



CONSTITUCIONALISMO COSTARRICENSE

Libro en homenaje al
Prof. Rubén Hernández Valle

Aldo Milano Sánchez
Anamari Garro Vargas
César Hines Céspedes
Eric Briones Briones
Ernesto Jinesta Lobo
Fernando Castillo Víquez
Fernando Cruz Castro
Francisco Campos Zamora
Haideer Miranda Bonilla

Ingrid Hess Herrera
Manuel Ventura Robles
María Lourdes Echandi Gurdíán
Marvin Carvajal Pérez
Mauro Murillo Arias
Olman Rodríguez Loaiza
Román A. Navarro Fallas
Sergio Artavia Barrantes
Víctor Orozco Solano



EDITORIAL
JURICENTRO

DIÁLOGO JUDICIAL INTERAMERICANO: UNA VISIÓN TEÓRICO PRÁCTICA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El diálogo judicial en la protección multinivel de los derechos fundamentales. 2.1. Tipologías. 2.1.1. Diálogo horizontal. 2.1.2. Diálogo vertical. 2.1.3. Otros tipos. 2.2. Características. 2.2.1. Obligatorio o Facultativo. 2.2.2. Bi, tri o multidireccional. 2.2.3. Explícito o implícito. 2.2.4. Existencia conflictos y desacuerdos. 3. La relación entre la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.1. La utilización de jurisprudencia convencional interamericana por la Sala Constitucional. 4. La utilización de jurisprudencia de la Sala Constitucional por la Corte IDH. 5. Tensiones y conflictos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Haideer Miranda Bonilla*

1. Introducción

En el presente estudio se analiza la noción de *judicial dialogue* en el ámbito de la protección multinivel de los derechos fundamentales en América Latina¹. En particular se estudiarán las diferentes tipologías, características y elementos fundamentales de este fenómeno con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia más relevante en la materia. Posteriormente se analizará la relación que existe entre la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH-, es decir entre las “Cortes de

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia aprobando su tesis Doctoral con mención de *sobresaliente cum laude*. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional, Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derechos de la Universidad de Costa Rica (UCR) www.derechocomunitario.ucr.ac.cr.

** El presente trabajo rinde homenaje al profesor y *giurista* Rubén Hernández Valle por su vasta trayectoria académica a nivel nacional e internacional en el ámbito del derecho constitucional y los derechos humanos cuyo legado para las generaciones futuras es indiscutible.

*** Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

¹ En el presente estudio se utilizarán los términos diálogo entre cortes o tribunales, jurisprudencial, jurisdiccional o *judicial dialogue* como sinónimos.

San José”², en particular a través de la jerarquía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno, la utilización de jurisprudencia convencional interamericana por parte de la Sala Constitucional y el fenómeno *inverso*, así como el conflicto que generó entre ambos órganos jurisdiccionales la sentencia en el caso Artavia Murillo a fin de determinar la existencia o no de un diálogo judicial.

2. El diálogo judicial en la protección multinivel de los derechos fundamentales

Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de «derecho constitucional global» habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos» o bien la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al derecho internacional y de sentencias de otras Cortes Constitucionales³. Este fenómeno se ha verificado a nivel internacional en las sentencias de órganos regionales de protección como la Corte IDH y su homólogo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El progresivo aumento que viene reconocido al derecho extranjero y a la comparación jurídica por parte de la jurisprudencia no solo interna, sino internacional y supranacional, pone en evidencia el así denominado «diálogo judicial»⁴. En esta materia se debe distinguir

² HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *Diálogo entre las Cortes en Costa Rica*, p. 835 – 858. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coord.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

³ Entre los múltiples estudios de derecho constitucional comparado que surgieron en esa época se puede mencionar: L’HEUREUX –DUBE C. *The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*. En *Harvard Law Journal*, 2001, p. 2049 ss. SLAUGHTER A. *Global Community of Courts*. En *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 191 ss.

⁴ Sobre el así denominado «diálogo judicial» existe una basta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: CARTABIA Marta. “*Taking dialogue seriously*” *The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union*. En Jean Monnet working papers, número 2/2007. ID. *La Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile, Ed. Giuffrè, Milano, 2008. CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Ed. Einaudi, Torino 2009. ID. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*. Ed. Donzelli, Roma, 2009. COSIO Roberto, FLOGIA Raffaele (a cura di) *Il diritto europeo nel dialogo tra corti*. Ed. Giuffrè, Milano, 2013. DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed. Il Mulino, Bolonia, 2010. ID. *Il dialogo transazionale tra le corti*. Ed. Scientifica, Napoli, 2010. FRAGOLA Massimo (a cura di). *La Cooperazione fra Corti nella tutela dei diritti fondamentali in Europa*. Ed. Scientifica, Napoli, 2011. GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012. GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri*

entre el «diálogo horizontal» y el «diálogo vertical». El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales o a nivel internacional entre la Corte IDH y sus homólogos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Africana de Derechos Humanos. A este propósito, se encuentran ordenamientos demuestran una apertura en la utilización del derecho comparado y la jurisprudencia de Tribunales Internacionales como la Corte Constitucional Sudafricana y en sentido opuesto, casos de ordenamientos donde esta apertura es muy limitada, como la Corte Suprema de los Estados Unidos⁵. El segundo fenómeno, así denominado diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre jurisdicciones nacionales, internacionales o supranacionales pudiéndose llevar a cabo de arriba hacia abajo o viceversa. En este ámbito se estudia la relación que existe entre las Cortes o Tribunales Constitucionales y la Corte IDH en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección. Por su parte, en el ámbito de la tutela multinivel en Europa se analiza la relación de las jurisdicciones constitucionales con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a nivel supranacional con la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.).

En el ámbito de los derechos fundamentales se puede establecer la existencia de un espacio cultural común que permite instituir los presupuestos para establecer la existencia de un diálogo judicial⁶. En este sentido, el éxito del diálogo judicial se debe a varios factores: 1) la globalización de las fuentes normativas; 2) la internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados, motivo por el cual existe un *costituzionalismo multinivel*; 3) la existencia de problemáticas comunes⁷. En relación al último de los elementos se puede

da parte delle Corti costituzionali. En Revista Quaderni Costituzionali, número 11, Ed. Il Mulino, Bolonia, 2011. MIRANDA BONILLA Haideer. *Diálogo Judicial Interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2016. PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuella. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004. PIZZORUSO Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008. ID. *Fonti del diritto. Disposizioni preliminari*. Ed. Zanichelli, Bolonia 2011. ZAGREBELSKY Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Ed. Il Mulino, Bolonia, 2008.

⁵ GROPPi Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*. En Revista Quaderni Costituzionali, número 11, Ed. Il Mulino, Bolonia, 2011.

⁶ ZAGREBELSKY Gustavo. Discurso pronunciado en la conmemoración de los 50 años de actividad de la Corte Constitucional Italiana. En www.cortecostituzionale.it

⁷ Esta temática fue ampliamente tratada por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Dialogo tra le Corti» en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012.

mencionar la tutela del ambiente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, temáticas relacionadas con la bioética como la eutanasia, el inicio y fin de la vida, símbolos religiosos, terrorismo internacional, derechos de los inmigrantes, el surgimiento de nuevos derechos ligados con las nuevas tecnologías como el derecho de acceso a internet que están presentes en todas las latitudes y a las cuáles las jurisdicciones nacionales e internacionales han tenido que dar respuestas que no son uniformes en todas las latitudes. En este sentido, la jurisprudencia de un determinado órgano de justicia constitucional, convencional o supraconstitucional puede estimular la reacción en otros ordenamientos quienes pueden dar una solución idéntica, similar o diferente a una misma problemática, lo que evidencia la influencia que puede existir entre jurisdicciones y el peso que actualmente tiene el derecho comparado⁸.

En estricto *sensu*, el término «diálogo judicial» viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia. Al respecto, es muy útil la distinción entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo⁹. Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. En este sentido, el diálogo debe ser entendido como un procesos de interacción y relaciones recíprocas. Por otra parte, puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos¹⁰, así como entre la doctrina como lo reflejan recientes estudios¹¹, sin embargo,

⁸ La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo. Lo anterior, sin dejar de lado el carácter jurisprudencial. En DE VERGOTTINI Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Ed. CEDAM, 2013, p. 52.

⁹ DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed., Il Mulino, Bolonia, 2010, p. 10.

¹⁰ SCAFFARDI Lucia. *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*. Ed. Jovene, Napoli, 2011.

¹¹ PEGORARO Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos, jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*, p. 34 – 80. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coord.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

el objeto de nuestro estudio se enfocará a la circulación del derecho a través de la actividad interpretativa de los jueces.

En los últimos años, el intercambio de experiencias viene focalizado en la utilización y citación por parte de las cortes de materiales normativos y jurisprudenciales externos a sus ordenamientos. La experiencia más relevante de apertura en la utilización del derecho comparado es quizá el artículo 39 inc. 1) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996) que dispone “*Interpretación de la Declaración de Derechos. Al interpretar la Declaración de Derechos, el tribunal o foro deberá: (a) promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; (b) considerar la legislación internacional vigente; y (c) considerar las leyes extranjeras*”. Con base en ello, la Corte Constitucional Sudafricana ha utilizado con bastante frecuencia sentencias del Tribunal Federal Constitucional Alemán en donde ha desarrollado temática como la dignidad humana y el principio de proporcionalidad, así como jurisprudencia de las Cortes Supremas de los Estados Unidos, Canadá y Australia¹².

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con su carga de historia y de autoridad ha mostrado una actitud «front indifferent to hostile» a la citación del derecho extranjero¹³. A lo interno de la Corte Suprema, se encuentran aquellos jueces que condenan cualquier referencia al derecho extranjero, en particular modo el *ex* juez Antonin Scalia para quien el método idóneo para interpretar la Constitución es el originalista, motivo por el cual el derecho comparado no tiene ninguna utilidad en la labor de un tribunal constitucional o supremo. Esa posición incluso encontró apoyo político en el 2004 en la House of Representative y en el 2005 en el Senado, donde los republicanos tentaron de aprobar incluso una resolución que prohibiera a los jueces de la Corte Suprema la citación de derecho extranjero.

PEGORARO Lucio, FIGUEROA MEJÍA Giovanni. Profesores y Jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica. Suprema Corte de la Nación, Ciudad de México, 2016.

¹² LOLLINI Andrea. *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, p. 453 ss. En *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007.

¹³ GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En *Rivista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bolonia, 2011.

Lo anterior evidencia como ciertos tribunales demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y extranjero y por lo tanto, a «dialogar» con otras jurisdicciones y por el contrario hay jurisdicciones bastante reticentes o tímidas a ese fenómeno. En este sentido, el constitucionalista italiano *DE VERGOTTINI* diferencia una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación, y por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos¹⁴.

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos, el diálogo horizontal y vertical adquiere particular importancia, a fin de determinar la existencia de una comunicación judicial para lo cual es fundamental el estudio de la *praxis* jurisprudencial. A los jueces constitucionales e internacionales les corresponde interpretar cartas constitucionales en «sentido material» conformadas por principios generales, valores y derechos a los cuales hay que darles contenidos¹⁵. En este sentido, el presente estudio pretende establecer las diferentes tipologías, características y elementos fundamentales del diálogo judicial con fundamento en la doctrina para posteriormente analizar si en la interacción entre la Sala Constitucional y la Corte IDH se puede establecer la existencia de un diálogo judicial.

2.1. Tipologías

En el presente *apéndice* se analizarán los diferentes tipos de diálogo judicial que se han individualizado.

¹⁴ DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., p. 128 ss.

¹⁵ TORRES Aida. *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranacional adjudication*. Ed. Oxford University Press, 2009, p. 95 ss. Para la Autora una de las bases de las que arranca la idea de diálogo en sus construcciones anglosajonas es que en el universo de los derechos, no existen verdades absolutas sino un debate abierto conformado por sucesivas aproximaciones relativas sobre casos concretos. Ningún tribunal es plenamente señor de la interpretación de uno derecho por su misma naturaleza universal. El trabajo en red resulta en buena lógica necesario aunque no venga normativo impuesto.

2.1.1. Diálogo horizontal

El «diálogo horizontal» se desarrolla entre órganos de un mismo nivel. Así por ejemplo es aquel que podría llevarse a cabo entre Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales. Además tiene un carácter discrecional, pues no existe ninguna obligación normativa que lo exija¹⁶. A este propósito se encuentran ordenamientos que demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y la jurisprudencia de tribunales internacionales como el artículo 39 de la Corte Constitucional Sudafricana y en sentido inverso, casos de ordenamientos donde esta apertura es limitada, como ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por otra parte, esa comunicación judicial se puede dar entre órganos de justicia constitucional de carácter «convencional» como por ejemplo entre la Corte IDH y sus homólogos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos, así como en el ámbito «supranacional» como por ejemplo entre la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.) y la Corte Centroamericana de Justicia en el ámbito del Sistema de Integración Centroamericana (SICA).

A diferencia de lo que sucede respecto de la jurisprudencia de los tribunales de ordenamientos -convencionales y supranacionales- que tienen alcance vinculante para los tribunales estatales, la jurisprudencia extranjera no es vinculante. Dejando de lado el fenómeno con seguridad presente de la influencia recíproca entre los ordenamientos y, en particular, entre las jurisprudencias de los respectivos tribunales vinculada al clima cultural en que los mismos están sumergidos, un tribunal estatal es en principio completamente autosuficiente respecto de cualquier otro Estado¹⁷. Ello conlleva a que el operador jurídico tenga un amplio margen de discrecionalidad en la utilización del método comparado y del

¹⁶ En particular, sobre el tema existe un gran cantidad de estudios: ALPA Guido (coord.). *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell'interpretazione giuridica*. Ed. Giuffrè, Milano, 2006. BRITO Rodrigo. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*, pp. 3 – 22. En Revista para el Análisis del Derecho. MARKESINIS Basil, FEDTKE Joerg. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Ed. Il Mulino, Bologna, 2006. GROPPI Tania, PONTTHOREAU M.C. *The use of foreign precedent by constitutional judges*. Ed. Hart Oxford, 2013.

¹⁷ DE VERGOTTINI Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., p. 43.

derecho extranjero y puede incluso utilizar jurisprudencia de ordenamientos con un modelo de justicia constitucional diferente o incluso de *common law*.

Las ideas constitucionales circulan también a través de las sentencias judiciales. Es evidente que muchas veces para conocer de manera adecuada un determinado ordenamiento, es necesario tomar en cuenta lo que ha sucedido más allá de las fronteras en que éste se aplica¹⁸. Ello se convierte en uno de los factores que evidencian la importancia del método comparado. Así, por ejemplo se puede mencionar la gran difusión que ha tenido la construcción jurisprudencial del principio de proporcionalidad desarrollada por el Tribunal Federal Constitucional Alemán en la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales en América Latina¹⁹. Además, la utilización de la resolución número 580 del 10 de junio del 2009 del Consejo Constitucional Francés por parte de la Sala Constitucional de Costa Rica para determinar en la sentencia número 10627 del 2010 que el acceso a internet es un derecho fundamental²⁰. Al respecto, se cuestiona si esa tendencia ha sido realmente bidireccional, máxime si se toma en cuenta que diversos estudios demuestran que el Tribunal Constitucional Alemán y el Consejo Constitucional Francés hacen muy poca referencia en sus sentencias al derecho extranjero²¹. Lo anterior, evidencia, por un lado la complejidad de un fenómeno que va ligado al impacto que ha tenido la globalización en el ámbito jurídico²² y por otra parte la discrecionalidad que tiene el juez constitucional en la escogencia y la forma en que aplicará la jurisprudencia extranjera seleccionada «en particular si la utilizará para reforzar un argumento que verdaderamente influirá en la *ratio decidendi*» y como influyen en esta temática «factores extra sistémicos» como el idioma, la cultura y la formación jurídica de los jueces, la tecnología y la existencia de bases de datos, en donde las sentencias se encuentran

¹⁸ PIZZORUSSO Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. 2da. edición, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, p. 154.

¹⁹ HARTWIG Mattias. *La proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*, p. 781 – 791. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

²⁰ MIRANDA BONILLA HAIDEER. *El acceso a internet como nuevo derecho fundamental*. En Revista IUS Doctrina. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, número 15, diciembre 2016.

²¹ BRITO Rodrigo. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*, op. cit., p. 18. Además, se puede consultar. CARPENTIER Elice. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional Francés*. En Revista Estudios Constitucionales, volumen 7, número 2, Santiago de Chile, 2009.

²² PIZZORUSSO Alessandro. *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

sistematizadas por temas, así como la realización de seminarios, conferencias y encuentros entre Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales de gran utilidad para el intercambio de experiencias y jurisprudencia.

En el ámbito horizontal, se puede mencionar como a pesar de ese carácter discrecional, la Sala Constitucional utiliza con cierta frecuencia en la resolución de casos, en particular modo con cierta complejidad, sentencias de otros órganos de justicia constitucional como el Tribunal Federal Constitucional Alemán, la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Español, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana. Por otra parte se constata como sentencias de la Sala Constitucional han sido utilizada por la Corte Constitucional Colombiana lo que evidencia el surgimiento de un *judicial dialogue* entre ambas jurisdicciones²³.

Por otra parte, en esta temática recientes estudios evidencian el diálogo que se acrecienta cada vez más entre la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya no tiene un carácter unidireccional, sino cada vez más bidireccional²⁴. En este sentido, la Corte de San José desde sus primeros años de funciones, ha utilizado con bastante frecuencia, la jurisprudencia de su homólogo el Tribunal Europeo DH y en sentido inverso, se constata éste último utiliza con mayor frecuencia, la jurisprudencia interamericana por ejemplo aquella en materia de desapariciones forzadas.

2.1.2. Diálogo vertical

²³ MIRANDA BONILLA Haideer. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*, pp. 257 – 284. En Revista Judicial, número 20, enero de 2017. Ed. Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

²⁴ En particular, se puede consultar los recientes estudios: GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Ed. Civitas, Madrid, 2012. GROPPI Tania, LECIS COCCO ORTU Anna María. *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*. En Revista de Derecho Político, número 91, 2014, pp. 184 – 230, Madrid, España.

El «diálogo vertical» es aquel llevado a cabo entre jurisdicciones con diferente jerarquía, es decir, aquel que se presenta en la interacción entre cortes nacionales y jurisdicciones convencionales o supranacionales, pudiendo ser descendente «top down» o ascendente «bottom up». En este ámbito que se estudia como las Cortes o Tribunales Constitucionales toman en consideración los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y jurisprudencia de los órganos convencionales de protección como por ejemplo, la Corte IDH y a nivel supranacional la Corte de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, en el interior del ordenamiento de una organización supranacional, en el que están presentes, juntos a los tribunales estatales, tribunales previstos por un tratado internacional, a los que se concede más o menos incisivas competencias de intervención, las relaciones entre jurisprudencias son necesarias y es inevitable aclarar los espacios recíprocos de intervención²⁵. En este sentido, la utilización del derecho extranjero conformado por el parámetro de «convencionalidad o comunitariedad», ya no es una potestad discrecional para el juez nacional, pues esa omisión puede conllevar la responsabilidad internacional del Estado.

La relación entre jurisdicciones en Europa se lleva a cabo en el ámbito de la «tutela multivel de los derechos fundamentales». En primer lugar se tiene la dimensión supranacional caracterizada por un ordenamiento *sui generis* como lo es la Unión Europea, en donde la integración entre juez nacional y juez comunitario encuentra un canal privilegiado de comunicación a través del reenvío prejudicial previsto en el artículo 267 del Tratado de la Unión Europea (*ex* artículo 234 del Tratado C.E.E.), En este sentido, si el juez nacional tiene serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria, puede plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea, siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces²⁶. El procedimiento prejudicial facilita la cooperación activa entre los

²⁵ DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., p. 41.

²⁶ Sobre el mecanismo de la cuestión o reenvío prejudicial que lleva a cabo el juez nacional ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.), se puede consultar, GIOVANETTI Tommaso. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia*, p. 4. En PASSAGLIA Paolo. Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana.

órganos jurisdiccionales nacionales y la Corte de Justicia U.E. y la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo jurisdiccional por excelencia.

Por otra parte, se presenta la dimensión internacional/convencional caracterizada por la relación entre la jurisdicción nacional y la Corte IDH a quien le corresponde determinar las posibles violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de un Estado que ha aceptado la competencia contenciosa y es parte de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.). En este ámbito de relaciones, no existe un canal de cooperación como el reenvío prejudicial en sede comunitaria, motivo por el cual a futuro se podría crear una «cuestión de convencionalidad» que pueda plantear bajo criterios previamente establecidos el juez nacional ante la Corte IDH²⁷ cuando tenga dudas sobre la interpretación y validez de alguna norma que integra el parámetro de convencionalidad. El diálogo entre ordenamientos en el espacio convencional se ha desarrollado a partir del rango o jerarquía que se le concede a la Convención Americana, a la utilización por parte de las jurisdicciones constitucional de la jurisprudencia de la Corte IDH y viceversa. En este ámbito, la utilización del derecho convencional no es discrecional para el juez nacional, pues es un tema relacionado con los efectos que tienen las sentencias de la Corte IDH en los ordenamientos.

2.1.3. Otro tipos

Por otra parte, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales o viceversa. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia

²⁷ En el ámbito del Sistema Europeo de Derechos Humanos esa posibilidad se encuentra planteada en la Declaración de Brighton.

extranjera²⁸. Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel²⁹.

2.2. Características

2.2.1. Bi, tri o multidireccional

El diálogo judicial tanto vertical como horizontal requiere la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Ello por supuesto puede extenderse a un ámbito tri o multidimensional. Es necesario que exista una reciprocidad en la interacción, es decir, que la jurisprudencia de una determinada Corte o Tribunal Constitucional sea utilizada por otra jurisdicción constitucional o supranacional y viceversa, pues de no ser así únicamente existiría una influencia unidireccional, es decir, un monólogo. Lo anterior, puede ser evidenciado como un ejemplo. La Sala Constitucional ha utilizado sentencias de la Corte Constitucional Colombiana para destacar la importancia de la pensión por viudez, la protección al testigo o víctima en los procesos penales, la noción de mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna en relación a la proporcionalidad de los montos de las multas de tránsito, la definición de acto discriminatorio y el principio de principio de democracia participativa, las cuales en la mayoría de los casos tuvieron incidencia en el proceso decisonal al que se llegó. Por otra parte, se evidencia en sentido inverso como la jurisprudencia de la Sala Constitucional que reconoció el derecho al agua como derecho humano ha sido utilizada por la Corte Constitucional Colombiana³⁰. Lo anterior evidencia el carácter bidireccional que permite establecer la existencia de un diálogo judicial entre ambas jurisdicciones.

2.2.2. Interacción

²⁸ En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

²⁹ BURGORGUE LARSEN Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA.VV. Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.

³⁰ MIRANDA BONILLA Haideer. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*. En Revista Judicial, número 20, enero de 2017. Ed. Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

Al respecto, es muy útil la distinción entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de una interacción, parece sensato recurrir al tema del diálogo³¹. En este sentido, se presentan una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación, y por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos³².

2.2.3. Explícito o implícito

El diálogo puede ser explícito cuando se cita expresamente en la motivación de la resolución la sentencia extranjera. Por el contrario, es implícito cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia extranjera³³. Lo anterior, presenta la dificultad de individualizar la proveniencia de la referencia.

2.2.4. Existencia de conflictos y desacuerdos

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales e internacionales un círculo de cooperación o influencia recíproca que se mueve en una lógica compleja, pues no está ajena a desacuerdos y conflictos. Los enfrentamientos judiciales siguen siendo frecuentes en la vida del ordenamiento jurídico caracterizado por un *constitucionalismo multinivel* de normas y garantías en la protección de los derechos

³¹ Esa distinción es propia del profesor Giuseppe De Vergottini y fue desarrollada en el seminario “*Diálogo entre Tribunales en Europa: una visión teórico práctica*” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 21 y 22 de marzo del dos mil trece. Lo anterior bajo la coordinación de la Dra. Argelia Queralt (Directora) y el Dr. Migue Pérez Moneo (Coordinador).

³² DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., p. 128 ss.

³³ En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

fundamentales³⁴. Esto es coherente con las explicaciones dadas por los estudiosos interesados en los conflictos: a pesar de que los agentes que operan en este campo ahora comparten la necesidad de respetar los bienes constitucionales (los derechos fundamentales) concebidos como fundamentales por la jurisprudencia de los varios niveles, siempre es posible tener discrepancias interpretativas³⁵.

En este sentido, la relación entre los diferentes ordenamientos en un escenario multinivel no esta ajena a tensiones y conflictos lo importante es que esas diferencias nunca se transforme en una «guerra entre cortes»³⁶. En sentido «amplio» la noción de diálogo judicial puede conducir tanto al acuerdo como a la oposición. Al respecto, es muy útil en el ámbito del *judicial dialogue* la clasificación realizada por DE MARTINICO entre “desobediencia funcional” y “desobediencia “negativa”. El concepto de desobediencia funcional fue desarrollado por los estudiosos de la teoría de la organización y gerencia empresarial. Queriendo partir de una definición, se podría decir que la desobediencia funcional “is a response to explicit or implicit instructions from above that are interpreted as requiring one to engage in some unsavory practice”³⁷. Como se puede notar se trata de una desobediencia “calificada”, o bien, debida a razones particulares, y no, entonces, a un fin en si mismo. Aplicándola a nuestro contexto se podría decir que un juez nacional es protagonista de un acto de desobediencia funcional cuando decide de no seguir (“declines to follow”) la solución derivada de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, desobedeciendo, en efecto, sobre la base de una serie de argumentos tendientes a inducir a la Corte EDH a una interpretación diferente de aquella precedentemente establecida (porque poco respetuosa del margen de apreciación nacional, o porque se fundamenta en una errónea reconstrucción del “consenso”. Actos de desobediencia funcional dan origen de desacuerdos

³⁴ MIRANDA BONILLA Haideer. *Diálogo Judicial Interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2016.

³⁵ En MARTINICO Giuseppe. *La autonomía del derecho de la Unión Europea: una celebración conjunta de Kadi II y Van Gend en Loos*. En Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 119 mayo – junio del 2016, San José.

³⁶ CAMPANELLI Giuseppe. *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*. Ed. Giappichelli, Torino, 2005.

³⁷ BRIEF – BUTTRAM – DUKERIC. Collective Corruption in the Corporative World: Towards a Process Model, in TURNER (ed.), *Groups at Work: Theory and Research*, Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, NJ, 2001, p. 471 s. p. 492. Citado por MARTINICO Giuseppe. *Corti Costituzionali (o Suprema) e “Disobbedienza funzionale”*, p. 306

interpretativos (conflictos) que se caracterizan por los siguientes elementos, apertura, distinción entre interpretación y argumentación, funcionalidad y diálogo³⁸.

En relación a los desacuerdos entre la justicia convencional y constitucional es muy útil la clasificación que lleva a cabo *LÓPEZ GUERRA* -actual juez del Tribunal EDH- pues considera que existe: a) Críticas expresa. Una versión de diálogo entre tribunales es aquella que se produce cuando, aceptando y aplicando al caso concreto la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se formular reservas o críticas expresas respecto de su contenido. b) Niveles distintos de protección. Cuando el nivel de protección de los derechos fundamentales establecido en la normativa nacional es superior al reconocido por el Convenio EDH, de acuerdo con la interpretación de éste por parte del Tribunal de Estrasburgo. c) Crítica implícita a la jurisprudencia del Tribunal EDH al revisar sentencias de tribunales nacionales, destacando sus efectos perversos³⁹.

Por su parte la “desobediencia negativa” es aquella que se presenta cuando una jurisdicción nacional no sigue los criterios interpretativos de una jurisdicción convencional o supranacional de la cual su país forma parte. En América Latina se podrían mencionar los casos de la Corte Suprema de Brasil y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela⁴⁰. Además, más recientemente la sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

En el Sistema Europeo de Protección se puede mencionar el conflicto que se dio entre la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Federal Constitucional Alemán en el caso *Görgülü* o entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (U.E.) y algunas jurisdicciones constitucionales en relación al principio de primacía del derecho comunitario que provocó la creación de la doctrina de los “contralímites” por parte de la Corte

³⁸ MARTINICO Giuseppe. *Corti Costituzionali (o Suprema) e “Disbebbbedienza funzionale”*. *Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto della Convenzioni (CEDU e Convenzione americana dei diritti umani)*, p. 305 y 306. En *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2015, Roma.

³⁹ LÓPEZ GUERRA Luis. *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y Divergencias*, p. 139 – 158. En *Teoría y realidad Constitucional* (Ejemplar dedicado a: La Integración política en Europa), número 32, 2013.

⁴⁰ MARTINICO Giuseppe. *Corti Costituzionali (o Suprema) e “Disbebbbedienza funzionale”*, op. cit., p. 314 y 315.

Constitucional Italiana y el Tribunal Federal Constitucional Alemán⁴¹. Por su parte, el Sistema IDH no escapa a esta temática en donde se han presentado conflictos entre la Corte IDH y Cortes y Tribunales Constitucionales de Costa Rica, Nicaragua, Venezuela y Uruguay⁴². En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en sentencias números 1939-2008 y 1543-20011 no solo se negó a ejecutar sentencias emitidas por la Corte IDH alegando razones de “orden interno y constitucional” evidentemente inconvencionales, sino que le solicitarle al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos lo cuál se llevó el 6 de septiembre del 2012⁴³. Esa denuncia surtió efectos el 10 de septiembre del 2013, con lo cual la Corte de San José no podrá conocer, ni tramitar ninguna denuncia por hechos ocurridos con posterioridad a esa fecha, lo que evidencia la denegación de justicia que tiene todo ciudadano en ese país que alegue la vulneración del parámetro de convencionalidad. Lo anterior evidencia como la noción de diálogo judicial en un escenario multinivel no esta ajena a tensiones y conflictos lo importante es que esa desobediencia nunca se transforme en una «guerra entre cortes» como aconteció en Venezuela.

3. La relación entre la Sala Constitucional y la Corte IDH

3.1. La utilización de jurisprudencia convencional interamericana por la Sala Constitucional

En particular modo, desde sus inicios la Sala Constitucional ha reconocido que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la norma fundamental⁴⁴. Además ha establecido un carácter obligatorio a las opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH con independencia de

⁴¹ Sobre la teoría de los contralímites se puede consultar el interesante libro de: MARTINICO Giuseppe y GORDILLO José Luis. *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*. Ed. Civitas, Madrid, 2015.

⁴² MIRANDA BONILLA Haideer. *Diálogo Judicial Interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2016.

⁴³ Sobre el tema se puede consultar el reciente estudio de PÉREZ SALAZAR GONZALO. *Diálogo judicial en Venezuela*, p. 115 – 138. En AAVV. *Jurisdicción y garantías constitucionales en Iberoamérica a 25 años de la Constitución Colombiana*. Grupo Editorial Ibañez, 2016.

⁴⁴ Sala Constitucional. Sentencias número 3435-1992 y 2313-1995.

que el país haya sido parte o no en el proceso, lo anterior con fundamento en el principio pro homine. En ese sentido, en la sentencia número 2313/95 determinó “*si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en un caso contencioso o en un mera opinión consultiva, tendrán en principio el mismo valor de la norma interpretada*”⁴⁵. Por otra parte, en la sentencia n. 9685/2000 se refirió al contenido del concepto instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 7 de la Constitución determinando: “*En este sentido hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país*”.

Ello demuestra en primer, lugar como la jurisprudencia constitucional le ha otorgado un valor *supraconstitucional* a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en la medida en que brinde un mayor ámbito de protección al que ofrece la Constitución⁴⁶. En segundo plano, el valor privilegiado que le ha reconocido a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte IDH y en tercer lugar, al modo como desde sus primeros años ha venido ejerciendo un control de convencionalidad al declarar en diferentes oportunidades, la inconstitucionalidad de una norma nacional por ser contraria al parámetro de

⁴⁵ Sala Constitucional. Sentencia número 9685-2000.

⁴⁶ Sobre la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH por las Cortes o Tribunales Constitucionales –incluida la Sala Constitucional– ha sido una de las múltiples líneas de investigación del constitucionalista Hernández Valle, dentro de sus múltiples estudios destacan: *Las relaciones entre los Tribunales Constitucionales y la jurisdicción ordinaria en América Latina*. En REVENGA Miguel (coord.). 50 años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional Español, España, Madrid, 2006. *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Americana dei Diritti dell'Uomo da parte dei Supremi Tribunali e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina*, p. 73. En ROLLA Giancarlo. Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni. Ed. Giuffrè, Milano, 2010. *Diálogo entre las Cortes en Costa Rica*, p. 825 ss. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coord.) Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. *La incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno*. En Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, número 119, 2016.

convencionalidad o a los criterios interpretativos fijados por la Corte IIDH. Ello con fundamento en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que integra al parámetro de constitucionalidad los Tratados Internacionales en Derechos Humanos.

Por otra parte, la Sala Constitucional ha incorporado, formalmente, en recientes sentencias las características que informan el control de convencionalidad en sede nacional que ha formalizado la Corte IDH. Así, en la reciente sentencia número 3441/13 determinó:

“...El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad”. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del “margen de apreciación nacional”, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales”⁴⁷.

En este sentido, resaltó una de las características principales del control de convencionalidad, como es el hecho que debe ser ejercido de oficio por las autoridades nacionales, así como la utilización de la doctrina del margen de apreciación nacional con que cuentan los jueces y las Cortes Constitucionales para determinar si una norma nacional es contraria al parámetro de convencionalidad. Asimismo, en la sentencia número 6120/13 dispuso:

“...se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, normas provenientes del Derecho Internacional Público, lo cual ha expandido el “marco normativo” no solo para las partes procesales, sino también para los operadores jurídicos...Esto nos lleva al tema del “control de convencionalidad”, el cual no resulta ajeno a nuestro sistema, pues de una u otra forma este Tribunal lo ha ido implementando en forma paulatina durante los últimos años, de manera que puede afirmarse con certeza que la jurisprudencia constitucional se encuentra fundada no sólo en el reconocimiento de los derechos constitucionales, sino en los instrumentos internacionales sobre

⁴⁷ Sala Constitucional. Sentencia número 3441-2013.

derechos humanos. En este sentido, la línea jurisprudencial del Tribunal y la normativa internacional incorporada a nuestro ordenamiento o promulgada por el Congreso, ha elevado a pauta hermenéutica, el principio del interés superior del menor, el cual debe orientar toda la labor no solo de los tribunales nacionales, sino también de la Administración Pública y proyectarse sobre aquellas actividades de los sujetos privados que sean de interés público. En el caso de los tribunales nacionales, el control de convencionalidad les permite mantener “un diálogo” constante entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y los sistemas internacionales. En el caso de la jurisdicción de familia, los jueces de la República, deben ejercer ese “control de convencionalidad” y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para que se pueda hacer efectivo el principio universal según el cual la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y los niños deben recibir la protección y la asistencia necesarias para lograr un adecuado desarrollo de su personalidad, de manera que posteriormente puedan asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, como individuos independientes, imbuidos del espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”⁴⁸.

Lo anterior evidencia cómo la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el deber del juez nacional de llevar a cabo un control de convencionalidad, lo cual conlleva en primer lugar la aplicación directa de la Convención Americana. Por otra parte, en aquellos supuestos donde exista un conflicto entre la norma nacional y el parámetro de convencionalidad el juez nacional debe realizar una interpretación convencionalmente conforme⁴⁹. Esta temática formalizada recientemente en la sentencia Radilla Pacheco por la Corte IDH pretende en vez de declarar la inconstitucionalidad de la normativa por inconveniente que las autoridades nacionales escojan entre las múltiples interpretaciones que le puedan dar a una norma aquella que respete la Convención Americana y los criterios interpretativos interamericanos. Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional y lo más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales. En aquellos supuestos donde el conflicto normativo no pueda ser solucionado vía interpretativa, el juez ordinario tiene la posibilidad de plantear una consulta judicial ante la Sala Constitucional la cual se configura en la praxis como una “consulta judicial de convencionalidad”. En nuestro ordenamiento existe un debate en relación a si el juez ordinario en aplicación del control de

⁴⁸ Sala Constitucional. Sentencia número 6120-2013.

⁴⁹ La interpretación conforme a la Convención Americana se convierte en un instrumento que puede impulsar o favorecer la implementación con una mayor intensidad del control de convencionalidad, pues las autoridades nacionales tienen la obligación de escoger entre las múltiples interpretaciones, aquella que respete no solo el texto de la Convención Americana, sino los criterios interpretativos desarrollados en su jurisprudencia por la Corte IDH. En MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*. En Revista Costarricense de Derecho Internacional, número V, II semestre del 2016, pp. 62 – 92.

convencionalidad puede desaplicar una norma nacional por ser inconvencional en la resolución de un caso en concreto, sin embargo, sobre el tema existen posiciones encontradas y no existe una posición pacífica en la doctrina⁵⁰.

4. La utilización de jurisprudencia de la Sala Constitucional por la Corte IDH

En la formalización de la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH recurrió al método comparado al que tal y como ella misma afirma «paulatinamente ha ido reconociendo cada vez más importancia en sus decisiones»⁵¹, pues analiza como la jurisprudencia de diferentes Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas han venido desde años atrás implementando ese tipo de control en el ámbito interno. En las sentencias Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), la Corte IDH hizo referencia a sentencias de diversos órganos de justicia constitucional de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica y Perú en el perfeccionamiento del instituto del control de convencionalidad en sede nacional. Al respecto en la motivación de esas resoluciones se hizo referencia a la sentencia número 1995-2313 de la Sala Constitucional en la que determinó: “*debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada*”. Esa resolución constitucional ha sido posteriormente citada por los jueces de la Corte IDH en los casos López Mendoza y Chocrón vs. Venezuela (2011), Atala Riffo vs. Chile (2012), Furlán y Familiares vs. Argentina (2012), entre otros.

⁵⁰ La tesis de que el juez ordinario puede desaplicar la norma nacional por inconvencional fue sostenida por profesor Allan Brewer Carrián en su exposición en el seminario sobre “El control de convencionalidad y su aplicación” organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia los días 27-28 de septiembre de 2012, San José, Costa Rica.

⁵¹ Algunos ejemplos de la utilización del derecho comparado por parte de la Corte de San José se pueden ver en las sentencias Heliodoro Portugal vs. Panamá y Tiu Tojín vs. Guatemala. En ambas sentencias se tuvieron en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en la sentencia Atala Riffo y Niñas Vs. Chile utilizó pronunciamientos de Tribunales Constitucionales y de su homóloga la Corte Europea de Derechos Humanos para reconocer la orientación sexual como una categoría protegida por la Convención Americana.

Por otra parte en el caso *Gelmán vs. Uruguay* (2011) la Corte IDH hizo referencia en relación a los límites que tiene el Poder Legislativo en relación a los mecanismos de democracia directa al voto número 2010-13313 de la Sala Constitucional que declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (referéndum) un proyecto de ley que permitiría la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. En particular el voto en cuestión indicó: *“los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público –Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. [...] el poder reformador o constituyente derivado –en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación”*.

En el caso *Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs. Ecuador* (2012), la Corte IDH hizo referencia a una serie de sentencias de jurisdicciones constitucionales de la región en relación al derecho a la consulta previa que reconoce el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Al respecto hizo referencia a la sentencia número 2011-1768 de la Sala Constitucional en donde indicó *“La Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica, sin otros límites que los mismos derechos humanos imponen a la conducta de todos los hombres” (Considerando III). Sobre la consulta a Pueblos indígenas, estableció que “cualquier medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados debe ser objeto de consulta con ellos”*.

Por otra parte, en el caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala (2016) los jueces interamericanos en relación a las obligaciones del Estado de proveer atención y tratamiento médico a las personas privadas de libertad hicieron referencia a las sentencias 2003- 13266 y 2005- 4918 de la Sala Constitucional. Además, en cuanto al rol que tienen los jueces de ejecución de la pena de verificar la observancia del respeto y garantía de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad se citó la sentencia número 2000-10539. Lo anterior evidencia que la jurisdicción interamericana consulta la jurisprudencia de la Sala Constitucional y en algunas de sus resoluciones ha citado expresamente sus sentencias.

5. Tensiones y conflictos

En la sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica del 28 de noviembre del 2012, la Corte IDH determinó que la prohibición de la fecundación *in vitro* vigente en nuestro país vulneró el derecho a la vida privada, a la integridad y a la autonomía personal y el derecho a formar una familia, reconocidos en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con lo dispuesto en el numeral 1.1 que obliga a los Estados que la han suscrito a respetar los derechos fundamentales reconocidos en ella. Con fundamento en lo anterior emitió una serie de reparaciones que el Estado en cumplimiento de sus obligaciones convencionales debía acatar. En acatamiento de lo anterior el Poder Ejecutivo emitió el 10 de septiembre del 2016 un Decreto Ejecutivo para permitir la fecundación *in vitro* el cual fue impugnado ante la Sala Constitucional.

En sentencia número 2016-1692 la mayoría de la Sala Constitucional determinó la inconstitucionalidad del decreto impugnado en virtud que *“todo lo relativo a la regulación de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, es materia reservada al legislador ordinario, principio que se extrae de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Constitución Política”*. Posteriormente, en resolución de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero del 2016, la Corte IDH determinó que esa resolución representaba un obstáculo para el cumplimiento de la sentencia interamericana y ordenó mantener vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia Artavia

Murillo. Lo anterior evidencia un conflicto entre órganos jurisdiccionales que no desencadenó ni en una desobediencia negativa o una guerra entre cortes pues con posterior en la resolución de otros caso la Sala Constitucional ha utilizado jurisprudencia convencional interamericana.

6. Conclusiones

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales, un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmáticamente como práctica⁵². El “diálogo entre cortes” es en efecto un diálogo entre interpretes y entre diferentes interpretaciones, por lo cual el fundamento de lo que se decida esta en la motivación en la capacidad de la misma de convencer a otros jueces y operadores⁵³. El éxito fenómeno jurídico se debe a varios factores: 1) la globalización de las fuentes. 2) la internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados. 3) la existencia de problemáticas comunes. Por otra parte, se analizaron los diferentes tipos diálogo judicial y características de este fenómeno en particular su carácter bi o multidireccional y que es un fenómeno que no se encuentra ajeno a los conflictos.

Al respecto, se evidencia como la Sala Constitucional ha utilizado desde sus primeros años jurisprudencia de la Corte IDH incluso para declarar la inconstitucionalidad de normativa interna y reconocer el carácter vinculante de las opiniones consultativas, tal y como aconteció en la sentencia número 2313/1995 que declaró la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas por vulnerar la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, se constata como la Corte IDH en época más reciente ha

⁵² ROLLA Giancarlo. *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*. UNAM, México, 2002, p. 86.

⁵³ Ese tema fue ampliamente tratado por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Dialogo tra le Corti » en la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012. Además se puede consultar ROMBOLI Roberto, prólogo del libro *Derechos Fundamentales en América Latina*, op cit. p. 10.

utilizado sentencias de la Sala Constitucional en relación a los efectos de las sentencias convencionales, en la formalización y perfeccionamiento de la doctrina del control de convencionalidad en sede nacional, la consulta previa y en otros casos relacionados con derecho penitenciario y derecho a la salud. No obstante esa interacción no es ajena a conflictos tal y como aconteció en el cumplimiento de la sentencia Artavia Murillo, lo importante es que estas diferencias no desencadenen en una guerra entre jurisdicciones. En este sentido, tal y como afirma *HERNÁNDEZ VALLE* el diálogo entre ambas Cortes se irá enriqueciendo conforme pase el tiempo y la Corte IDH aborde y profundice en la interpretación de la Convención⁵⁴

En la interacción entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales de la región se evidencia el surgimiento de un diálogo judicial que se encuentra en constante evolución y perfeccionamiento y que tiene como finalidad la tutela efectiva del ser humano a través de la creación de estándares mínimos de protección en América Latina y la tutela efectiva del ser humano. En particular, se constata la existencia de «jurisdicciones dialogantes» en virtud de que han manifestado a lo largo de los años una fuerte disposición de apertura al diálogo hacia la Convención Americana y hacia la jurisdicción interamericana. Es preciso insistir en la conveniencia de que se intensifique un diálogo jurisdiccional crítico tangible y efectivo, no etéreo, entre la Corte Interamericana y los respectivos órganos de la justicia constitucional de los Estados que integran el esquema interamericano. Ello, con la finalidad de que sólo éstos acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal interamericano, sino que a su vez, éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de las jurisdiccionales constitucionales nacionales en aras del fortalecimiento progresivo del sistema de tutela de los derechos fundamentales en nuestra área regional⁵⁵. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” –entre jueces nacionales y los interamericanos-, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Ahí destaca el porvenir, en un punto

⁵⁴ *HERNÁNDEZ VALLE* Rubén. *Diálogo entre las Cortes en Costa Rica*, op. cit., p. 857.

⁵⁵ *BAZÁN* Víctor. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. En *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. No. 16, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010. p. 55.

de convergencia en materia de Derechos Humanos para establecer un autentico *ius commune* en las Américas⁵⁶. En tal sentido el profesor PIZZORUSSO habla de la existencia de un *patrimonio constitucional* -en relación experiencia europea- conformado por estándares mínimos de protección comunes en la mayoría de ordenamientos jurídicos⁵⁷, pues es la formación de un patrimonio común de principios constitucionales materiales, producidos en el concurso de las múltiples sedes donde se elabora derecho constitucional⁵⁸.

7. Bibliografía

BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización*. Ed. Instituto de investigaciones jurídicas, México 2010

DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna. Editorial Il Mulino, Bologna, 2010.

FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.

GROPPI Tania, PONTTHOREAU M.C. *The use of foreign precedent by constitutional judges*. Ed. Hart Oxford, 2013.

HERNANDEZ VALLE Rubén. *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, España, 2012.

- *Las relaciones entre los Tribunales Constitucionales y la jurisdicción ordinaria en América Latina*. En REVENGA Miguel (coord.). 50 años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional Español, España, Madrid, 2006.

⁵⁶ FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*. El nuevo paradigma del juez mexicano, p. 186. En ID. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

⁵⁷ PIZZORUSSO Alessandro. *Il patrimonio costituzionale europeo*. Ed. Il Mulino, Bolonia, 2002.

⁵⁸ ZAGREBELSKY Gustavo. *El juez constitucional en el siglo XXI*, p. 268. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* número 10, julio – diciembre 2008.

- *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Americana dei Diritti dell'Uomo da parte dei Supremi Tribunali e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina*, p. 73. En ROLLA Giancarlo. *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*. Ed. Giuffrè, Milano, 2010.

- *El Diálogo entre las Cortes en San José*, pp. 835 – 858. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- *La incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno*. En *Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia*, número 119, 2016.

MARTINICO Giuseppe y GORDILLO José Luis. *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*. Ed. Civitas, Madrid, 2015.

MARTINICO Giuseppe. *Corti Costituzionali (o Suprema) e “Disbebbidenza funzionale”. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto della Convenzioni (CEDU e Convenzione americana dei diritti umani)*, p. 305 y 306. En *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2015, Roma.

MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

- *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 17. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, 2016, Bogotá, Colombia.

- *La utilización de precedentes extranjeros por la Sala Constitucional*. En *Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia*, número 120, enero del 2017, San José, Costa Rica.

PEGORARO Lucio. *Giustizia costituzionale comparata*. Editorial Giappichelli, Turín, 2007.

PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuella. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004.

PIZZORUSSO Alessandro. *Il patrimonio costituzionale europeo*. Ed. Il Mulino, Bologna, 2002.

- *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

ZAGREBELSKY. Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Editorial Il Mulino, Bologna, 2008.

- *El juez constitucional en el siglo XXI*, p. 268. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional número 10, julio – diciembre 2008