional y afinadas en todo el mundo. Esto sucede a través de

un proceso de decantación y adecuación de otras fuentes al derecho interno, realizándose un cuidadoso análisis de compatibilidad entre principios, institutos, conceptos y clasificaciones manejados en diferentes sistemas o familias jurídicas. Significa que el derecho interno ilumina, orienta y conduce los diálogos con el derecho externo, en un proceso sinérgico y dialéctico.

Esto da como resultado algunas variables. La determinación del derecho aplicable no puede reducirse a un mero acto de elección del derecho externo. Las interacciones entre Jueces y Tribunales deben prestar atención a los métodos de aplicación de reglas, principios y precedentes. Se debe evitar el uso de coloquios fuera de su legítimo propósito, así como cualquier tipo de práctica que implique, en general, la importación de soluciones descontextualizadas, la creación de un derecho disociado del ordenamiento interno, el establecimiento de relaciones entre los Poderes que no se encuadren en los arreglos constitucionales nacionales, entre otras posibilidades activistas. Una decisión transjudicial consistente debe impregnarse de toda esa conciencia, observando, necesariamente, en términos de hechos y de derecho, un deber de razonamiento que la legitime y le dé racionalidad.

El tema es reciente y aún recorrerá numerosos capítulos de la historia. Este artículo pretende servir como una contribución al asunto.

## REFERENCIAS

- ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. 7a ed. Franco Angeli: Milano, 2008.
- ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Les Juges Dans La Mondialisation*.
- ALLAN, James. Judicial activism: vanity of vanities. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and european experiences. Ius Gentium, Vol. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 71-88.
- BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**. v. 1, n. 4, p. 1-24, 2009. Disponible en: < <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488> >. Consultado el 3 de febrero de 2021.
- \_\_\_\_\_; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul. v. 3, n. 53, p. 51-66, set/dez 2017. Disponible en: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11371/6969> >. Consultado el 3 de febrero de 2021.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** (direito comparado). 2ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Editora Meridiano Ltda. Título original: *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*.
- DELOLMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de direito internacional privado**. 12ªed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775-803.
- FREITAS, Lourenço Vilhena de. The judicial activism of the european court of justice. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and european experiences. Ius Gentium, V. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 173-180.
- FRIEDMAN, Lawrence M. Access to justice: social and historical context. In: CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John. **Access to justice**. v II. book I: promising institutions. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 03-36.
- \_\_\_\_\_. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Traducción de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Gardien des Promesses*.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität and geltung. beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen*.
- JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Editora Fundo de Cultura, 1965. Título original: *Transnational law*.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**. v. 92, n. 5, p. 1.441-1.478, october 2004.

KOH, Harold Hongju. Transnational legal process (1996). **Faculty Scholarship Series**. Paper 2096. Disponible en: < [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096/) >. Consultado el 18 de agosto de 2020.

KURLAND, Philip. B. Government by judiciary. **University of Arkansas at Little Rock Journal**. v. 2. n. 307. p. 307-322, 1979.

LA TORRE, Massimo. Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and European experiences**. Ius Gentium, Vol. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Traducción de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Methodenlehre der rechtswissenschaft*.

LAWRENCE A., Alexander. Judicial activism: clearing the air and the head. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences**. Ius Gentium, V. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 15-21.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**. UNIVALI. Itajaí. V. 4, n. 3, p. 293-313, 3º quadrimestre de 2009. Disponible en: < [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) >. Consultado el 04 de febrero de 2021.

MASTITZ, Anna; PEDERZOLI, Patricia. Training the legal professions in Italy, France and Germany. In: In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 155-180. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5ed, rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa** (on line). Editora Melhoramentos Ltda, 2018. Disponible en: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/> >. Consultado el 21 de agosto de 2018.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, enero./marzo. 2014.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVIERO, Maurizio. Costituzione, crisi della democrazia e populismi. In: ROSA, Alexandre Morais da; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; e BONISSONI, Natammy. **Para além do estado nacional: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz**. Florianópolis: Emais, 2018. p. 275-292.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**. *Brazilian Journal of international Law*. Brasília, v. 09, n. 4, p. 169-199, 2012. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2013/interacoes-transjudiciais-e-transjudicialismo-sobre-a-linguagem-ironica-no-direito-internacional-juiz-ruitemberg-nunes-pereira>>. Consultado el 04 de febrero de 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RHODE, Deborah L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004.

RODOTÀ, Stefano. Magistratura e politica in Italia. In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica**. Milano: Giangiacomo Feltrinelli editore, 1996. p.17-30.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. New Haven: Yale University Press, 2006.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre *civil law* e *common law***. 2019. 509f. Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas. Departamento del Centro de Educación de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Universidad del Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2014. *Dottorato di Ricerca. Università Degli Studi di Perugia* - UNIPG. Disponible en: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf>>. Consultado el: 06 de julio de 2020.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**. v. XXXV, n. 1, p. 73-80 e 201-212, january/1947.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 99-137, 1994. Disponible en: <<https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/>>. Consultado el 04 de febrero de 2021.

SHAPIRO, Martin. The success of judicial review and democracy. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 149-183.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on The Supreme Court**. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Original: *Il Diritto Mitte: legge, diritti, giustizia*.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed., rev. ampl. Curitiba: Prismas, 2014.