

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS  
AMÉRICAS**

**ESCUELA DE DERECHO**

**FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU  
APLICACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO  
COSTARRICENSE**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
LICENCIATURA EN DERECHO**

**MARÍA FERNANDA RUBÍ VARGAS**

### **Ficha Bibliográfica**

Rubí, V. María. Función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en el marco jurídico costarricense. 2019. Universidad Internacional de las Américas: San José, Costa Rica.

### ***Agradecimientos.***

*Principalmente a Dios por su inmensa bondad de permitirme cumplir mi sueño y porque es gracias a Él que hoy me encuentro aquí dando el último paso para obtener el resultado de todo mi esfuerzo.*

*Al profesor Fernando Lara Gamboa por creer en mí y apoyarme durante este largo proceso con su compromiso y conocimiento para hacer esto posible.*

*A todos aquellos que han mostrado su interés en ayudarme sin pedir nada a cambio.*

*Fernanda Rubí Vargas*

***Dedicatoria.***

*A mi amada madre Kattia Vargas, por su valentía y esfuerzo para sacarme adelante y hacer de mí lo que soy hoy.*

*A mi esposo Hubert Quirós, porque me ha apoyado en todo momento y nunca ha dejado de creer en mí, por todo el tiempo que sacrificó durante este proceso.*

*A mi ángel en el cielo, Gerardo Vargas, por enseñarme a ir por el camino de lo correcto, y a mi ángel terrenal, Carmen Vindas por nunca desampararme en momentos difíciles.*

*Fernanda Rubí Vargas*

## Contenido

Contenido .....	11
Resumen Ejecutivo.....	13
Lista de acrónimos .....	15
Capítulo I: Introducción. ....	16
Planteamiento del problema .....	16
Objetivos.....	20
Objetivo general .....	20
Objetivos específicos. ....	20
Justificación.....	20
Antecedentes.....	22
Proyecciones.....	28
Capítulo II: Marco de Referencias .....	30
Origen histórico de los derechos humanos .....	30
Teorías de los Derechos Humanos .....	38
Teoría iusnaturalista o del derecho natural. ....	39
Teoría iuspositivista o del derecho positivo.....	41
Internacionalización de los Derechos Humanos.....	44
Costa Rica y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos .....	47
Sistemas regionales de tutela de los derechos humanos.....	49
Sistema Europeo de Derechos Humanos. ....	49
Sistema Africano de Derechos Humanos. ....	50
Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ....	52
Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	55
Organización y estructura. ....	56
Funcionamiento. ....	63
Competencias. ....	64
Función consultiva.....	68
Aspectos generales de la función consultiva. ....	69
Naturaleza, alcances y efectos. ....	78

Diferencias con la función contenciosa .....	81
Sala Constitucional costarricense .....	83
Jurisdicción constitucional costarricense .....	86
Jurisdicción constitucional costarricense y opiniones consultivas de la Corte IDH.....	103
Judicialización de la política.....	113
Capítulo III: Marco Metodológico .....	126
Tipo de enfoque .....	126
Tipo de investigación.....	127
Diseño .....	127
Muestra de investigación .....	128
Unidades de análisis .....	128
Instrumentos .....	129
Procedimiento de recolección de datos .....	129
Método de análisis .....	130
Capítulo IV: Análisis de Resultados .....	131
Clasificación de información por unidad de análisis.....	131
Naturaleza jurídica de la función consultiva.....	131
Efectos jurídicos y alcances de las opiniones consultivas .....	134
Interpretación de la Sala Constitucional costarricense y Judicialización de la política.....	140
Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones .....	159
Conclusiones.....	159
Recomendaciones .....	166
Referencias bibliográficas .....	167
Apéndices .....	173
Apéndice A .....	173
Apéndice B .....	174
Apéndice C .....	176

## **FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO COSTARRICENSE**

**Proyecto de graduación, Licenciatura en Derecho – San José, Costa Rica:**

**María Fernanda Rubí V., 2019**

### **Resumen Ejecutivo**

A través de la historia, se ha demostrado la constante lucha de los pueblos porque reconozcan sus derechos, y es gracias a esta que hoy se tiene un sistema consolidado para la protección de los mismos; este sistema es a nivel regional el conocido como Interamericano de Derechos Humanos.

El sistema está compuesto por dos órganos que se encargan de la protección y promoción de los derechos humanos, estos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte, cada una con sus competencias bien diferenciadas; estas las otorga su principal documento la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte IDH cuenta con una competencia contenciosa por medio de la cual aplica la Convención Americana y una competencia consultiva en la cual interpreta la Convención y analiza la compatibilidad de esta con el derecho interno de los Estados Americanos.

Por medio de la competencia contenciosa, se emiten opiniones consultivas, mismas que carecen de efectos jurídicos vinculantes, sin embargo, tal disposición no se encuentra plasmada en una norma y hace que se tenga un grado de incerteza en ese sentido.

Ante esa incerteza la Sala Constitucional de Costa Rica, decide otorgar carácter vinculante a las OC, sin embargo, basa sus razonamientos en fundamentos errados y que ha mal interpretado, asimismo Costa Rica, Estado muy activo en esta competencia solicita una OC a la Corte, que podría ser el resultado de una estrategia política ante una oportunidad legal.

De ahí, es que surge la duda del planteamiento del problema que es el siguiente: ¿Por qué razón la Sala Constitucional costarricense ha interpretado como vinculantes y de acatamiento

obligatorio las opiniones consultivas de la Corte?, ¿se estará judicializando la política?; de demostrarse que es errónea tal interpretación, ¿debería considerarse un cambio de criterio basado en la correcta aplicación de esta?.

Con las diferentes unidades de análisis y variables de las mismas, se llega a diversas conclusiones, donde resaltan aspectos que inciden en el criterio de la Sala que, en efecto, son errados y, por tal motivo, dicho criterio no es el jurídicamente correcto, además, se judicializa la política con la opinión OC-24/17 lo cual trae consecuencias.

Para buscar un cambio en este aspecto se señalan algunas recomendaciones, mismas que se espera puedan generar efectos positivos.

### **Lista de acrónimos**

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CE: Consejo Europeo

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos / Corte IDH

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

LGBTI+: Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales y demás categorías

LJC: Ley de Jurisdicción Constitucional

OC: Opinión Consultiva

OEA: Organización de Estados Americanos

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

RAE: Real Academia Española

SE: Sistema Europeo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## Capítulo I: Introducción.

### Planteamiento del problema

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su capítulo octavo, crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dotándola de dos tipos de competencia: la contenciosa y la consultiva, esta última la es la que se va a ahondar en esta investigación (Garro, 2013, p.1151).

Dicha función se encuentra regalada en el artículo 64 *ibidem*, que textualmente expresa:

1. “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

2. “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Sin embargo, la escueta redacción del artículo antes citado generó, en su momento, muchas confusiones acerca del alcance de esta competencia de la Corte, por esta razón, y haciendo uso de ella, el Gobierno de Perú, en nota recibida el 28 de abril de 1982, solicitó una opinión consultiva, en la cual pregunta, respecto del artículo 64 de la CADH, cómo debe ser interpretada la frase “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” (párr. 1-8, OC-1/82).

Por esta razón, la CIDH procede a determinar en su primer opinión consultiva, (en adelante OC), nombrada OC-1/82, el alcance de su competencia consultiva, es decir, define cuáles son los tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos, que podrían ser objeto de interpretación, lo cual es sumamente importante, debido a que comienza a marcar el alcance competencial de su función consultiva, de igual modo, deja muy en claro que cuenta con la más amplia función consultiva que se le haya confiado a cualquier Tribunal Internacional (OC-1/82, párr.14).

Asimismo, la Corte precisa que la función consultiva tiene como finalidad la coadyuvancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, esto por medio de la interpretación de la CADH, así como de todos aquellos tratados internacionales dirigidos a la protección y promoción de los derechos humanos contraídos por los Estados Americanos, ya sean estos bilaterales o multilaterales, o bien, que aunque no tengan como función la protección de derechos humanos, de alguna manera tengan un vínculo directo al resguardo de los mismos (párr. 25, OC-1/82).

Empero, aun habiendo determinado la Corte su competencia en la función consultiva, así como los legitimados para ejercerla, no logró fijar los efectos jurídicos que dimanen sus criterios en las opiniones consultivas, sino que a contrario cense únicamente señaló que no puede reconocérseles el mismo efecto vinculante de sus sentencias en materia contenciosa; es decir, únicamente se pronunció acerca del efecto que no tiene una función consultiva. Aunado a lo anterior, tampoco se logra apreciar una verdadera interpretación de la CIDH respecto de la naturaleza jurídica de dicha función.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que no solo no existe un criterio razonado y convincente de la Corte relativo a la naturaleza y efectos jurídicos de la función consultiva que se le confiere, sino que, además, puede divisarse una gran contradicción de la misma Corte respecto de la función consultiva; lo anterior, puede evidenciarse en las mismas opiniones consultivas que ha emitido a lo largo de su trayectoria.

De acuerdo con Vega y Vargas (2017) “las resoluciones de la Corte han ido modificando gradualmente el marco normativo de la función consultiva, creando una distancia entre la intención por la que fue concebida y su construcción como ejercicio actual” (p. 188), lo cual, ha generado una notable incerteza jurídica entre los pronunciamientos emitidos por la Corte en sus opiniones consultivas y las lagunas de la CADH en su propio reglamento en lo relativo a la función consultiva, lo anterior, según Roa (2015), citado por Vega y Vargas (2017, p.188).

Ahora bien, en un mismo orden de ideas, la laguna jurídica más irrefutable y significativa, es la falta de una correcta y clara definición de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas, así como de la concreción de su naturaleza, lo cual ha generado que la Corte carezca del conocimiento de sus alcances y, por el contrario, ha ampliado su competencia, de tal manera que

ha aumentado considerablemente dicho limbo jurídico, lo cual podría llevar a una afectación en la eficacia de sus resoluciones (Vega y Vargas, 2017, p.188).

Lo anterior lo podemos ver reflejado en algunas de sus opiniones consultivas, en las cuales es notable la contraposición de criterio, empero, lo más preocupante es que estas no distan en tiempo, es decir, no podría deducirse, en la mayoría de los casos, que el criterio cambiante es por una conformación distinta del Tribunal, sino que es evidente que, al no existir una norma que indique de manera taxativa los efectos, objeto y naturaleza de la función consultiva, la Corte no tiene de otra más que emitir su criterio para cada caso en específico y de alguna manera referirse a los alcances de cada opinión consultiva que emite, variando su criterio constantemente.

Así las cosas y, ante tal incerteza, muchos Estados han decidido hacer sus reservas a cerca de lo que implica la función consultiva, sin embargo, a pesar de esto, muchos otros Estados les han conferido a las opiniones consultivas un grado de importancia significativo, a tal grado de considerarlas igual de vinculantes a las resoluciones contenciosas; este es el caso de Costa Rica, quien, además, ha sido un Estado muy activo en cuanto al ejercicio de la función consultiva, para ser más exacto, ha solicitado 5 de 25 opiniones consultivas que ha emitido la CIDH a lo largo de su trayectoria.

De acuerdo con Vega y Vargas (2017) “en este sentido, el ordenamiento jurídico costarricense se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la relación de las opiniones consultivas con el bloque de constitucionalidad” (p.185); el primer acercamiento data de 1985, cuando el Gobierno de Costa Rica solicita una opinión consultiva a la Corte, que tiene como fundamento que la CIDH interprete la Convención para determinar si el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas atenta contra esta.

Ante la respuesta de la CIDH, la Sala Constitucional de Costa Rica procedió a manifestarse acerca de la legalidad del artículo de la supra citada ley, lo cual dio paso al voto 2313-1995, en el cual la Sala Constitucional estimó que “...las opiniones consultivas de la Corte solicitadas por un Estado no pueden más que obligarle a su acatamiento. Lo contrario implicaría burlar el propósito normativo del CADH y de la Corte...” (Vega y Vargas, 2017, p.186).

Ahora bien, es cuestionable el actuar de la Sala Constitucional costarricense, debido a que dota de transcendencia jurídica a un instituto que, si bien es cierto, su objeto es la coadyuvancia

del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos. El fin por el cual se le creó fue para la interpretación de la CADH y los tratados internacionales protectores de los derechos humanos, y así recomendar a los Estados alternativas para evitar la transgresión de los mismos, no para fijar obligaciones a los Estados, para eso está la función contenciosa.

En virtud de lo anterior, podría considerarse que es factible que por la gran laguna jurídica en la CADH respecto de los alcances, efectos y naturaleza de la función consultiva y las opiniones consultivas de la Corte, exista una mala interpretación de esta por parte de la Sala Constitucional costarricense, y de ahí el alcance de las opiniones consultivas de la Corte en la normativa costarricense, así como el gran control de convencionalidad que ejerce la Sala para el cumplimiento de las conclusiones de la Corte, ya sea en materia contenciosa o en función consultiva.

Ahora bien, se ha venido dando una práctica entre los Estados conocida como “judicialización de la política”, la cual, de acuerdo con Hirschl (2006), citado por Vega y Vargas (2017) “es la constante y acelerada dependencia en los tribunales y medios jurisdiccionales para abordar dificultades morales, asuntos de política y controversias políticas” (p.171). Por esta razón, según los autores Vega y Vargas (2017), es posible que en Costa Rica se haya implementado esta práctica con la opinión consultiva OC-24/17 identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (p. 172).

Tomando en cuenta los aspectos que se han desarrollado, surge la siguiente interrogante ¿Por qué razón la Sala Constitucional costarricense ha interpretado como vinculantes y de acatamiento obligatorio las opiniones consultivas de la Corte?, ¿se estará judicializando la política por medio de estas?; de demostrarse que es errónea tal interpretación, ¿debería considerarse un cambio de criterio basado en la correcta aplicación de esta?

De ahí el cimiento de esta investigación, ya que tiene como fundamento elucidar si la escueta redacción del artículo 64.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha generado un desfase en la concepción de la función consultiva, asimismo, busca llegar a la conclusión de si dicha laguna jurídica ha inferido en la interpretación que se le ha dado a este instituto en la jurisdicción constitucional costarricense y si la misma es errónea.

## **Objetivos**

### **Objetivo general**

Analizar la naturaleza, alcances y efectos jurídicos de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en el marco jurídico costarricense.

### **Objetivos específicos.**

Identificar la naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito internacional.

Determinar los efectos jurídicos y alcances de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de los tratados internacionales.

Estudiar la interpretación de la Sala Constitucional costarricense con respecto a los alcances y efectos jurídicos de las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posible judicialización de la política por medio de las opiniones consultivas.

## **Justificación**

El planteamiento del tema surge ante la controversia social que generó el anuncio del Gobierno de Costa Rica, que en el año 2016 presentó una solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de que esta se pronunciara acerca del alcance de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 ibidem al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una (OC-24/17, párr.1).

Lo anterior terminó con una opinión consultiva de la Corte, en donde reconocía una serie de derechos civiles y patrimoniales para las parejas del mismo sexo, entre otros aspectos. Como era de esperarse, esta noticia generó que se diera un debate social entre los conservacionistas y

quienes apoyan los movimientos de identidad de género, creándose una cantidad enorme de comentarios al respecto, sin embargo, el debate básicamente mediaba en la obligatoriedad o no de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco jurídico costarricense.

Así las cosas, surge la interrogante de qué es la función consultiva, cuáles son sus alcances y efectos jurídicos, y qué interpretación tiene acerca de esto la jurisdicción costarricense. Por lo que resulta conveniente determinar los alcances de esta función en el ámbito internacional, así como en el marco jurídico costarricense, debido a que, al ser Costa Rica un Estado de Derecho que ha ratificado diversos tratados internacionales y, por ende, ha adoptado el derecho internacional como parte de su ordenamiento jurídico, resulta importante tener claro temas de derecho internacional.

Con ello se va a poder determinar la importancia de las opiniones consultivas en el marco normativo internacional, así como a nivel interno de la normativa costarricense, y se va a poder definir la trascendencia del objeto de dicha función desde su creación en la Convención Americana hasta la actualidad en la jurisdicción de Costa Rica; asimismo, analizar las distintas aristas que se han dado respecto de la función consultiva, las interpretaciones que ha venido haciendo la Corte de dicha función, para así lograr concluir la naturaleza y efectos jurídicos de las opiniones consultivas en Costa Rica.

Resulta sumamente importante debido a que a hoy existen lagunas jurídicas en la normativa internacional y, por ende, a nivel interno en la jurisdicción constitucional costarricense acerca de los efectos, objeto y naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha llevado a perspectiva de quien investiga a una posible incorrecta interpretación de dicha función por parte de la Sala Constitucional costarricense, por tanto, es considerable saldar ese vacío y dotar de conocimiento a la sociedad costarricense acerca de temas de derecho internacional.

De este modo, se procura con esta investigación establecer la claridad de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito internacional, para así analizar la interpretación que se ha venido dando de esta respecto de su vinculación en el marco jurídico costarricense y así lograr definir por medio de una teoría cuáles

son los verdaderos efectos y alcances de las opiniones consultivas y su aplicación a nivel interno en Costa Rica.

### **Antecedentes**

Como punto de partida, es necesario mencionar que el tema de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy poco estudiado, tanto a nivel nacional como internacional, puede deberse a que para muchos no es un tema relevante puesto que, cuando se habla de la Corte IDH únicamente se piensa en su función jurisdiccional contenciosa; sin embargo, en el año 2018 en Costa Rica se hace de conocimiento el resultado de una opinión consultiva que el Gobierno costarricense había solicitado a la Corte en 2016.

Dicha opinión consultiva iba dirigida a la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, tema que ha sido de gran conmoción social en Costa Rica, pues este ha sido caracterizado por ser un país sumamente religioso, en donde la mayoría de su población profesa alguna religión; como era de esperarse en un país con dichas características, la población inició un debate acerca del tema y, principalmente, dirigido a las opiniones consultivas y los efectos de estas en el ordenamiento jurídico costarricense.

Por esa razón y ante la incertidumbre que ello generó en quien investiga, es que se decide realizar este trabajo de investigación, que más que un trabajo para optar por un título académico, es la respuesta de una meta personal. Como respuesta a ello, es que se inicia una investigación de la cual se llegan a hallar una serie de antecedentes del tema, mismos que se expondrán a continuación.

En el año 1969, fue suscrita la Convención Americana de Derechos Humanos en San José Costa Rica; la misma se considera la base del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual tiene su génesis en un marco político regional, asimismo, en la Organización de los Estados Americanos, que permitió que los Estados que la conformaban tuvieran un acercamiento por primera vez con el desenvolvimiento de un tema de la mayor relevancia en el momento: los derechos humanos (CIJUL, s.f., párr. 1).

Este tema entró en contexto al finalizar la II Guerra Mundial en 1948, en virtud de la denigración de la persona humana frente a los crímenes nazi; a partir de este momento, se inicia un movimiento para la progresividad, promoción y protección de los Derechos Humanos en el ámbito internacional, razón por la cual se forma la Carta de la Naciones Unidas y “a partir de este momento se crean movimientos para conformar sistemas más integrales y orgánicos en el marco de la aprobación de tratados generales y específicos de derechos humanos” (CIJUL, s.f., párr. 3).

Así es como en la actualidad, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos es el encargado de la protección y promoción de estos a nivel de América, sin embargo, era necesaria la creación de órganos que velaran por su observancia, esta es la razón por la cual, en 1959, la CADH crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y unos años más tarde, en 1979, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ventura, 2014, p.247).

De acuerdo con Canton (2007), “estos dos órganos de supervisión con independencia y autonomía (...) han permitido, principalmente a la Comisión, tomar decisiones para proteger los derechos humanos, sin perjuicio de las fuertes presiones políticas de algunos gobiernos para evitarlo...” (p.4); en suma, esta perfecta actuación no ha demostrado sino la gran capacidad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de acción y promoción en lo que a derechos humanos respecta.

Por esta razón, la Convención Americana de Derechos Humanos dotó de competencias tanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como a la Corte Interamericana de Derechos, dándole a la primera funciones políticas y cuasi judiciales y, a la segunda, funciones contenciosas y consultivas, es decir, le corresponde la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. En lo que respecta a la función consultiva, la Corte ha tenido suficiente labor a lo largo de su trayectoria, siendo que ha recibido una totalidad de 25 solicitudes de opiniones consultivas al año 2018.

En el proceso de investigación se ha analizado una serie de documentos; los mismos cuentan con una serie de antecedentes de importancia para el desarrollo de esta tesis, en lo que respecta a la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, es de suma importancia recalcar que el tema que se investiga ha sido muy poco abordado tanto a nivel internacional como nacional, razón por la que la recolección de datos ha sido bastante ardua.

Ventura (2014) en su texto *“El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”*, hace un desarrollo histórico del Sistema y sus antecedentes, así como también de las competencias y funciones de los órganos que lo conforman; asimismo, dedica un apartado a la reglamentación y evolución de la Corte Interamericana, sus funciones y competencias. El autor concluye dando una serie de recomendaciones de las medidas que se deben tomar para convertir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un Tribunal competente y que cumpla a cabalidad sus funciones.

Faúndez (2009) en su texto *“El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales”* describe lo que establece la Convención de Derechos Humanos en cuanto al sustento de un ordenamiento jurídico que está por encima del Estado, así también señala como las instituciones que lo componen operan en la práctica para profundizar en el funcionamiento del Sistema y su eficacia. Aunado a lo anterior, dedica un capítulo a la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aspectos procesales, naturaleza y efectos jurídicos de estas.

Se llega a la conclusión de que el propósito de la Convención es proporcionar mecanismos que se encarguen de promover y proteger los derechos humanos, y que, para esta razón, se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual haciendo uso de sus competencias debe promover la observancia y protección de estos; de igual manera, enfatiza en que, a pesar de que las bases están montadas, no hay hasta el momento una coadyuvancia de los Estados que conforman el Sistema para proporcionar en la esfera interna los mecanismos idóneos para amparar a las personas contra aquellos actos que violenten sus derechos.

Asimismo, indica el autor, que la función consultiva ha sido una materia poco estudiada y que, además, el término “función consultiva”, en el Estatuto de la Corte, ha sido incorrectamente utilizado, e interpretado erróneamente, tomando como base la función consultiva de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Los Autores Ventura y Zovatto (1989) en su obra *“La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Naturaleza y Principios”* exponen la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su naturaleza; realizan un análisis del artículo 64 de la Convención, mismo que le otorga dicha función a la Corte, sus aspectos procesales y objeto de esta. Con lo anterior, pretenden llenar la laguna jurídica que a la misma Corte ha venido

cimentando en los criterios que emite en las opiniones consultivas y así, facilitar la comprensión de la labor de la Corte en este campo.

Consideran que la función consultiva es un mecanismo que pretende coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, esto por medio de la interpretación de dichos tratados y de la Convención Americana de Derechos Humanos, y así, evitar someterse al formalismo y sanciones del proceso contencioso, razón por la que, en materia consultiva, la Corte no está facultada a ver cuestiones de hecho, únicamente debe interpretar normas jurídicas.

Aunado a lo anterior, afirman que la función de la Corte, al contestar las solicitudes de opiniones consultivas, es únicamente asesorar, puesto que estas no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias contenciosas, tal y como lo afirmó la misma Corte en su opinión consultiva OC-1/82.

Nikken (1999), en su ensayo "*La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*" realiza un desarrollo doctrinario de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, se enfoca en determinar dos temas, que en su perspectiva personal son de suma importancia, el primero de ellos, los alcances de la función consultiva respecto de las materias que pueden ser objeto de consulta, y el segundo, lo referente al efecto de las decisiones de la Corte en el ejercicio de su función consultiva.

En virtud de lo anterior, concluye el autor que, a pesar de que los temas en que se ha enfocado requieren un mayor y profundo estudio, la Corte ha dicho que la función consultiva es una herramienta para la protección internacional de los derechos humanos, y por tanto, aun existiendo una serie de expresiones ambiguas de la Corte en lo que a los efectos de las opiniones consultivas se trata, cuando este responde una consulta ejerce función jurisdiccional y, por esta razón, sus decisiones tienen esta naturaleza y en consecuencia.

Asimismo, considera que las opiniones consultivas son jurisprudencia y, por tanto, una fuente auxiliar del derecho internacional, tanto así que han sido utilizadas para fundamentar las sentencias contenciosas de la Corte. También estima el autor que las opiniones consultivas están dotadas de efectos prácticos, lo cual hace que repercuta en las esferas de la actividad estatal.

Roa (2015) en su tesis “*La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” el cual, es el resultado de una primera publicación, misma que consistía en su trabajo de tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad Externado de Colombia; el autor menciona que la falta de bibliografía especializada en el tema fue una de las inspiraciones que lo llevaron a escribir acerca de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por tales motivos, y con el fin de responder a sus inquietudes, decide organizar su trabajo en tres capítulos: en el primero de ellos decide hacer una construcción normativa del origen, concepto y funcionamiento de la función consultiva de la Corte; con el segundo, pretende demostrar la forma en la que la Corte ha ido ejerciendo su función consultiva y, por último, en un tercer capítulo, ahonda acerca de lo que considera como dos defectos que han repercutido en la fisura y las consecuencias de estas en el derecho internacional y a nivel interno de los Estados.

Concluye el autor que existe una amplia desigualdad entre la forma en como fue concebida la función consultiva y la forma en la que la Corte la ha venido desarrollando en su ejercicio, esto después del análisis de todas las opiniones consultivas, a la fecha; asimismo, determina que la principal circunstancia que contribuyó a que se acrecentara la discrepancia antes descrita, fue la ampliación que ha hecho la Corte de su competencia, lo que ha llevado, a la vez, a una indeterminación de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas.

Razona Roa que lo mencionado supra, tiene como consecuencia directa la imposibilidad de otorgar efectos jurídicos vinculantes a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte y, por ende, pudiera impedir que estas lleguen a ser fuente de las obligaciones internacionales, y que, cuando se logre cambiar esto, se habrá avanzado en la protección de los derechos humanos en el continente americano.

Salvioli (2004), en su texto “*La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial*” hace un análisis del avance y consolidación del derecho internacional de los derechos humanos, la existencia de órganos judiciales previstos de competencia para aplicar e interpretar normas internacionales de protección de derechos humanos, así como de varios mecanismos para avanzar hacia la efectiva protección de estos, como lo es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su función consultiva.

El autor fija su objetivo en la investigación jurídica de la competencia consultiva de la Corte, igualmente afianza su obra en ciertas consideraciones en torno al fondo de las decisiones en materia consultiva, así como el valor jurídico que poseen estas consideraciones. Debido a esto, colige Salvioli que la función consultiva es un servicio que está en capacidad de prestar la Corte, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales, tal y como lo indica la misma Corte en sus opiniones consultivas OC-1, OC-16 y OC-17.

De igual forma detalla en virtud de la OC-3/83 que, la Convención crea un sistema paralelo al contencioso, destinado a ayudar a los Estados americanos a cumplir y aplicar tratados en materia de derechos humanos, pero sin someterse a los formalismos y sanciones que caracterizan el procedimiento contencioso.

Vio Grossi (2018) en su ensayo “*La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” pretende reiterar ampliamente los fundamentos expuestos en su voto individual en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por Costa Rica, Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo (Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El señor juez, Eduardo Vio Grossi, hace un análisis de la naturaleza de las opiniones consultivas, y llega a la conclusión de que estas no son vinculantes u obligatorias ni para el Estado u órgano de la OEA que la haya solicitado; asimismo, determina que en caso de que se les dé grado de vinculación y obligatoriedad, las haría iguales a las sentencias de la Corte y que, en todo caso, tendrían las opiniones consultivas un mayor valor que el de los fallos, ya que los fallos solo obligan a los Estados parte del caso específico, mientras que las opiniones obligarían a todos los Estado del Sistema y a los órganos de la OEA.

Vega y Vargas (2017) en su artículo “*La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: el resultado de una consulta estratégica*” publicado en la Revista IIDH volumen 66, tienen como objetivo analizar el uso de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, para supra judicializar la mega política, sin embargo, lo que interesa es el análisis que hacen de la función consultiva, con la cual determinan que las resoluciones de la Corte han ido modificando gradualmente el marco normativo de la función consultiva, creando una discrepancia entre el motivo por el cual fueron hechas y el objeto que se tiene de ellas hoy.

Asimismo, indican citando a Roa (2015):

“Que las opiniones consultivas no producen los mismos efectos jurídicos que una sentencia contenciosa que, de conformidad con el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece la obligación de cumplimiento de la sentencia para los Estados parte y la posibilidad de ejecutarla por el procedimiento interno” (Vega y Vargas, 2017, p.189).

## **Proyecciones**

De los precedentes antes citados, es notable identificar que se han desarrollado diversas teorías acerca de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de sus alcances y efectos, sin embargo, hasta hoy no existe una norma que precise algunos de esos criterios, sino que estos se han dado por las diversas interpretaciones que ha hecho la Corte; esta es la razón por la que se realiza esta investigación, que tiene por objeto concluir cuáles son los verdaderos alcances, efectos y naturaleza de las opiniones consultivas.

Aunado a lo anterior, se puede concluir que tales falencias han generado una incertidumbre jurídica de los alcances y efectos jurídicos de las opiniones consultivas en Costa Rica, por esta razón, se pretende establecer una teoría acerca de la interpretación que se le ha venido dando a los efectos y alcances de las opiniones consultivas en el marco jurídico costarricense.

Con esta investigación se busca determinar si la interpretación que se tiene de las opiniones consultivas, sus alcances y efectos jurídicos, en el marco jurídico costarricense, es la correcta, o bien, ha sido acunada de una forma errónea; para ello es preciso identificar la naturaleza, alcances y efectos de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su concepción en la Convención Americana de Derechos Humanos y las interpretaciones que ha hecho de esta la misma Corte.

Complementario a ello, resulta de suma importancia hacer un análisis del criterio de la Sala Constitucional acerca de la trascendencia que se le ha dado a las opiniones consultivas en el marco jurídico costarricense; esto va a permitir tener clara la razón por la que se la ha dado relevancia jurídica a este instituto internacional.

Asimismo, por medio de la presente investigación, se pretende buscar una respuesta a la opinión consultiva OC-24/17 que solicitó el Gobierno costarricense, pues existe la posibilidad de que esta sea el resultado de una consulta estratégica que nació en un momento de oportunidad legal para dar solución a un tema que, por mucho tiempo, fue blanco de debates y generó polémica social, un tema que se considera de interés político. Por esta razón, se podría estar ante el escenario de la judicialización de la política, tema que será analizado para llegar a una respuesta fundamentada y objetiva.

## Capítulo II: Marco de Referencias

Con el propósito de dar contenido a esta investigación, es preciso desarrollar diversas teorías que se han fundado con el paso del tiempo y que han dado sustento al tema por investigar desde muchos años atrás y, para ello, es preciso decir que todo surge con el nacimiento de los derechos humanos, por tanto, es útil hacer un rápido, pero conciso desarrollo histórico del nacimiento de estos, para luego desarrollar las teorías que los sustentan.

### Origen histórico de los derechos humanos

Antes de iniciar el desarrollo histórico de los derechos humanos, es importante comenzar por definir qué son los derechos humanos; la definición más usual es la que da la ONU: “son derechos humanos aquellos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición”.

Sin embargo, existen múltiples definiciones que van siempre dirigidas a un enfoque jurídico, no obstante, de acuerdo con Víctor Rodríguez, el concepto de derechos humanos debe construirse a partir de sus características, ya que esta categoría de derechos debe contener necesariamente una serie de elementos para construir una definición más integral.

En suma, para Rodríguez (2016) los derechos humanos son:

“Aquellos derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales inherentes a la persona humana, así como aquellas condiciones y situaciones indispensables, reconocidas por el Estado a todos sus habitantes sin ningún tipo de discriminación, para lograr un proyecto de vida digna” (p.19).

Esta terminología, es decir, derechos humanos, es un concepto del siglo XX que surge al mundo jurídico con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, empero, no se puede decir que el término como tal surge con el reconocimiento de los derechos de las personas, ya que desde mucho antes, a pesar de no ser identificados como tal, existían un grupo

de condiciones que eran protegidas por los Estados, esto gracias a que, desde miles de años atrás, los pueblos han luchado por el reconocimiento de los derechos de todos los seres humanos.

Entonces, teniendo claro lo que se entiende como derechos humanos de una forma más integral y completa, va a ser de más fácil entendimiento, el porqué de la necesidad de los pueblos por forjar un entorno de respeto por los derechos de las personas, y cómo a lo largo de la historia se ha ido construyendo lo que hoy se conoce como derechos humanos.

Con el pasar del tiempo, las civilizaciones han ido desarrollando y creando muchos de los aspectos que nos definen hoy como sociedad, por lo que resulta imprescindible conocer los descubrimientos y aportes de las primeras culturas que comienzan a adentrarse en la concepción de los derechos humanos y, es que se tiene conocimiento de esto gracias a las primeras agrupaciones de individuos que ponen en práctica la escritura, debido a que, gracias a esta, se puede tener acceso a las primeras ideas de lo que con ánimos de evolucionar se terminó conociendo como derechos humanos (Amnistía Internacional, 2009 p.21).

De acuerdo con Zamora (2007), las primeras agrupaciones de personas como el matriarcado o patriarcado, no influyen en el desarrollo de este tema, ya que era imposible hablar de los derechos de los hombres y mujeres, sino que el derecho se veía como un conjunto de privilegios del Gobierno, así como tampoco se podía determinar la existencia de potestades o facultades de los individuos (párr. 2).

Los primeros vestigios de lo que se conoce hoy como derechos humanos, data de las culturas egipcia, mesopotámica, griega y romana; la primera de ellas puede considerarse como antecedente, esto en razón que en sus manuscritos puede apreciarse una serie de normas que, de alguna manera, reflejan algunas consideraciones para con las personas, sin embargo, no es sino en Mesopotamia, donde se encuentran las primeras compilaciones de normas escritas orientadas a la organización de la vida social (AI, 2009, p.21).

Como ejemplo de lo anterior, se puede mencionar el Código de Ur-Nammu de 2050 a.C; este es el primer código escrito del cual se tiene conocimiento, asimismo, es el predecesor del Código de Hammurabi, cuerpo normativo más conocido ya que contenía la famosa Ley del Talión, misma que, si bien hoy puede parecer algo extrema, marca el inicio de los aspectos básicos de la sociedad de derecho, como la acción y consecuencia que esta puede traer.

Un avance sustancial surge de la cultura griega, ya que es aquí en donde nace la figura de la democracia, misma que se basaba en el concepto de la dignidad humana de los ciudadanos, empero, para este momento, no todos podían tener el privilegio de ser ciudadanos griegos; esta condición la ostentaban unos pocos quienes, además, tenían el poder de influir en la toma de decisiones dentro del gobierno. Como era de esperarse, la restricción a la condición de ciudadanía condujo a enfrentamientos por el descontento de los habitantes de Grecia, razón por la cual se fue reduciendo la restricción hasta dejar excluidos a los esclavos, mujeres y extranjeros.

Es claro cómo, a pesar de los avances, aún se mantenían violaciones que por la época y la cultura no eran consideradas como tal y tomó muchos años mejorar las condiciones de aquellas personas que vivían en un entorno de desigualdad; es con la aparición de la filosofía que se dan los más grandes avances en materia de derechos humanos, ya que los sofistas llegan a plasmar la reflexión sobre la moral y de cómo esta influye en el desarrollo de los sistemas u organizaciones sociales basándolos en las leyes naturales, tal y como lo establece Zamora (2007):

“En Grecia se empieza a manifestar una corriente filosófica tendente a dignificar la concepción del ser humano, esta corriente que es entorno a Zanoón de Cito, el cual se afilió plenamente a la cultura griega (...). Los escritos estoicos hacen alusión a la razón humana como base del derecho, e indican que los hombres son iguales en cuanto seres racionales, y por ello todos deben disfrutar de los mismos derechos por estar sometidos a las mismas leyes naturales” (párr. 8-10).

Gracias al desarrollo de estas grandes culturas, nace la romana, la cual reúne todos los aportes de sus antecesoras y logra un desarrollo organizacional creando un cuerpo de leyes, siendo la cultura modelo del derecho civil, mismo que centra las bases del derecho en los países occidentales. La primera ley escrita en Roma fue las “Doce Tablas”, que como se mencionó, sienta las bases del derecho para Occidente y deja una idea más clara de justicia. Al reunir la cultura romana, los aportes de la cultura griega principalmente, también existían algunas desigualdades que de alguna manera influían en la violación de derechos.

Durante el desarrollo de las culturas occidentales, en el oriente se comienzan a desarrollar algunas otras, por ejemplo, la cultura China; esta tuvo grandes pensadores que enfocaron sus reflexiones en las injusticias humanas, tal es el caso de Confucio y Laot-Tsé quienes difundieron la igualdad entre los hombres, vestigio de las garantías individuales de los hombres; asimismo, se

tiene conocimiento de que en la India se comienza a desarrollar una gran cultura (Zamora, 2007, párr.3).

Así, por ejemplo, se tiene conocimiento de cómo Buda, quien enseñaba su filosofía principalmente en el norte de la India, comienza a criticar el sistema de castas del hinduismo, sistema discriminator e inhumano, es decir, inicia a advertir la existencia de un trato desequilibrado a los ciudadanos. Contemporáneo a Buda, se inicia el pensador chino Confucio, a quien se le debe el pensamiento de un orden social en el cual impere la igualdad entre los gobernantes y los ciudadanos, es decir, en donde no existan relaciones de poder que lleguen a generar desigualdades, sino de armonía entre cualquiera de los grupos sociales, llámese entre familias o gobernantes y súbditos.

Con vista en lo anterior, se puede considerar que, desde antes de Cristo, se venía dando un acercamiento a lo que hoy se conoce como derechos humanos, y es más notorio aún con la aparición de la corriente filosófica, ya que muchos pensadores son los que implementan y desarrollan con mayor fuerza esta concepción del derecho, y es así como, por primera vez en occidente con los aportes de Cito, surge la idea de dignificar al hombre.

Por otro lado, un aporte muy importante a los derechos humanos fue el surgimiento de las religiones monoteístas, principalmente la judía, la cual “a través de sus profetas se hacen relevantes declaraciones que exhortan a actuar con justicia y a comportarse fraternalmente” (AI, 2009, p.26), de esta concepción religiosa es que nace la teoría natural de los derechos humanos, misma que se va a explicar más adelante. No obstante, el principal antecedente lo tenemos en el Antiguo Testamento, más conciso aún en el Decálogo, es decir, en el texto de los Diez Mandamientos, los cuales constan en el libro del Éxodo, de origen judío.

En el decálogo, hay que distinguir entre preceptos exclusivamente religiosos y preceptos éticos. (...) los mandatos religiosos son: amar a Dios, honrar su nombre, santificar sus fiestas. Los demás son éticos: honrar a los padres, no matar, no robar, no mentir, no codiciar lo ajeno, son preceptos admitidos por todas las morales. (...) esta distinción entre preceptos religiosos y éticos, se ve con mucha claridad en el resumen que da el cristianismo: los diez mandamientos se reducen a dos: amar a Dios (religioso) y amar al prójimo (ético) (AI, 2009, p.26 citando a Marina, 2000).

El judaísmo es la base del cristianismo, uno de los principales antecedentes de los derechos humanos, ya que este vende la idea de la igualdad de los hombres, además, Cristo difunde su mensaje teniendo al hombre como creado por Dios a su imagen y semejanza, lo cual pretende que este sea visto como igual a sus semejantes, elemento decisivo en la implementación y fundamentación de los derechos humanos, pues, como se dijo, fundamenta la posición naturalista, además, el cristianismo contribuye a que esa idea de igual entre los hombres, sea acogida por otras religiones como el islam.

Según Zamora (2007),

“El pensamiento cristiano fue (...) difundido en los primeros siglos de nuestra era por los discípulos de Cristo (...). Estas nuevas ideas otorgan al ser humano un valor superior, proclamando también la igualdad de los hombres como hijos y criaturas de Dios, fomentaron ideas de rechazo a la esclavitud y establecieron nuevos valores morales a la conducta individual y colectiva de los seres humanos” (párr.12).

De lo anterior, es evidente que el cristianismo es el que implementa una idea más concisa de los derechos humanos y de cómo estos deben ser inherentes al hombre, por el hecho de ser hijos de Dios; con esto se sientan las bases de los cambios a la normativa Romana tanto así que se implementa por primera vez la creación de “instituciones humanitarias que se transformarían en derechos que reconocen la dignidad de la vida de todos los hombres” (Zamora, 2007, párr.13 citando a Quintana, 2006); si bien es cierto, no se puede afirmar que esto generó un cambio sustancial, fue un gran avance.

Lo cierto es que, con el cristianismo, se tiene un gran avance a la protección de los derechos de los hombres, así como de su dignidad, esto no significó el fin de la lucha, ya que, con la invasión de los pueblos germánicos en Europa y la descomposición del Imperio Romano, surgen problemas étnicos y religiosos entre las poblaciones ya asentadas, lo que generó una lucha de defensa ante los invasores y trajo como consecuencia que se dejara en el olvido los avances que se tenían respecto de la defensa de los derechos de los individuos (AI, 2009, p.31).

Como consecuencia de lo anterior, surge en Europa una nueva forma de organización social, conocida como el feudalismo; en ella se da una división social, básicamente en tres clases desiguales entre sí: la primera de ellas es la que constituían todos aquellos que conformaban la

iglesia y representaban el poder divino; la segunda, los nobles, quienes poseían poder político y, por último, los siervos quienes estarían sometidos a la autoridad política, además de que estaban obligados a permanecer en las tierras; es evidente el retroceso y la desigualdad que se ostentaba en ese momento (AI, 2009, p.31).

Para esta etapa, el señor feudal poseía un control total sobre las tierras, sin embargo, no solo las tierras le pertenecían, sino que los siervos que las trabajaban también eran de su propiedad, por lo que es evidente que ese poder de control hace imposible la existencia de derechos para los siervos, y, por el contrario, estos vivían en una situación de abuso, lo que hacía una similitud con la vida en esclavitud. Es importante mencionar que con el feudalismo se trata de limitar la vida en esclavitud y, por esta razón, es que se da la denominación de siervo, sin embargo, como ya se mencionó, no había mucha diferencia más que la forma de llamar a estas personas.

La lucha básicamente consistía en limitar el poder de los que lo poseían, así como acabar con esa atmósfera de desigualdad, por esta razón es que, ante la disconformidad, los siervos se agrupan y deciden manifestarse.

“El malestar entre los siervos a causa de los abusos que padecían, dio lugar a distintas quejas y revueltas. Una de las más conocidas fue la Guerra de la Remesas en Cataluña (...) y que supuso un avance en la mejora de las condiciones de vida del campesinado (AI, 2009, p.32)”.

Con la llegada de siglo XII, surge una nueva clase social conocida como la burguesía, que no era sino la clase media, es decir, aquel grupo de personas que ostentaban una vida más cómoda, pero que, al sentirse desvinculados de las sumisiones feudales, inician una lucha por la defensa de sus derechos, ante lo cual, se obtiene como resultado, el reconocimiento de derechos (AI, 2009, p32).

De acuerdo con Zamora (2007), las primeras manifestaciones de los derechos humanos que se conocen hoy, se dan en Inglaterra, en la época del siglo XII, con la promulgación de su constitución escrita,

“...esta Carta compila por primera vez en forma escrita el conjunto de normas y principios consuetudinarios reconocido en Inglaterra y en la mayor parte de los países de Europa, en esta, se van a expresar los compromisos del monarca con la nobleza británica, el cual es considerado como el antecedente más claro del uso de las Garantías dentro de la historia...”

Con esta Carta, no se logra la creación de una lista de derechos, sino que su objeto era básicamente buscar el cumplimiento de las garantías de los individuos, un ejemplo de ello son las siguientes disposiciones presentes en dicha Carta:

"38. En lo sucesivo, ningún representante de la autoridad llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin presentar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquellas."

"39. Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino."

"40. No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia (AI, 2009, p.32).

Existieron otros ordenamientos en Inglaterra que consagraron la protección de los derechos de los individuos, por ejemplo, la creación del Habeas Corpus, el cual tenía como fin la protección de la libertad corporal del hombre; este consistía en un instituto jurídico protector de los arrestos o detenciones arbitrarias y, así podemos encontrar diversas manifestaciones en las cuales se comienzan a amparar diversos derechos, tal es el caso de la libertad de culto, la libre expresión, así como el principio de legalidad, el derecho a ser representado por un abogado (Zamora, 2007, párr.27).

Otro país que aporta mucho al origen de los derechos humanos es España, sin embargo, estos se veían como garantías individuales, principalmente como fueros, los cuales debían ser respetados por el Rey, ya que este era obligado por una autoridad a cumplir con el respeto de estos. "En España, la Constitución de Cádiz consagró algunos derechos del ciudadano frente al monarca: el derecho a la audiencia, a la protección del domicilio, el respeto a la propiedad privada y a la libertad de expresión" (Zamora, 2007, párr.32)

No se puede dejar de lado el gran aporte de Francia, ya que con la Revolución Francesa se marca una línea muy importante para la historia y para el desarrollo de los derechos humanos, y es que es con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, que se establecen los límites a la desigualdad que durante décadas habían sufrido el ser humano; y, como

se expresa en el preámbulo de la misma Declaración, el ideal de esta es la promoción de y el respeto de los derechos y libertades de los individuos.

Ahora bien, se dice que la verdadera Declaración Universal de los Derechos del Hombre se da en América en 1787, cuando América del Norte estaba bajo la colonización inglesa; en esta Declaración se amparaban derechos como el de la vida, la seguridad, libertad de sufragio, derecho a cambiar la forma de gobierno, garantía del proceso penal, entre otros (Zamora, 2007, párr.36), sin embargo, no es sino hasta que concluye la II Guerra Mundial cuando la Organización de Estados Americanos que se da a conocer esta Declaración.

Es importante mencionar que la II Guerra Mundial, con la multitud de atroces crímenes y la crueldad humana que se vivió, así como la necesidad de que estas barbaries no se volvieran a repetir, fue el acontecimiento que marcó el antes y el después de los derechos humanos, ya que con su finalización se comenzaron a implementar y crear diversos tratados y mecanismos jurídicos para la protección de los derechos humanos.

Recapitulando, han sido miles de años transcurridos, llenos de historia y de acontecimientos que dan sustento al derecho de los derechos humanos que se tiene hoy, sin embargo, son algunos sucesos los que marcan el antes y el después del sistema; los más importantes son:

- Aportes filosóficos
- Cristianismo
- Renacimiento
- Conflictos bélicos

Primeramente, se puede apreciar los aportes filosóficos, por medio de los cuales se comienza a mostrar los vestigios de los derechos humanos, vistos desde la moral y como esta debe influir en el correcto desarrollo de la sociedad y las relaciones que surgen de esta, mismas que deben basarse en el equilibrio y en la armonía; por otra lado, el cristianismo viene a marcar el comienzo de una idea en donde la persona debe ser vista como igual y considerarla como tal por ser esta producto de la creación de Dios en donde no existe distinción alguna; como se ha venido haciendo énfasis, con este surge la idea del derecho natural, un derecho que nace con la persona y que le es inherente a esta por la simple condición de serlo.

Con la época del Renacimiento, es en donde se dan los cambios sociales más significativos; ya las personas comienzan a creer en sus derechos y a luchar por el respeto de los mismos, y es gracias a estos movimientos, que surgen codificaciones o compendios escritos que reconocen estos derechos y, no solo los reconoce, sino que obliga a los dirigentes estatales y a los que ostentaban poder respetar dichas disposiciones; para ilustrar, se pueden mencionar la Carta Magna inglesa de 1215, el acta de Habeas Corpus de 1679, la Carta de Derechos “Bill of Rights” de 1689, la Declaración Francesa de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789, la Constitución de Cádiz de 1812, entre otras más.

No obstante, son los conflictos bélicos o Guerras Mundiales, principalmente la II Guerra Mundial, los que más han marcado la humanidad por las atrocidades que dejaron con su paso, permitiendo esto: que quedara al descubierto la necesidad de implementar las medidas necesarias para no dejar impune el dolor que miles de personas sufrieron y evitar que esas situaciones se presentaran a futuro, razón por la cual la Organización de Naciones Unidas aprueba en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y, a partir de esta, se crean los demás mecanismos destinados a la protección de los derechos de las personas.

Como se ha venido exponiendo, el campo de los derechos humanos ha sido un tema de constante progreso y que han ido cambiando con el paso del tiempo; asimismo, es importante acotar que estos han surgido a lo largo de las etapas de la historia y de los múltiples conflictos y acontecimientos; de lo que no queda duda, es de que todos los seres humanos deben gozar de ellos, ya que estos son el resguardo de una vida digna para que estos puedan desarrollarse plenamente.

Ahora bien, teniendo claro la definición y origen de los derechos humanos, es necesario estudiar las teorías que fundamentan la existencia de estos y la necesidad de su aplicación en los ordenamientos jurídicos.

### **Teorías de los Derechos Humanos**

En definitiva, la historia de los derechos humanos ha sido una forma de poder explicar el porqué de la existencia de estos, y de cómo se han convertido en aspectos de suma importancia

para la sociedad en la actualidad, ahora bien, es preciso ahondar un poco acerca de las teorías que fundamentan su existencia.

Durante el desarrollo de la historia, se han generado algunos debates acerca de la construcción y fundamentación de los derechos humanos, y es que con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se han presentado discusiones respecto de estos temas. Se dice que, de acuerdo con la filosofía del derecho, únicamente se puede estar en uno de los bandos, en el iusnaturalismo o en el iuspositivismo, es decir, en el derecho natural o en el derecho positivo; estas dos categorías o teorías son las que explican el origen de los derechos humanos, por lo que es preciso pasar a explicar cada una de ellas.

### **Teoría iusnaturalista o del derecho natural.**

Antes de comenzar a analizar la teoría del derecho natural, es preciso definirlo, de acuerdo con la Real Academia Española el derecho natural es el “conjunto de valores, principios y reglas de conducta previas al derecho establecido, que lo inspiran”. Dicho de otro modo, el derecho natural es aquel que fundamenta su ser en aspectos que derivan de lo moral, como aquel grupo de valores y principios que dimanar de lo ético.

De acuerdo con Amnistía Internacional (2009), el iusnaturalismo es aquel que:

“...sostiene que el origen de los derechos humanos no reside en la ley positiva, sino que parte de la naturaleza propia del ser humano...”. Una definición clásica de iusnaturalismo es la siguiente: el derecho natural es aquel que la naturaleza da a los seres humanos por el simple hecho de serlo (p.18).

En otras palabras, se considera que los derechos humanos son desde el punto de vista natural, es decir, que son parte de la naturaleza, que nacen con cada individuo, además, deben entenderse como un conjunto de valores que fundamentan su existencia; en cierta medida, se considera que la ley natural va de la mano con la ley divina, ya que como se comentó en su momento las religiones monoteístas, principalmente el cristianismo, implementan la idea de que el derecho nace con el hombre por el simple hecho de ser hijo de Dios.

Por consiguiente, el derecho natural no busca que se haga una distinción o una categorización de este, sino que lo que pretende es que se considere su existencia como un deber de garantizar los derechos del ser humano, pero desde el punto de vista moral y de la razón humana. De acuerdo con Magaña (2015) citando a Hervada (1996), el derecho natural debe verse como un hecho:

“...nuestra razón nos prescribe como obligatorias determinadas conductas u omisiones. Estos dictados de la razón, que se nos presentan como formalmente obligatorios, con obligación perfecta, es lo que recibe el nombre de ley natural. Esta capacitación práctica de los dictámenes racionales como obligatorios, no está necesariamente vinculada del conocimiento de Dios ... ni tampoco el dictamen de la razón natural consiste de hecho siempre en la captación del precepto como mandato divino, sino en la captación del bien como algo que hay que hacer y del mal como algo que hay que evitar, siendo la conciencia el juicio de aprobación o desaprobación de la conducta; el sentimiento por la contravención de la ley natural conocida es un hecho real, como es un hecho real que ese sentimiento de culpa se puede presentar aun sin una referencia directa a Dios” (p.95).

Si bien es cierto, como ya se mencionó, el iusnaturalismo frecuentemente es relacionado con la ley divina, esto porque se considera que los derechos humanos tienen un origen moral, y este vínculo tiene sentido ya que, de acuerdo con las creencias religiosas, el hombre como hijo de Dios al ser hecho a su imagen y semejanza, trae en su esencia el actuar conforme a sus normas morales y al dictado de su conciencia; “hay una íntima relación entre el orden moral y ser del hombre, porque el orden moral es el orden del ser humano” (Hervada, 1996 citado por Magaña, 2015, p.98).

Ahora bien, según Magaña (2015), no todo lo moral debe considerarse como derecho, “el campo de lo moral es mucho más amplio que el del derecho: abarca todos los aspectos de la persona. El derecho sólo a aquellos en los que el individuo entra en relación con otros en la comunidad completa” (p.103); entonces, puede considerarse lo moral como todos aquellos principios o normas que rigen el actuar de cada individuo desde la perspectiva espiritual y de conciencia, y el derecho como aquel conjunto de normas que, de acuerdo con el iusnaturalismo dotadas de principios morales, dirigen el actuar de cada persona con el resto de la comunidad.

Un aspecto importante que dimana de la teoría naturalista del derecho, es que esta es superior al derecho positivo, es decir los doctrinarios y estudiosos de esta consideran que el derecho natural es la base del derecho positivo, y que, sin el derecho natural, el derecho positivo no podría considerarse ley, pues de acuerdo con Magaña (2015) “la ley solo es ley si es una conclusión o una determinación de la ley natural” (p.101); no obstante, hacen la aclaración que estas dos percepciones del derecho no deben distar una de la otra, sino que el naturalismo debe ser el sustento del positivismo, es decir, deben formar un mismo sistema jurídico.

### **Teoría iuspositivista o del derecho positivo.**

Siguiendo la definición de la Real Academia Española, el derecho positivo es aquel “derecho establecido, por oposición al derecho natural”, sin embargo, de acuerdo con García Máynez (1999) citado por Magaña (2015) el positivismo jurídico debe verse “...como un conjunto de normas puestas (e impuestas) por seres humanos, y en que señalan como tarea a la conciencia del mismo, estudiar, y a la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido” (p.84); en otras palabras, el positivismo es el conjunto de normas emitidas por un grupo de personas facultadas por ley para hacerlo, en donde lo realmente importante es que se haya cumplido con las formalidades necesarias para su creación.

Lo importante es entender que, de acuerdo con los estudiosos del tema, los derechos humanos surgen del derecho positivo, que es aquel creado por el hombre, que va más allá de preguntarse qué es lo que reglamenta, sino la forma en que ese derecho se regula, en palabras de Bobbio (1992) citado por Magaña (2015), “aquí ‘forma’ es entendida en el sentido más común, es decir, de un continente que no cambia con el cambio del contenido” (p.84).

Esto en razón que:

“La progresividad de los derechos humanos tiene que ver con un desarrollo sostenido de reconocimiento de un catálogo cada vez más amplio de los derechos humanos, lo cual es un proceso irreversible. Esa progresividad inicia con la “positivización... de derechos individuales (civiles y políticos), en un principio, pasando luego por derechos colectivos (económicos y culturales) ...” (Rodríguez, 2016, p.65).

En ese mismo orden de ideas, Serrano y Vázquez (2011) consideran lo siguiente: "...se establece como punto de partida que los derechos humanos son exigencias éticas justificadas, especialmente importantes, que deben ser protegidas eficazmente a través del aparato jurídico". (p.13). Por lo que se parte de que para obtener un adecuado manejo de los derechos humanos y para que estos tengan una efectiva protección, deben existir normas que así lo determinen; termina diciendo este autor "que sean exigencias éticas justificadas quiere decir que necesariamente exista una relación jurídica donde se especifique con claridad quien tiene el derecho, quien la obligación y cuál es el contenido de la misma" (p.14).

En razón de lo anterior, es que se parte de la premisa de que el derecho natural no puede llegar a brindar la seguridad jurídica que sí brinda el derecho positivo, ya que al no existir una norma escrita que indique quién es el receptor del derecho, el obligado a respetarlo o a otorgarlo y de qué manera debe hacerlo, resulta muy fácil evadir la situación, e incluso, alegar desconocimiento de la misma; mientras que el derecho positivo, por el contrario, busca evitar que se den esas situaciones y plasma la norma.

Por tal razón, el positivismo no considera la existencia de principios morales, lo único que importa en esta concepción del derecho es que el poder Estatal es el que determina qué se considera como ley y la imposición de esta, en otro sentido, solo se considera derecho aquello que forme parte de un ordenamiento jurídico, que previamente haya sido aprobado por el Estado. Asimismo, se considera que es norma únicamente lo que conste por escrito.

Tomando como base los aportes de Kelsen, aunque el positivismo no concibe que el derecho nace de un ser divino, Dios, sino que este es creado por el hombre, puede considerarse que "todo orden jurídico positivo puede estar conforme con algunas de esas normas de justicia...sin que tal conformidad pueda ser considerada como fundamento de su validez" ("La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", 2008, p.193), para tales efectos, es necesario aclarar que este doctrinario apunta que no es que esta categorización del derecho se basa en normas de justicia, sino que puede en determinadas ocasiones basar su creación en la valoración de estas.

Otra perspectiva positivista que contempla Magaña (2015) en su tesis, es que el derecho no es sino un sistema para dirimir conflictos, expresa el autor que "el derecho solo tiene que observar lo que pasa en la sociedad para determinar, en la ley qué "bienes", de los que se distinguen y sobresalen, tiene que proteger con una norma jurídica" (p.89); en otras palabras, el positivismo crea

e impone leyes que resguardan bienes jurídicamente relevantes para que, en caso de que se den disputas entre las personas, estas encuentren amparo a sus intereses.

Como fundamento de esta teoría, podemos ver que, en efecto, la protección de los derechos humanos comienza a ser más firme con la positivización de normas que contenían declaraciones de derechos, como por ejemplo, la promulgación de las Declaraciones de Derechos Humanos, siendo esta el punto de inicio de la Declaración Francesa, como antecedentes más claros la Carta Magna del 1215 y el “Bill of Rights” de 1689, entre otras.

Habiendo analizado cada teoría, es preciso considerar que, el positivismo jurídico, es la hipótesis que va a fundamentar esta investigación, sin embargo, es preciso acotar que, a criterio de la presente, el derecho es una ciencia que ha ido en constante progreso y, más aún, en lo que a derechos humanos concierne, y es claro que con las primeras civilizaciones el derecho surge de sus acciones y de cómo estas fueron evolucionando a convertirse en una forma y organización de vida, por esta razón es que se considera que, aunque hoy los sistemas jurídicos son en su mayoría escritos, muchos de ellos encuentran su génesis en el derecho consuetudinario.

Con vista en lo anterior, lo importante es hacer ver al lector que el albor de los derechos humanos es por diversas concepciones que se convirtieron en hechos, los cuales, posteriormente, evolucionaron en costumbres que identificaban a cada agrupación y se convirtieron en la forma de vida de las personas. En definitiva, estas acciones fueron evolucionando hasta convertirse hoy en normas que organizan a cada sociedad y que, para asegurar un orden, se han ido consignando en diferentes documentos escritos.

Es importante mencionar que la disyuntiva entre estas dos formas de ver el derecho, radica básicamente en que, para los defensores del derecho natural, la norma que obliga al buen actuar proviene de la conciencia del hombre, es decir, que el derecho nace con el hombre, con su moral y por lo tanto todo aquello que atente contra esta se considera como una ley injusta, esto debido a que la fuerza coactiva del derecho radica en la justicia divina; mientras que, los positivistas insisten en que la validez de la norma nace con la creación de la misma por parte del Estado y el poder coactivo que este ejerce sobre ellas.

Por consiguiente, considera la presente que a pesar de que muchos autores afirman que no hay un punto medio entre el derecho natural y el derecho positivo, o que no puede considerarse

uno la base del otro, existe una vinculación entre ambos; no en el tanto de que el primero es la base del segundo, sino que el derecho natural que surge de aspectos morales que han sustentado en gran medida las normas, las cuales ha sido necesario positivizar, es decir, hacerlas constar en textos escritos para poder gozar hoy de tratados, convenios y leyes que promueven y amparan los derechos humanos, escritos que han sido creados por el hombre.

A modo de fundamentar la afirmación hecha supra, se toman las palabras del Doctor Llobet (2018), autor que sigue la misma línea de pensamiento de la suscrita y en lo que interesa dice:

“...el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...está relacionado con la doctrina del derecho natural... la doctrina del derecho natural clásico, desarrollada en particular por la Ilustración, desempeñó un papel importante como antecedente del surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, este último debe ser considerado, en definitiva, como derecho positivo y no como derecho natural” (p.27).

Para mayor comprensión y evitar confusiones, la teoría positivista del derecho va a servir de base para la presente investigación, pero en el tanto de que para quien investiga los derechos humanos deben versar sobre el positivismo porque la norma escrita es la que obliga y la que define la forma en que se aplica el derecho.

Se ha descrito, líneas atrás, la historia de los derechos humanos, los principales sucesos o acontecimientos que contribuyeron a su origen, así como también se detallaron las teorías que dan sustento a su aplicación y protección, sin embargo, se considera necesario abarcar un poco más respecto de estos antes de iniciar con el desarrollo del tema que nos ocupa, ya que es necesario para una correcta comprensión de este, determinar cómo es que estos derechos alcanzan una connotación internacional, y, por otro lado, cómo se inicia el vínculo entre los derechos humanos y el ordenamiento jurídico de Costa Rica.

## **Internacionalización de los Derechos Humanos**

Bueno, como se ha dicho ya en varias ocasiones, es con el desenlace de la II Guerra Mundial que se inicia un cambio dirigido a la protección de los derechos humanos, ya que la barbarie que se vivió durante este movimiento bélico fue tal, que la concepción de dignidad del hombre se vio

casi destruida. Como consecuencia de lo anterior, se tiene uno de los antecedentes más importante en la internacionalización de los derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, promulgada en París por la Organización de las Naciones Unidas.

Es necesario mencionar que la ONU, es la principal organización a nivel mundial dedicada a propiciar la paz entre las naciones, así como impulsar relaciones de amistad entre estas; asimismo, la creación de esta contribuyó a que se diera una revolución jurídica para los derechos humanos, ya que antes de su aparición, a pesar que ya existían organizaciones que se preocupaban por la necesidad de que se reconocieran los derechos de las personas, nunca significó nada revolucionario, sin embargo, esto cambia con la creación de esta organización y más adelante con la promulgación de la DUDH.

Con la promulgación de la Declaración Universal, se inicia la creación de algunas otras que llegan a complementar el texto, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con el PIDCP, se adoptaron dos protocolos que en conjunto con estos dos Pactos y la Declaración Universal, constituyen lo que se conoce como Carta Internacional de los Derechos Humanos (Llobet, 2018, pp.129.130). Valga mencionar que, después de estos, han surgido muchos más, mismos que conforman el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos.

Entonces, la internacionalización de los derechos humanos se da cuando estos se reconocen a nivel internacional por medio de un consenso entre los Estados, esto se logra cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos, llámense pactos, declaraciones, tratados, convenios, entre otros, son adoptados por los Estados como parte del ordenamiento internacional de derechos humanos que los rige. Con la internacionalización de los derechos humanos surge el término Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual es una rama del Derecho Internacional Público.

Así lo ha dicho Llobet:

“...derecho positivo... se trata de una rama del Derecho Internacional Público que ha surgido, especialmente, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial. Se ha venido desarrollando a través de diversos instrumentos internacionales, tales como tratados,

declaraciones, directrices, principios y reglas mínimas aprobadas por la comunidad internacional (2018, p.37).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en palabras de Javier Llobet (2018) es:

“...debe entenderse por Derecho Internacional de los Derechos Humanos aquella rama del Derecho Internacional Público que establece los derechos del ser humano por el simple hecho de serlo, basándose en el principio de dignidad de la persona, el cual sostiene que todos los seres humanos tienen una misma dignidad y debe garantizárseles un mínimo de derechos como consecuencia de ello...”.

Debe advertirse que, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, forma parte del Derecho Internacional Público, pero a diferencia de este, tiene la particularidad de que no regula las relaciones entre los Estados, sino que establece más bien derechos del ser humano frente al Estado (p.29).

Enfatiza nuevamente el autor “Es el Estado al que se le puede hacer responsable por haber quebrantado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero, no a los particulares” (Llobet, 2018, p.35).

Utilizando otras Ventura (2014) define el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como “aquel derecho que regula la protección de las personas y grupos de personas en contra de las violaciones cometidas por los Estados, de sus derechos internacionalmente garantizados y la promoción de esos derechos” (p.257).

Un dato significativo, que más que para complementar la investigación, se aporta con la intención de instruir un poco más en el tema, es que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se utilizan los términos derechos humanos o derechos fundamentales de manera indistinta, es decir, como si estos fueren sinónimos, lo cual no es del todo falso, pero cada término se debe utilizar según el escenario en el que se encuentre.

Cuando se habla de derechos humanos, debe partirse del hecho de que estos son los que reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, lo que plasman los diferentes instrumentos de protección de derechos humanos; mientras que, derechos fundamentales son los derechos humanos que han sido ratificados por los Estados, es decir, los derechos

fundamentales son los derechos humanos que se garantizan a nivel interno de cada Estado, después de que este los haya incorporado al ordenamiento por medio del trámite de ratificación.

Esta diferenciación puede resultar un poco confusa, sin embargo, a manera de ejemplificar para una mayor comprensión, se puede partir del hecho de que, cuando se alegue la violación de un derecho en el ámbito interno, debe hacerse fundamentado esa violación a un derecho fundamental consagrado en el ordenamiento del Estado en particular pero, cuando no se encuentra reparación a ese derecho en el ámbito interno, entonces haciendo uso del DIDH se puede acudir a los órganos internacionales facultados para protección de estos derechos a alegar la violación de un derecho humano plasmado en ordenamiento internacional.

En síntesis, la internacionalización de los derechos humanos toma fuerza con el término de la II Guerra Mundial, cuando después de la barbarie que esta dejó con su paso, se comienzan a tomar medidas para la protección de derechos, por tal razón la ONU aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a esta la siguen una serie de documentos que sustentan su contenido y crean la Carta de las Naciones Unidas; así pues, con el consenso de los Estados y el reconocimiento que estos hacen a los instrumentos internacionales surge el DIDH y a partir de ese momento, se consolida el orden internacional en materia de derechos humanos.

Durante ese proceso de internacionalización, cada Estado jugó un papel muy importante, por tal razón, resulta de importante trascendencia estudiar de forma sucinta, cómo fue el proceso que se vivió en Costa Rica y además cómo es que acoge el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### **Costa Rica y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Costa Rica ha sido un país pionero en materia de derechos humanos, según Alpízar (2011), incluso, hasta antes de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya en este país se luchaba por la búsqueda de beneficios para el pueblo; claro está que, para ese momento, se luchaba por garantías que hoy se conocen como derechos humanos. Desde el siglo XIX se tiene conocimiento de grupos organizados que luchaban generalmente para garantizar mejores condiciones de vida a los sectores más desprotegidos (p.21).

Es en la década de los años 40, que se dan una serie de cambios en el gobierno costarricense por la creciente pobreza y pérdida del sector económico, también hubo repercusión en el sector político, sin embargo, fue en esta época, cuando se dieron las mayores victorias en materia de derechos humanos, ya que se dan reformas sociales como el establecimiento de seguridad social y con ello la creación de la Caja Costarricense de Seguro Social, las garantías sociales, la creación del Código de Trabajo para regular las relaciones laborales y brindar garantías mínimas a los trabajadores (Alpízar, 2011, p.27).

En otro orden de ideas, Costa Rica ha sido el principal promotor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, principalmente, de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues como se verá, es gracias a la intervención de la delegación costarricense que se aprobó como sede de la Corte este país. Además, es importante mencionar que, es en San José, la capital de Costa Rica, donde se suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tomando las palabras del juez Ventura (2011), se ilustra la activa participación de Costa Rica en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

“Ha sido Costa Rica, pequeño país de la América Central, democracia tradicional, con una larga tradición de respeto a los derechos humanos, el país que, por muchos años y a través de varias administraciones de diferente signo ideológico, ha desempeñado un papel de liderazgo dentro de la OEA en el campo de los derechos humanos, coadyuvando con una serie constante de iniciativas y decisiones políticas, a que se alcanzaran muchos de los logros del sistema para los pueblos de América y para los americanos, entre ellos, la entrada en vigor de la propia Convención y el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...).

Debe mencionarse, entre otras iniciativas y decisiones políticas costarricenses que, durante la Administración Trejas [sic] Fernández 1966-1970, se celebró en el Teatro Nacional de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, donde se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos que fue llamada “Pacto de San José de Costa Rica”. Dicha Conferencia fue presidida por el Licenciado Fernando Lara Bustamante, Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica (pp.8-9).

Además, valga mencionar que es Costa Rica el primer país parte de la Convención Americana en aceptar la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta aceptación se plasma en el Decreto Ejecutivo N° 7060 RE (Ventura, 2011, p.9). Puede verse como Costa Rica, en efecto, es un país muy activo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y como incluso desde antes de formarse el Sistema ha incursionado en la promoción de los derechos de las personas.

Por otro lado, con la internacionalización de los derechos humanos, surge la necesidad de crear sistemas u organizaciones que se encarguen de la tutela de los derechos humanos, en este caso se trata de la creación de sistemas regionales, ya que, en principio, se cuenta con un sistema general o universal y es la Organización de las Naciones Unidas; sin embargo, este tema no se va ahondar a profundidad, pues, aunque guarde estrecha relación con la investigación, no puede dedicarse mucho tiempo de esta para su estudio.

### **Sistemas regionales de tutela de los derechos humanos**

Los principales sistemas regionales que existen para la tutela de los derechos humanos son tres, el Sistema Europeo de Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Africano de Derechos Humanos; se va a analizar cada uno rápidamente.

#### **Sistema Europeo de Derechos Humanos.**

El Sistema Europeo cuenta con dos instrumentos principales para la promoción y protección de los derechos humanos, ellos son la Carta Social Europea y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la cual fue adoptada en 1950; con la Convención Europea, se creó un control jurisdiccional, el cual recayó en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mismo que encontraba auxilio en la Comisión Europea de Derechos Humanos, sin embargo, esta es eliminada y se fusiona en el Tribunal (Llobet, 2018, p.132).

Un aspecto que vale mencionar es que, una vez que los países aceptan la competencia jurisdiccional del TEDH, se están obligando a acatar y cumplir con las disposiciones de este, pues sus decisiones tienen fuerza vinculante; el Tribunal Europeo se compone por un número de jueces igual al de las partes que han ratificado la Convención Europea, actualmente lo componen 47 jueces, estos son electos por periodos de nueve años; el Consejo de Europa es el encargado de la elección de estos; los jueces deben dedicarse única y exclusivamente a la función jurisdiccional y, además, tienen carácter permanente, lo cual quiere decir que solo podrán ser destituidos por una mayoría de dos tercios del TEDH (López, s.f., pp.168-169).

Cabe mencionar además que, el Convenio Europeo, se firma en el marco del Consejo de Europa, razón por la cual algunos órganos que se menciona en la Convención y que, pertenecen a esta, son parte de este Consejo, mismo que es muy activo dentro del Sistema Europea, pues como se mencionó, se encarga de la elección de jueces y además, se le han encomendado otras funciones, entre ellas, supervisar el cumplimiento de las decisiones del TEDH.

### **Sistema Africano de Derechos Humanos.**

Este sistema está creado bajo la Organización de la Unidad Africana, además, es el sistema regional más reciente, ya que su creación data de 1981 con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; esta carta tiene como fin principal regular derechos de carácter individual y social traía como meta prever los derechos de los pueblos “dando un gran impulso a los derechos de tercera generación” (Llobet, 2018, p.132).

Como es de conocimiento África es uno de los países que más ha luchado por el desarrollo de sus pueblos, ya que han sufrido por muchos años episodios de desigualdad y denigración, por esta razón es que se conoce de la vigorosa lucha de los líderes políticos africanos por alcanzar el desarrollo y por la defensa de los derechos humanos.

Un rasgo diferenciador de este sistema, es que por mucho tiempo la Comisión de Derechos Humanos es el único órgano del Sistema al que se le asigna la función de protección y promoción de los derechos humanos en el territorio africano. Esta nace en 1987 con el artículo 30 de la Carta Africana. La Comisión está compuesta por 11 comisionarios quienes tienen como función analizar los informes de los Estados miembros acerca de cómo se desarrollan de los derechos humanos en

cada uno de ellos. Valga mencionar que esta Comisión no ejerce una función de mando o de presión como lo haría un tribunal.

Por el contrario, esta organización lo que hace es controlar la protección de los derechos humanos por medio de la revisión de informes, como se mencionó; además, recibe denuncias por violaciones, ya sea interestatales o individuales; en el caso de las primeras, es cuando un Estado tiene razones fundadas para pensar que otro está vulnerando los derechos humanos, puede llamar la atención a este por escrito y tras permitir que ese Estado dé explicaciones, tratar de llegar a un acuerdo sin intervención de la Comisión, pero en caso de que las condiciones no cambien, en tres meses, puede someter el caso a la Comisión Africana.

Existe, además, la posibilidad de evitar esa solución amistosa y elevar el caso directamente a la Comisión. Por otro lado, están las denuncias individuales, las cuales pueden interponer los individuos, con autorización del artículo 55 de la Carta; por este medio, la Comisión analiza la denuncia y, en caso de encontrar un caso de violaciones graves, procede a comunicar la situación a los jefes de Estado y Gobierno para que estos tomen medidas en contra de las acciones que pongan en riesgo los derechos de los ciudadanos (“Sistema Africano...”, s.f., pp.4-5).

Como se dijo, el Sistema Africano durante mucho tiempo trabaja con un solo órgano, la Comisión, mismo que tenía poderes muy limitados, lo cual repercutió en que los derechos humanos no se respetaran como se debía, convirtiéndolo en el sistema más débil de protección a los derechos humanos, debido a que, en perspectiva comparada con los demás sistemas regionales, el europeo e interamericano, no existía un poder de control jurisdiccional que sancionara las violaciones a los derechos humanos, como sí lo tenían dichos sistemas por medio de sus Cortes.

En vista de lo anterior, y debido al debilitamiento que sufrieron los derechos humanos en el territorio africano, es que en 2004 se crea la Corte Africana, misma que comenzó sus labores en el año 2006; este órgano fue dotado de dos competencias: la contenciosa y la asesora, semejante a la consultiva que tienen el Sistema Europeo e Interamericano. Como en cualquier sistema, los Estados deben aceptar la jurisdicción contenciosa de la Corte Africana y, una vez que lo hagan, quedan supeditados a cumplir con las disposiciones de la Corte.

## **Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

Este es creado en el seno de la Organización de Estados Americanos, órgano más influyente en materia de protección y promoción de derechos humanos; fundamenta su creación gracias a la Declaración Americana de Derechos Humanos en 1948; uno de sus principales documentos es la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, esta fue adoptada en 1969 durante una Conferencia de derechos humanos llevada a cabo en San José, Costa Rica.

Los principales derechos que protege el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentran estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a partir del capítulo II y son:

1. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica
2. Derecho a la vida
3. Derecho a la integridad personal
4. Prohibición a la esclavitud y servidumbre
5. Derecho a la libertad personal
6. Garantías judiciales
7. Principio de legalidad y de retroactividad
8. Derecho a indemnización
9. Protección de la honra y la dignidad
10. Libertad de conciencia y de religión
11. Libertad de pensamiento y de expresión
12. Derecho de rectificación o respuesta
13. Derecho de reunión
14. Libertad de asociación
15. Protección a la familia
16. Derecho al nombre
17. Derechos del niño
18. Derecho a la nacionalidad
19. Derecho a la propiedad privada
20. Derecho de circulación y de residencia
21. Derechos políticos

## 22. Igualdad ante la ley

## 23. Protección judicial

Este sistema está compuesto por dos órganos: la Comisión Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes están encargados de velar por la protección y promoción de los derechos humanos con la observancia de las disposiciones de la Convención Americana; la Comisión es un órgano autónomo de la OEA; fue creado en 1959 que “tiene como función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en esa materia” (Salmón, s.f., p.11).

La Comisión tiene la atribución de recibir reclamos individuales, es decir, de los individuos u organizaciones, cuando estos, después de haber agotado todas las vías que les proporciona el derecho interno de su Estado, no encuentran reparo a sus derechos. Una vez que la Comisión estudia el caso y determina que, efectivamente, se están lesionando derechos, va a emitir recomendaciones para que los Estados tome las medidas para resarcir el daño y evitar que se vulneren los derechos nuevamente; y, en el caso de que el Estado no haga nada por modificar la situación la Comisión, puede optar por elevar el caso a la Corte.

En razón de lo anterior, es que se deduce que la Comisión tiene dos funciones: una “cuasi jurisdiccional” y otra política; ejerce competencia cuasi jurisdiccional cuando atiende las peticiones o denuncias y cuando impone medidas cautelares, ya que, sea a solicitud de parte o de oficio, la Comisión puede interponer medidas cautelares con el fin de prevenir algún daño en casos de extrema gravedad y urgencia, y con ello evitar el daño a una persona o bien, que se altere el objeto de un proceso que tenga relación con la petición que ingresó a la Comisión (Salmón, s.f. pp.21-22).

La función política o de promoción es aquella que realiza la Comisión en orden a lo que dispone el artículo 41 de la Convención Americana, el cual textualmente dice:

“La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humano en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos en América
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de

sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos

c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones

d) solicitar, de los gobiernos de los Estados, miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos

e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que estos le soliciten

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención y,

g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional encargado de aplicarla e interpretarla; la acción de interpretar la Convención se debe a la función consultiva que la Corte desempeña, tema principal en esta investigación, razón por la cual se va a dedicar un apartado para estudiar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus funciones, principalmente, la consultiva.

Bueno, habiendo analizado algunos aspectos necesarios para el adecuado desarrollo de la presente investigación, es preciso dar inicio con la misma, por esa razón es que se va a proceder con la implementación de una serie de datos que van a complementarla, y van a llenar de conocimiento al lector para ayudarlo a entender más a profundidad el tema que da origen a este estudio.

## **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada en el capítulo VIII de la Convención Americana de Derechos Humanos, "...como órgano que junto con la Comisión velaría por la protección de los derechos humanos..." (Ventura, 2011, p.6), pero, no es sino hasta en 1978, que entra en vigor, cuando el Estado de Granada depositó el instrumento que la aprobaba. Este es el único Tribunal Internacional que existe en América que, de acuerdo con Don Manuel Ventura, es una "institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos" (2011, p.7).

La Corte, aunque es un órgano creado por un tratado internacional, no es parte de la OEA, por esta razón es una institución judicial autónoma, tal como lo indica el artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual reza: "Naturaleza y Régimen Jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..." (CIJUL, s.f., párr. 28)

Es importante mencionar que la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual como se indicó supra, fue la fundadora de la Corte, se suscribió en la ciudad de San José, Costa Rica, razón por la cual es llamada Pacto de San José, asimismo, resulta importante acotar que por iniciativa de la delegación costarricense, un tiempo antes de que entrara en vigor la CADH, el Lic. Rafael Ángel Calderón Fournier, quien estaba al frente de dicha delegación; en la Asamblea General de la OEA, se aprobó la resolución AG/RES. 372 (V/III/78), en la cual se recomendaba que la CIDH fuere establecida en Costa Rica (Ventura, 2011, p.11).

Lo anterior es la razón por la cual la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en la ciudad de San José, Costa Rica, debido a que en fecha 20 de noviembre del 1978, en la ciudad de Washington, en una sesión extraordinaria de la OEA, se ratificó dicha decisión, esto en orden a lo que dicta el Artículo 58 de la CADH, el cual en lo que interesa expone: "1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención..." (Ventura, 2011, p.11).

Para Faúndez Ledesma (2009) "...la Corte Interamericana de Derechos Humanos es, sin duda, el órgano de mayor relevancia creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos." (p.166), asimismo precisa que "...la Corte está concebida como una institución judicial del sistema interamericano..." (Faúndez, 2009, p.166).

La Convención Americana de Derechos Humanos establece las competencias normativas de la Corte, sin embargo, lo relativo a su composición, estructura, y funcionamiento lo regula el Estatuto de la Corte; resulta de mucho provecho para esta investigación analizar dichos aspectos, por lo que se procede a desarrollarlos a continuación; también cabe destacar que lo relativo al procedimiento que sigue la CIDH con los asuntos que le son sometidos a su conocimiento está regularizado por el Reglamento de la Corte.

### **Organización y estructura.**

El artículo 52 del Estatuto de la Corte dispone lo relativo a la composición de la Corte, para tales efectos el artículo citado expresa:

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.
2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Es importante señalar que, cuando el artículo supra citado se refiere a Estados miembros de la OEA, no importa si estos han ratificado o no la Convención, según Alejandra Nuño esto es "Dado que la Convención Americana no hace distinciones en razón de la nacionalidad de las personas candidatas, cualquier nacional de alguno de los 35 Estados miembros de la OEA puede ser juez o jueza..." (Nuño, 2004, p.800).

Ahora bien, los candidatos a elegir deben cumplir con dos características: deben ser juristas de la más alta calidad moral y además, de reconocida competencia en materia de derechos humanos; esto genera cierta curiosidad, por tal razón se van a analizar tales requerimientos. En lo que respecta

a la más alta calidad moral, resulta algo impreciso determinar los alcances de esta frase, debido a que no existe en la Convención alguna definición o especificación respecto de qué aspectos deben reunirse para cumplir con esta característica.

Al no haber forma de precisar el significado de calidad moral en el marco jurídico, es necesario proceder a definir cada palabra por separado; por eso, de acuerdo con la Real Academia Española, la palabra calidad puede conceptualizarse de la siguiente manera “conjunto de propiedades de un producto, de un servicio, de una empresa o de una organización que le confieren su aptitud para satisfacer unas necesidades expresadas o implícitas.”, y la palabra moral según la RAE se entiende como “Ciencia o saber sobre la bondad o maldad de los actos humanos, no solo de carácter teórico, sino también práctico, ya que se orienta a dirigir las conductas del bien”.

En razón de lo anterior, se podría llegar a la conclusión que el concepto de calidad moral se construye de la siguiente manera: el conjunto de aptitudes que determinan las conductas de bien, o que sean bien recibidas por la sociedad.

Con respecto a la segunda característica, las personas elegibles como juez deben ser, en primer lugar abogados y además, tener conocimientos en derechos humanos, no solo en lo que respecta al estudio de esta materia, sino también tener amplia experiencia en el ejercicio profesional en esta área (Nuño, 2004, p.802); un dato adicional es que aun reuniendo los dos aspectos antes mencionados, la persona que vaya a ser propuesta como juez o jueza debe contar con la capacidad de reunir los requisitos para ejercer funciones judiciales en su país, en los más altos tribunales.

Tales requisitos deben cumplirse para poder optar por el cargo de juez en la Corte, si bien es cierto, son formalidades que buscan una elección más transparente y respetuosa y así, asegurar que los miembros de la Corte sean idóneos para desempeñar tan importante labor.

Como dato histórico, la primera elección de jueces fue en mayo de 1979 y su composición fue la siguiente: Thomas Buergenthal (nacional de Estados Unidos, propuesto por Costa Rica), Máximo Cisneros (de Perú), Huntley Eugene Munroe (de Jamaica), César Ordóñez (de Colombia), Rodolfo Piza Escalante (de Costa Rica), Carlos Roberto Reina (de Honduras) y Rafael Urquía (de El Salvador).

La Corte, como institución judicial encargada de velar por la protección de los derechos humanos, debe asegurarse de crear una esfera de confianza en sus usuarios, lo cual depende

directamente de la calidad de sus funcionarios (Faúndez, 2009, p.166), por esta razón, es que resulta un tema de mucha importancia, la elección de los jueces que la conformarán.

### ***Proceso de elección de los jueces.***

Un aspecto que resulta importante es el procedimiento que se lleva a cabo para la elección de los jueces que componen el Tribunal, tal procedimiento lo instaura el numeral 53 de la CADH el cual señala:

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estado Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.
2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos, deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Faúndez Ledesma (2009) indica al respecto:

Con el propósito de confeccionar una lista de candidatos, seis meses antes de la celebración del período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA previa a la terminación del mandato para el cual fueron elegidos los jueces de la Corte, el Secretario General de la OEA, debe pedir por escrito a cada Estado parte en la Convención, que presente sus candidatos dentro de un plazo de noventa días; con los candidatos así propuestos, el Secretario General prepara una lista en orden alfabético de los mismos y la comunica a los Estados partes, por lo menos con treinta días de anticipación a la sesión de la Asamblea General de la OEA (p.170).

Ahora bien, los jueces son nombrados por periodos de seis años, y pueden ser reelectos en una única ocasión, con la particularidad de que, una vez que terminen su mandato, seguirán conociendo de los casos que ya se hubieren abocado y se encuentren en estado de sentencia y no

podrán ser sustituidos por los nuevos jueces elegidos, según lo indica el ordinal 54 de la Convención Americana.

### *Incompatibilidades, excusas e inhabilitaciones de los jueces.*

De acuerdo con Héctor Faúndez (2009), “la independencia e imparcialidad de la magistratura es de la mayor importancia en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (p.194), esto tiene sentido, ya que con el fin de mostrar un tribunal competente e imparcial, así como de sentar las bases de prestigio de este, se deben excluir todos aquellos agentes que, de alguna manera, distraigan la verdadera función del juez; por esta razón es que la CADH dispone en el numeral 71; son incompatibles los cargos del Juez de la Corte...con otras actividades que pudieran afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos. (Faúndez, 2009, p.195).

El objetivo de la disposición del artículo 71 es evitar que los jueces entren en conflictos de intereses y, por el contrario, contribuir con la imparcialidad, por esta razón es que se enumeran una serie de situaciones que son consideradas como incompatibilidades y, además, se integran normas estatutarias que impiden el ejercicio de los jueces en el supuesto que se caiga en vicios de arbitrariedad que puedan poner en riesgo el fin de la función de la Corte.

Las incompatibilidades con el cargo de juez se encuentran en el artículo 18 del Estatuto de la Corte y son las siguientes:

1. Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes:
  - a. Los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros.
  - b. Los de funcionarios de organismos internacionales.

c. Cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo.

Lo que respecta a las excusas e inhabilitaciones se encuentra regulado en el artículo 19 *ibidem*, el cual dispone:

1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que, ellos o sus parientes, tuvieren interés directo o hubieren intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.
2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si este no la aceptare, la Corte decidirá.
3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado, no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte decidirá.
4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo Permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

Del inciso 1 anterior, es que surge el impedimento a los jueces de conocer aquellos casos en los cuales el Estado que representan sea parte, es decir, el Estado de donde provienen, pues es claro que este podría tener algún grado de interés en el caso e influir en la resolución que dé la Corte a este. Esta prohibición es solo para la actuación del juez en la jurisdicción contenciosa de la Corte, y no así en la consultiva; este es importante, pues permite fundamentar la tesis de quien investiga, respecto que las disposiciones de las opiniones consultivas no vinculan a los Estados y, por tanto, no debería un juez abstenerse a emitir su criterio y brindar recomendaciones.

Asimismo, lo indica el ex juez Ventura (2011):

“Al tenor de lo señalado en la Opinión Consultiva OC20/09..., la Corte modificó su Reglamento para incluir una disposición en su artículo 19 que establece que los jueces no

podrán participar en el conocimiento y deliberación de una petición individual sometida a la Corte cuando sean nacionales del Estado demandado...” (p.20).

De acuerdo con Nuño (2004), “en la práctica, la excusa de los jueces en distintos casos ha dependido de la conciencia de los mismos y de la necesidad de que, tanto en apariencia como por cuestiones válidas, se abstengan del conocimiento de asuntos determinados.” (p.805), y es con esta cita que vemos reflejada la importancia de la alta calidad moral que debe caracterizar a los candidatos para jueces de la Corte, puesto que si no es el mismo juez quien por conciencia se excusa del caso la imparcialidad del proceso se perdería y, con ella, la confianza de los usuarios de la Corte.

Por otro lado, la Corte como todo órgano jurisdiccional debe estar estructurada para su correcto funcionamiento, dicha estructura se encuentra regulada en el capítulo III del Estatuto y está organizada de la siguiente manera, presidencia y vicepresidencia, la precedencia y por último la secretaría. La presidencia y vicepresidencia es elegida por la misma Corte y serán nombrados por periodos de dos años, con posibilidad de reelección; la elección debe llevarse a cabo en el último periodo ordinario de sesiones que celebre la Corte el año anterior; la elección será secreta y se considerarán electos los jueces que obtengan cuatro votos o más. Lo anterior de acuerdo con el artículo 3 del Reglamento de la Corte.

El ordinal 4 *ibidem*, enumera las atribuciones del presidente de la Corte, las cuales son:

- a. Representar a la Corte.
- b. Presidir las sesiones de la Corte y someter a su consideración las materias que figuren en del orden del día.
- c. Dirigir y promover los trabajos de la Corte.
- d. Decidir las cuestiones de orden que se susciten en las sesiones de la Corte. Si algún Juez lo solicitare, la cuestión de orden se someterá a la decisión de la mayoría.
- e. Rendir un informe semestral a la Corte, sobre las actuaciones que haya cumplido en ejercicio de la Presidencia durante ese período.
- f. Las demás que le correspondan conforme al Estatuto o al presente Reglamento, así como las que le fueren encomendadas por la Corte.

El Vicepresidente se encarga de sustituir al presidente en las ausencias temporales de este y, en caso de vacante, debe ocupar su lugar, en este último caso la Corte debe designar un nuevo vicepresidente.

La precedencia está constituida por los jueces titulares que están en un lugar en seguida del presidente y vicepresidente, estos van a ser considerados predecesores según su antigüedad. Y por último, la secretaría, la cual funciona bajo la inmediata autoridad y dirección del secretario, quien va a ser nombrado por la Corte por un periodo de cinco años con posibilidad de reelección, con la particularidad de que, podrá ser removido en cualquier momento si así lo desea la Corte por medio de una votación secreta de no menos de cuatro jueces; además, habrá un secretario adjunto que debe auxiliar al secretario en sus labores y deberá sustituirlo en caso de ausencia.

Las funciones del secretario las establece el artículo 10 del Reglamento de la Corte y son:

- a. Notificar las sentencias, opiniones consultivas, resoluciones y demás decisiones de la Corte.
- b. Llevar las actas de las sesiones de la Corte.
- c. Asistir a las reuniones que celebre la Corte dentro o fuera de su sede.
- d. Tramitar la correspondencia de la Corte.
- e. Certificar la autenticidad de documentos.
- f. Dirigir la administración de la Corte, de acuerdo con las instrucciones de la Presidencia.
- g. Preparar los proyectos de programas de trabajo, reglamentos y presupuestos de la Corte
- h. Planificar, dirigir y coordinar el trabajo del personal de la Corte.
- i. Ejecutar las tareas que le sean encomendadas por la Corte o por la Presidencia.
- j. Las demás establecidas en el Estatuto o en este Reglamento.

Es importante mencionar que el secretario debe reunir una serie de características para optar por el cargo, en primer lugar, debe tener conocimientos jurídicos afines, conocer los idiomas de trabajo de la Corte y contar con la experiencia necesaria para el desempeño de sus funciones.

## **Funcionamiento.**

La Corte para el desempeño de sus funciones cuenta con la posibilidad de celebrar, dentro del periodo ordinario, cuantas sesiones requiera, estas se llevarán a cabo en las fechas que la misma establezca en la sesión ordinaria anterior, de acuerdo con el Reglamento de la Corte, el Presidente en común acuerdo con los demás integrantes de esta, podrá variar las fechas de dichas sesiones siempre que surja alguna situación inusual; asimismo, se pueden convocar a sesiones extraordinarias cuando así el Presidente lo estime conveniente, o bien, cuando lo soliciten los demás jueces, siempre y cuando sean mayoría.

El artículo 13 del Reglamento de la Corte da la posibilidad que esta se pueda reunir en cualquier Estado miembro, sin embargo, deben darse dos situaciones para que esto suceda, en primer lugar, la mayoría de los jueces debe estar de acuerdo y segundo el Estado en el cual se pretende llevar a cabo la sesión, debe manifestar su asentimiento para que esta sea posible.

Las audiencias de la Corte son principalmente públicas, sin embargo, en casos excepcionales, esta puede declararlas privadas, así como también podrá tomar la decisión de quiénes podrán asistir a ellas, a pesar de que las audiencias son públicas, los jueces deben deliberar en privado y de forma secreta, es decir, ninguna persona que no integre el Tribunal puede tener conocimiento de las deliberaciones, únicamente podrán estar presentes el Secretario y el Secretario Adjunto, además, del personal que la secretaría requiera; para dichas deliberaciones se requiere un quorum de cinco jueces.

Todas las audiencias que se celebren deben constar por medio de grabaciones en audio; un aspecto importante es que el Presidente de la Corte deberá someter a votación con los jueces que integren el Tribunal, cada uno de los puntos del caso en concreto; en lo que respecta a la votación, no se admiten abstenciones. En caso de que surja un empate, el Presidente es el que deberá decidir; una vez que se haya finalizado con la votación, las decisiones se van a dar a conocer en sesiones públicas además deberán notificar a las partes.

## **Competencias.**

Si bien es cierto y, como se mencionó anteriormente, la Corte fue creada con el objeto de velar por la promoción y protección de los derechos humanos, pero este propósito no podría ser posible si no se le hubiera dotado de competencia; la Convención Americana en sus artículos 62, 63 y 64 la provee de estas para que pueda cumplir con sus funciones; es por esta razón que ejerce dos competencias, la contenciosa y la consultiva, siendo esta última la que va a ocupar en esta investigación un espacio preferencial y se va a dedicar una sección únicamente para su estudio.

### ***Función contenciosa.***

Aunque ya se indicó que la función o competencia consultiva es la que va a ocupar esta investigación, resulta importante hacer un análisis de lo que comprende la función contenciosa, pues es necesario conocer de sus alcances para poder mostrar diferencias puntuales entre ambas; por medio de esta, la Corte IDH se debe someter al conocimiento de casos para aplicar la Convención, cuando se ha alegado que algún Estado la ha violentado.

El fundamento jurídico de esta competencia se encuentra en el artículo 62 de la Convención, el cual expresamente establece:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los

Estados Partes en el caso, hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

De este artículo se desprende un aspecto de importancia, de acuerdo con el inciso primero, únicamente pueden someter un caso a conocimiento de la Corte, los Estados que hayan ratificado la Convención y reconocido la jurisdicción contenciosa de la corte, así como la Comisión; de igual manera, solo se pueden denunciar a aquellos Estados que las hayan aceptado; es importante aclarar que cuando se habla de Estados se hace en el sentido de aquellos que hayan ratificado la Convención. "...la Corte posee una competencia contenciosa, limitada a los Estados partes en la Convención que expresamente le hayan conferido esta atribución, ..." (Faúndez, 2004, p.207).

Así lo ha reconocido la Corte en la sentencia del caso Cantos Vs Argentina del 7 de septiembre de 200, citada por Llobet (2018):

34. En este sentido, resulta claro del texto de la Convención que un Estado puede ser parte en ella y reconocer o no la competencia obligatoria de la Corte. El artículo 62 de la Convención, utiliza el verbo "puede" para significar que el reconocimiento de la competencia es facultativo. Hay que subrayar también que la Convención crea obligaciones para los Estados. Estas obligaciones son iguales para todos los Estados partes, es decir, vinculan de la misma manera y con la misma intensidad tanto a un Estado parte que ha reconocido la competencia obligatoria de la Corte como a otro que no lo ha hecho. Además, es preciso distinguir entre "reservas a la Convención" y "reconocimiento de la competencia" de la Corte. Este último es un acto unilateral de cada Estado condicionado por los términos de la propia Convención Americana como un todo y, por lo tanto, no está sujeta a reservas. Si bien alguna doctrina habla de "reservas" al reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional, se trata, en realidad, de limitaciones al reconocimiento de esa competencia y no técnicamente de reservas a un tratado multilateral (p.175).

Otro aspecto que merece ser aclarado, es que todo caso que llega a la Corte debió haber pasado por el conocimiento de la Comisión para que esta trate de dirimir el conflicto, es ya en caso que este no sea resuelto que es elevado a la Corte para que esta resuelva, es decir, la Comisión actúa como filtro, esto en razón que a la Corte solo deben llegar casos de extrema gravedad que no han podido encontrar solución de manera consensuada. De acuerdo con Nuño (2004), el proceso inicia "a partir de que la Comisión IDH presenta el "escrito de sometimiento del caso" (p.897).

Para Faúndez (2004), esta relación que existe entre la Comisión y la Corte es indispensable y muy importante, pues como se dijo, se quiere de un proceso escalonado, es decir, la primera instancia ante la cual se debe proceder a alegar la violación de un derecho no restituido en el derecho interno, es la Comisión y, como se dijo, en caso que no se solucione el problema, la segunda instancia sería someterlo al conocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte; el autor lo ilustra de la siguiente manera:

“En lo que concierne al examen de peticiones o comunicaciones que contengan denuncias de alguna violación de la Convención, esta contempla una estrecha complementación de las funciones de la Comisión y de la Corte. Si bien, el examen de tales peticiones o comunicaciones se encomienda inicialmente a la Comisión, este no es excluyente del procedimiento contencioso que, eventualmente, se puede entablar ante la Corte; en realidad, el procedimiento ante la Comisión constituye una fase preliminar indispensable para poder proceder ante la Corte. Con justa razón, y ejerciendo su función de interpretar la Convención, la Corte le ha atribuido a la Comisión una clara función auxiliar de la administración de justicia, a manera de Ministerio Público del sistema interamericano” (p.222).

Una vez que el caso llegue a la Corte, es porque la persona que considera violentado su derecho ya ha de haber agotado todas las vías con las que cuenta en su jurisdicción, y no ha encontrado reparación para el mismo; además, debe haber sido presentado ante la Comisión. Cuando la Corte emite sus fallos, estos se consideran inapelables y definitivos, sin embargo, a solicitud de alguna de las partes, siempre que dicha solicitud se presente en tiempo y forma, esta puede proceder a interpretarlo para aclarar las dudas que sobrevengan a las partes.

Sobre ello el Dr. Javier Llobet (2018) dijo:

“El agotamiento de los recursos internos tiene gran importancia, ya que se le otorga al sistema interamericano de protección de los derechos humanos una función de complementariedad, adquiriendo competencia solamente una vez que el Estado no ha actuado oportunamente frente al quebranto los derechos humanos” (p186).

Ejemplificando lo anterior, el autor cita la sentencia del 31 de agosto del 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el caso Vereda de la Esperanza Vs. Colombia, misma que contiene fundamentos importantes y por tal razón se transcribe:

261. De lo anterior se desprende que, en el Sistema Interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso, ya han resuelto la violación alegada, han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención, solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y de reparar, por sus propios medios, los daños ocasionados (pp.186-187).

Entonces, siguiendo los fundamentos de la Corte, una de las razones por las cuales es necesario agotar las vías que brinda el ordenamiento interno de cada país, es para dar la oportunidad a los Estados de rectificar e implementar todos los recursos que posee para resolver la violación alegada y es ya en último caso que la víctima debe proceder a las instancias internacionales.

En síntesis, la competencia contenciosa es aquella que se otorga a la Corte IDH como órgano encargado de aplicar e interpretar la CADH, con el fin de promover la protección de los derechos humanos y en caso que los Estados no respeten las disposiciones de la Convención Americana y se demuestre la efectiva vulneración de estos, aplicar sanciones y compeler por medio de su facultad jurisdiccional para que enmienden su falta.

## **Función consultiva**

La función consultiva, de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana, es aquella que faculta a la Corte IDH para interpretar la misma Convención, así como aquellos tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos, además, le permite opinar acerca de la compatibilidad entre las leyes internas de los Estados y los instrumentos internacionales antes mencionados; el artículo supra citado expone:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

De acuerdo con Roa (2015), no existe como tal una definición de la función consultiva, sino que esta se puede extraer de una interpretación normativa "...a partir de una lectura del artículo 64 CADH y de la definición de dos elementos: el objeto y la legitimación para elevar consultas ante la Corte" (p.33). Asimismo, tomando como base lo que estipula el artículo citado, la función consultiva, es la facultad que tiene la Corte para interpretar y, por ende, aclarar la Convención y los tratados internacionales que busquen la protección de los derechos humanos; lo que respecta a la legitimación para elevar consultas a la Corte se va a analizar en un apartado más adelante.

En palabras de Ventura y Zovatto (1989), citando el párrafo 25 de la opinión consultiva de la Corte Interamericana, OC-1/82 "dicha función tiene como finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos, en lo que concierne a la protección de derechos humanos..." (p.27). Es menester acotar que el único acercamiento que se tiene con el objeto de la función consultiva, es la opinión consultiva antes mencionada, ya que no existe, hasta el momento, alguna norma que de manera expresa indique cuál es el objeto de esta, sino que es la misma Corte en opiniones consultivas la que determina tal objeto.

### **Aspectos generales de la función consultiva.**

La Corte IDH cuenta con la más amplia función consultiva que se ha otorgado a algún Tribunal Internacional, de esta manera, lo afirma en la opinión consultiva OC 1/82 en el párrafo 14; dicha afirmación surge con la duda del alcance de la competencia consultiva de la Corte, lo cual llevó a determinar, además, las limitaciones de la misma. Por esta razón, se procede a analizar cada uno de estos aspectos, además, se va a dedicar un apartado a la legitimación activa para solicitar opiniones consultivas.

### ***Competencia consultiva de la Corte IDH.***

Antes de ahondar en el tema, es preciso decir que el primer antecedente que se tiene de la competencia consultiva de la Corte IDH data de 1969 con la Conferencia Especializada, en donde la Comisión Interamericana presenta un proyecto; este proyecto, en su artículo 53, contenía los primeros vestigios de la función consultiva, este numeral rezaba lo siguiente:

“La Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión, podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos; y los Estados Partes, acerca de la compatibilidad entre alguna de sus leyes internas y dichos instrumentos internacionales”.

Sin embargo, después de comentarios de República Dominicana, el texto es estudiado y modificado a lo que se tiene hoy en el artículo 64 de la Convención Americana (Roa, 2015, pp.), y al modificarlo, se extiende aún más la competencia consultiva de la Corte.

Este artículo, como ya se mencionó líneas atrás, en su inciso 1, faculta a la Corte para que interprete la Convención Interamericana y los tratados internacionales que busquen la protección de los derechos humanos. Sin embargo, a pesar de que podría considerarse que el artículo es claro en su redacción, el Estado de Perú consideró pertinente hacer uso de la función consultiva, para solicitar que se hiciera una apreciación respecto de cómo debía ser interpretada la frase “o de otros tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.

En virtud de lo anterior, la Corte Interamericana emite la primera opinión consultiva en la cual determina, entre otros aspectos, su competencia; para llegar a una respuesta la Corte se planteó algunos aspectos que consideró importante determinar, por esta razón desarrolló dos criterios: uno amplio que consistía en sopesar que debía entenderse en “abarcar todos los tratados concernientes a la protección de derechos humanos de los cuales sean parte uno o más Estados americanos”, o una concepción de carácter estricto en la cual únicamente se consideraba a aquellos “tratados adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano” (OC-1/82, párr.32).

La Corte, aunado a lo anterior, repara que la Convención no aclara o puntualiza lo que debe entenderse por Estados Americanos y que, el Estado de Perú no plantea, en su solicitud, una interpretación de esto, no obstante, la Corte interpreta que, textualmente de acuerdo con el artículo 64 de la Convención, podría deducirse que “tal expresión alude a todos los Estados que pueden ratificar o adherirse a la Convención, según el artículo 74 de la misma, es decir, a los miembros de la OEA” (OC-1/82, párr.35). Sin embargo, se cuestiona si es posible incluir todos los tratados concernientes a la protección de derechos humanos, aún sin que las partes formen parte del Sistema Interamericano.

Es claro que la Corte analizó dos aspectos: en primer lugar, examinó si únicamente tiene competencia para interpretar los tratados internacionales protectores de derechos humanos que hayan sido ratificados por los Estados miembros de la OEA y, segundo, propone la posibilidad de que pueda dirigir su competencia a la interpretación de los tratados internacionales ratificados por los miembros de la OEA sin que estos hubieren firmado la Convención o ratificado la competencia de la Corte, es decir, sin formar parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Roa, 2015, p.36).

En consecuencia, la Corte amplía aún más su competencia consultiva, ya que acoge el segundo aspecto, es decir, determina qué puede interpretar aquellos tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos que hayan sido ratificados por Estados miembros de la OEA, aunque estos no hayan firmado la Convención ni aceptado la competencia de la Corte, y de acuerdo con Roa (2015) fundamentó su decisión en tres premisas:

En primer lugar, entendió que en el espíritu de la Convención existía una tendencia a la integración de los sistemas regionales con el Sistema Universal de protección de los

derechos humanos, que conduce a la decadencia de la distinción entre universalismo y regionalismo. En segundo lugar, advirtió que no existía razón alguna para excluir un tratado de su competencia interpretativa, por el solo hecho de que haya sido ratificado por un Estado que no sea parte del Sistema Interamericano o porque no sea un tratado adoptado con el auspicio del Sistema Interamericano. Finalmente, consideró que la intención de la Conferencia Interamericana que suscribió la CADH fue la de dotar a la Corte de la competencia consultiva más amplia posible, lo que obliga a hacer una interpretación restringida de los límites que pretendan imponerse a su competencia (p.36).

Si bien es cierto, esta amplitud en la competencia consultiva de la Corte, va mucho más allá de lo que consigna el artículo 64 de la Convención, ya que la misma Corte ha ido ampliando su competencia en las diferentes opiniones consultivas que ha emitido. Según Roa (2015) las materias que la Corte puede interpretar se derivan en diez reglas, sin embargo, en lo que respecta a la interpretación de instrumentos jurídicos como tal, son cinco reglas o aspectos que puede aclarar:

“...la Corte es competente para interpretar: Regla 1. La Convención Americana de Derechos Humanos; Regla 2. Cualquier tratado cuyo objeto sea la protección de los derechos humanos; Regla 3. Cualquier disposición de cualquier tratado internacional del cual sea parte al menos un Estado miembro de la OEA, si la disposición se refiere a la protección de un derecho humano; Regla 4. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Regla 5. La Carta de la OEA (P.101)”.

Por otro lado, la Corte se encuentra facultada para emitir opiniones acerca de la compatibilidad de las normas internas de los Estados miembros de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales, es decir, la Convención y los tratados, en principio, ya que la Corte también amplía su competencia en este aspecto.

La Corte se refiere a su competencia para examinar si las legislaciones internas de los Estados son compatibles con la Convención u otros tratados internacionales en la opinión consultiva OC-4/84, en donde el Gobierno de Costa Rica hace uso por primera vez de esta competencia para preguntar a la Corte si la reforma que se pretende hacer a la Constitución costarricense es compatible o no con los instrumentos internacionales antes mencionados.

En esta ocasión, la Corte dirige su atención a la compatibilidad que pueda tener dicha reforma, sin embargo, para dar respuesta a las preguntas hechas por Costa Rica, se hace la pregunta de si el artículo 64.2 de la Convención hace referencia a leyes internas incluyendo las constitucionales y, además, si un proyecto legislativo podría ser objeto de consulta para la Corte; en respuesta a la primera pregunta dispone que siempre que un convenio internacional se refiera a leyes internas debe entenderse como toda legislación nacional interna con normas jurídicas de cualquier naturaleza (OC-4/84, párr.14), por esta razón la Constitución entra en esa categoría.

Con respecto a la segunda interrogante, la Corte determinó lo siguiente: “en esta hipótesis, por supuesto, la solicitud estaría concebida de forma diferente, aun cuando en el fondo se tratase de una idéntica materia” (OC-4/84, párr.16), lo anterior en virtud de que se estaría ante una consulta de compatibilidad, no de una ley vigente, sino de un proyecto de ley y la Convención; es decir, estaría entre un panorama distinto del que establece la norma de la Convención en su inciso segundo, pues esta lo que enuncia es que el análisis de compatibilidad sería con normas internas, o sea, que hayan pasado por el trámite de formación de leyes y, por tanto, no se podría analizar la compatibilidad de proyectos de ley o de reforma de estas.

En suma, la Corte define que la función consultiva que se le delegó es tan amplia como así lo requiera la salvaguarda de los derechos humanos, y que abstenerse a atender la solicitud de un Gobierno porque la consulta va dirigida al análisis de la compatibilidad de un proyecto de ley y no de una ley en vigor, podría:

“equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión. Este criterio no ayuda a "dar efecto" a la norma, es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos” (OC-4/84, párr.26).

Por tal razón, define la Corte que no puede limitar su competencia al análisis de incompatibilidad solo a aquellas normas internas vigentes, sino que su competencia alcanza a las normas vigentes y a aquellos proyectos de ley o reformas de estas, para evitar la posible inobservancia de la Convención.

Empero, según Roa (2015),

“...la posibilidad de que la Corte Interamericana se pronuncie sobre proyectos de ley o de reforma constitucional abre la puerta a que el procedimiento consultivo sea utilizado por los Estados para entorpecer el debate político interno, mediante el impulso u obstáculo que la opinión de la Corte pueda representar para la reforma no aprobada. Sin embargo, la Corte decidió que la forma de evitar una instrumentalización de su competencia consultiva es examinar, en cada caso, que la consulta no afecte el resultado del proceso legislativo interno” (p.44).

Es importante mencionar que la facultad de interpretar la compatibilidad de las normas internas de los Estados únicamente la tiene la Corte IDH y, por esta razón, puede emitir opiniones consultivas respecto de la compatibilidad de la Convención con leyes vigentes de un Estado, normas constitucionales vigentes, proyectos de reforma de leyes internas de los Estados, proyectos de reforma constitucional en los Estados y, además, las reservas hechas por los Estados americanos a un tratado internacional (Roa, 2015, p.101). Es de suma importancia acotar que este análisis de compatibilidad únicamente puede ser de los Estado miembros de la OEA

Por otra parte, como ya se ha mencionado en múltiples ocasiones, la Corte cuenta con la más amplia función consultiva que se haya ejercido, de acuerdo con Ventura y Zovatto (1989) “La función consultiva que confiere el artículo 64 de la Convención es única en el Derecho Internacional contemporáneo” (p.29), de tal manera lo indica la misma Corte en la OC-3/83 citando la OC-1/82, “...ni la Corte Internacional de Justicia, ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas de la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana...”.

Con base en lo anterior, es preciso hacer un análisis comparativo, corto pero conciso, entre la competencia de la Corte Interamericana, respecto de la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos. La primera es dotada de esta competencia por el artículo 96 de la Carta de la Naciones Unidas, el cual decreta:

1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.
2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente

solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.

De este se deriva lo siguiente: la Corte Internacional de Justicia puede emitir opiniones consultivas acerca de cualquier aspecto jurídico, sin embargo, la legitimación activa se encuentra restringida, esto debido a que únicamente faculta para solicitarlas a la Asamblea General y Consejo de Seguridad y en algunas ocasiones a otros organismos; es claro que la Corte Internacional cuenta con una competencia menor, no solo en el objeto de interpretación, sino en la legitimación activa.

En lo que respecta a la Corte Europea de Derechos Humanos y su competencia consultiva, esta es también muy limitada, ya que la Corte Europea únicamente puede interpretar la Convención Europea y sus Protocolos, cuando se trate de cuestiones netamente jurídicas; además, la legitimación activa se ve muy limitada también, ya que solo el Comité de Ministros puede formular solicitudes de interpretación a la Corte.

Una diferencia coexistente entre la Corte Internacional y la Corte Europea con la Corte IDH, es que las primeras no están facultadas para hacer análisis de compatibilidad entre normas; estas únicamente se pueden encargar de interpretar las normas que generen alguna incertidumbre jurídica.

En resumen, la Convención Americana dota de competencia consultiva a la Corte IDH, la cual está fijada por el artículo 64 este en su inciso primero, establece que la Corte podrá interpretar la Convención y los tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; empero, la Corte por medio de opiniones consultivas, amplía su competencia de interpretar normas. Además, de interpretar normas el apartado segundo del artículo supra citado le otorga a la Corte la facultad de analizar la compatibilidad de las normas internas de los Estados miembros de la OEA con la Convención.

En fin, la competencia consultiva es tan amplia, que de alguna manera ha convertido a la Corte IDH en un Tribunal Internacional único en lo que a competencia consultiva concierne, esto podría significar para muchos una gran ventaja, no obstante, a criterio de la presente, esto ha contribuido a una incorrecta aplicación del instituto jurídico que reside en la opinión consultiva de la Corte Interamericana, sin embargo, este no es el momento de debatir esta afirmación, por lo que este punto se va a desarrollar al momento de dar las conclusiones de la investigación.

### ***Limitaciones a la competencia consultiva.***

Si bien es cierto, en la Convención Americana no establece de manera expresa en una norma las limitaciones de la competencia consultiva de la Corte, esta las ha fijado en las opiniones consultivas que ha emitido, en la OC-1/82; en el párrafo 21 hace alusión a lo que considera un primer grupo de limitaciones, a lo que se refiere expresamente de la siguiente manera:

“...la Corte no está llamada a asumir, ni en lo contencioso, ni en lo consultivo, una función orientada a determinar el alcance de los compromisos internacionales de cualquier naturaleza que sean, asumidos por Estados que no sean miembros del sistema interamericano, o a interpretar las normas que regulan la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al mismo”.

De lo anterior, la Corte ha dicho en otra opinión consultiva que no va a dirigir su competencia consultiva a “...definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estado parte... En cambio, podrá abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano.” (OC-14/94, párr.22).

La siguiente limitación surge de la preocupación que se ha generado con la posibilidad de que se utilice la función consultiva con el propósito de evadir algún trámite que se encuentre en la Comisión “sin aceptar la jurisdicción litigiosa de la Corte y asumir la obligación correspondiente, que es el cumplimiento de la decisión” (OC-1/82, párr.24) o bien, la jurisdicción contenciosa de la Corte en caso de que se haya aceptado su jurisdicción.

En tal sentido, la Corte en la citada opinión consultiva estipuló lo siguiente:

“La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin, debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte” (párr.25).

Termina diciendo la Corte, procede "...la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte." (OC-1/82, párr.31).

Asimismo, en la opinión consultiva OC-14/94 en el párrafo 27 acota lo siguiente "no serían admisibles solicitudes que plantearan cuestiones académicas", es decir, no proceden las opiniones consultivas con fines académicos. Por otro lado, en la opinión consultiva OC-4/84 la Corte define otra restricción a su competencia y es que esta no puede interferir en los procesos políticos internos, esto con el afán de no ser empleada como un mecanismo de debate interno y así, entorpecer el proceso legislativo interno (párr.30).

Por último, la Corte decreta una limitación más, en el sentido que no puede pronunciarse acerca de los procesos internos establecidos para la aprobación de normas o bien, sobre la forma en que estas son aprobadas (Roa, 2015, p.45).

Con el afán de visualizar las limitaciones en manera conjunta, se van a numerar a continuación:

1. Imposibilidad de determinar los alcances de los compromisos contraídos por las partes de un tratado o convenio.
2. No se permiten consultar casos contenciosos encubiertos.
3. No proceden las opiniones consultivas con fines académicos.
4. La función consultiva no puede entorpecer el procedimiento político interno.
5. No puede pronunciarse la Corte acerca de los procedimientos internos establecidos para la aprobación de normas o bien sobre la forma en que estas son aprobadas.

La lista anterior es con fundamento en la lista de limitaciones que agrupa Roa (2015) en su tesis (p.45).

No obstante, la Corte ha mencionado en el párrafo 30 de la OC-1/82 que "para abstenerse de responder una consulta que le sea propuesta, la Corte ha de tener razones determinantes" y por tal argumento, cuando la Corte decida no dar respuesta a una solicitud, debe motivar sus consideraciones en virtud a lo que instituye el artículo 66 de la Convención, mismo que reza "1. El fallo de la Corte será motivado", ahora bien, resulta imprescindible señalar lo siguiente: a pesar de que se toma la norma dicha como base para argumentar la postura de la Corte, el término "fallo"

no es precisamente lo que representa el ejercicio de la función consultiva materializado, sin embargo, dicha aseveración se va profundizar más adelante.

### ***Legitimación activa.***

El canon 64 de la Convención Americana, además de consignar la competencia consultiva de la Corte, contiene la legitimación activa, es decir, la facultad para solicitar una opinión consultiva; esto quiere decir que indica quienes son los sujetos habilitados para dicha gestión. Según Roa (2015), “los Estados miembros de la OEA son los únicos sujetos que tienen plena legitimación para iniciar el procedimiento consultivo”. (p.47), lo cual tiene sentido, dado que según la norma “los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención...”.

No obstante, existe una lista de sujetos legitimados para solicitar una opinión consultiva, así se puede divisar, según lo apuntan Ventura y Zovatto (1989) citando la OC-1/82 en el párrafo 14:

“Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el capítulo X de la Carta, e igualmente, todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención “(p.37).

Estos autores hacen una diferenciación de legitimación entre los Estados miembros de la OEA y los órganos de la OEA para solicitar una opinión consultiva, que resulta muy interesante y es que, sujetándose únicamente a lo que establece la norma 64.1, esa diferenciación es completamente acertada, ya que en tanto los Estados miembros de la OEA, sean o no parte del Sistema Interamericano, pueden solicitar opiniones consultivas en los lineamientos que fija este precepto; “los órganos de la OEA disfrutan de ese mismo derecho, pero solo en lo que les compete.” (Ventura y Zovatto, 1989, p.39). Es decir, los Estados miembros de la OEA cuentan con una legitimación absoluta, mientras que los órganos de esta tienen limitada su legitimación.

En este mismo sentido se refiere Roa (2015):

“Los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA, tienen una legitimación sujeta a dos límites. De una parte, solo pueden consultar sobre la interpretación de tratados de derechos humanos o de la Convención, y, de otra, solo pueden consultar a la Corte sobre materias que se relacionen con su competencia” (pp.48-49).

Un aspecto importante de aludir es que de acuerdo con la Corte el encargado de demostrar la legitimación es quien solicite la opinión.

Si bien es cierto, la Comisión Interamericana forma parte de la lista del capítulo X de la Carta de la OEA, es decir, tiene en principio, restringida la legitimación, empero conforme los argumentos de Roa (2015) “...el régimen de legitimación que la Corte Interamericana estableció para la Comisión difiere totalmente del comentado con anterioridad” esto en razón de que la Corte estima que la Comisión no debe estar sometida a ningún límite, esta se basa en las facultades que el artículo 112 de la Carta de la OEA le atribuye a la Comisión, siendo la principal promover la observancia y la promoción de los derechos humanos.

Ahora bien, el numeral 64, en su inciso segundo legitima únicamente a los Estados miembros de la OEA para la solicitud de una opinión consultiva, por medio de la cual la Corte debe analizar la compatibilidad de las normas internas vigentes de estos y la Convención Interamericana; es preciso detallar que líneas atrás se da la explicación de lo que engloba esta materia de la función consultiva.

En resumen, están legitimados para solicitar opiniones consultivas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados miembros de la OEA, sean parte o no de la Convención, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de las Naciones Unidas, con algunas limitaciones, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con una legitimación sin los límites de los demás órganos de la OEA.

### **Naturaleza, alcances y efectos.**

La función consultiva de la Corte Interamericana es un tema que no ha sido objeto común de estudio; por esta razón, existe poca doctrina que establezca la naturaleza jurídica de esta, así como los alcances y efectos, es por medio de la valoración de la Corte en sus opiniones consultivas

que se tiene una vaga noción de estos aspectos. Sin embargo, es preciso detallar cada uno de ellos, ya que es precisamente la deficiente información que se tiene de estos lo que en perspectiva de quien investiga, ha contribuido con el planteamiento del problema de esta investigación.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la función consultiva, no existe un argumento fundamentado que establezca cuál es, sin embargo, la Corte IDH ha sostenido una apreciación acerca de esta, lo que pasa es que no es precisa, sino que, por el contrario, se apoya en una consideración negativa, es decir, establece cual no es la naturaleza jurídica de la función consultiva; para esto es preciso ver la opinión consultiva OC-1/82 en el párrafo 51:

“No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención...”.

Para una mayor comprensión, el artículo 68 de la Convención en su apartado primero establece la obligatoriedad de cumplimiento de los fallos emitidos por la Corte. Ahora bien, tomando en cuenta las palabras de la Corte y algunos criterios que ya se han discutido, puede entonces, a falta de una precisión, determinarse que la función consultiva es un mecanismo o instituto jurídico creado con el propósito de coadyuvar a los Estados con el efectivo cumplimiento de las normas internacionales y las obligaciones que dimanen de las mismas, la cual tiene una naturaleza jurídica asesora y, por tanto, no vinculante en la normativa interna de cada Estado.

Otro aspecto que no es claro, es lo relativo a los efectos y alcances de las opiniones consultivas de la Corte, y es que no existe una norma en la Convención ni en el Reglamento o Estatuto de la Corte, que indique cuáles son los efectos y alcances que esta puede llegar a tener a lo interno de cada legislación, o bien, en el mismo ámbito internacional, esto ha repercutido en que la misma Corte ha fijado en algunas de sus opiniones consultivas algunas premisas, que si bien es cierta, no es nada específico o conciso, han permitido acercarse a lo que estos aluden.

En líneas atrás se acotó la valoración de la Corte en el sentido de que las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que los fallos o sentencias de la Corte, esta ha expresado que, aún y cuando las opiniones consultivas no tienen un efecto vinculante, esta puede llegar a tener efectos jurídicos innegables, empero ha sido una tarea complicada poder precisar a

qué se refiere la Corte con la frase “efectos jurídicos innegables” y es que ni ella ha especificado a que se refería con esta afirmación (Roa, 2015, p.96).

“Siguiendo las ideas de Roa, no existe siquiera autores que se hayan referido a la función consultiva y su fuerza vinculante, sin embargo, coexisten dos posturas, por un lado, hay quienes defienden la fuerza vinculante de esta y, por otro lado, se sigue la tesis de que la misma Corte ha debilitado la fuerza vinculante de las opiniones consultivas al implementar expresiones confusas e indeterminas para definir las” (2015, pp97-98).

Existe otra posición respecto de la fuerza vinculante de las opiniones consultivas, y esta es la que sostiene el señor Vio Grossi, quien piensa lo siguiente:

“...las OC de la Corte no son, por su propia esencia y estrictamente, obligatorias o vinculantes, ni aún para el Estado u órgano de la OEA que la haya requerido y menos aún para los demás Estados y órganos interamericanos”.

“En segundo término, es dable concluir en que la Corte nunca ha afirmado que sus OC son obligatorias para el Estado que la solicita y menos aún para los demás Estados americanos” (2018, p.16).

Tomando las palabras de Rodríguez (2018) caben mencionar que:

“... debe tomarse en cuenta que no conceder carácter vinculante a las opiniones consultivas ha sido la regla. El artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas establece la posibilidad de opiniones consultivas por los órganos de la organización a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y ni ese ni los otros artículos pertinentes a este tema les dan carácter vinculante a esas opiniones consultivas. Tampoco lo establecen los Estatutos de la CIJ en sus artículos referentes al [sic] opinión consultiva (Artículos 65 a 68). Tampoco tienen carácter vinculante las opiniones consultivas que le planteé el Consejo de Ministros al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según lo establece el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que lo constituyó. (Artículos 47 y 48) que se contraponen a la fuerza obligatoria de las sentencias (Artículo 46).

### **Diferencias con la función contenciosa.**

En la opinión consultiva OC-3/83, la Corte IDH estableció algunas diferencias entre la función contenciosa y la función consultiva, lo que resulta muy conveniente para efectos de una mayor comprensión. La Corte textualmente señaló:

“En materia contenciosa, el ejercicio de la competencia de la Corte depende, normalmente, de una cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción. Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte...”.

“Ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes, pues no hay demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada. A lo único que el procedimiento está destinado es a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” (OC-3/83, párr.21-22).

En el mismo sentido, la Corte continúa estableciendo las diferencias entre las competencias, en virtud de esto señala:

“En un procedimiento contencioso; la Corte debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer " que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados "..., en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte. En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia, sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora...” (OC-3/83, párr.32)

Aunado a lo anterior, la Corte determina que las disposiciones aplicables a cada competencia difieren entre sí, y explica:

“...las provisiones del artículo 64 que regula las opiniones consultivas. Es así como, por ejemplo, el artículo 61.2 habla de "caso" y señala que "para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50"... Estos procedimientos corresponden exclusivamente a "toda petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención"... La expresión "caso" se utiliza en su sentido técnico, para describir un caso contencioso tal como lo define la Convención, es decir, una controversia que se inicia como consecuencia de una denuncia según la cual, un Estado Parte ha violado los derechos humanos garantizados por la Convención, sea que dicha denuncia provenga de un particular o de un Estado Parte.

“...por otro lado, un nuevo contraste se evidencia en relación con la materia a ser considerada por la Corte, pues mientras el artículo 62.1 se refiere a "los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención", el artículo 64 dispone que las opiniones consultivas podrán versar sobre la interpretación no sólo de la Convención, sino de "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos". Resulta, pues, evidente que se trata de materias distintas, por lo que no existe razón alguna para hacer extensivos los requisitos contenidos en los artículos 61, 62 y 63 a la función consultiva regulada por el artículo 64 (OC-3/83, párr.33-34).

En suma, las diferencias de una manera más puntualizada de acuerdo con Roa (2015) son:

1. En la función contenciosa se realiza una aplicación de normas de derechos humanos a eventos concretos, mientras que en la función consultiva la Corte realiza una interpretación de estas.
2. El proceso contencioso va dirigido a establecer la veracidad de los hechos denunciados, y, por el contrario, el proceso consultivo no resuelve situaciones de hecho, sino que se limita a interpretar normas y a hacer análisis de compatibilidad de normas internas con normas internacionales.

3. La función consultiva, tiene un carácter no litigioso y multilateral y en la función contenciosa existen partes las cuales se ubican en una posición jurídica determinada y existe un litigio entre ellas.

Ahora bien, habiendo analizado el Sistema Interamericano y sus órganos, principalmente la Corte IDH, así como sus competencias, es preciso dedicar un apartado para analizar el órgano interno de tutela de los derechos de los costarricenses, este es la Sala Constitucional, es muy importante dilucidar su función así como realizar un estudio del criterio que esta ha seguido para dotar de carácter vinculante a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, pues esto es parte importante en esta investigación.

### **Sala Constitucional costarricense**

La Sala Constitucional o Tribunal Constitucional, como se le conoce en otros países, es el órgano encargado de velar por el respeto o supremacía de la Constitución Política de un país, la cual, de acuerdo con Gullock (2014) es:

“...la primera norma de un Estado, y, por ende, es la fuente fundamental del derecho constitucional. Esta Carta Magna es la expresión del constituyente, razón por la cual se encuentra en la cima de las normas jurídicas” (p.16).

En otras palabras, es la norma suprema que rige la organización y funcionamiento de un Estado, para lo cual fija, entre otras cosas, libertades y limitaciones a los ciudadanos; por tal razón, la Sala debe garantizar la armonía entre esta y las demás normas.

Como ya se mencionó, la Sala Constitucional, como función principal, debe velar por el respeto de la Constitución, lo que se conoce como el principio de supremacía constitucional, es por esta razón que resulta de importancia dedicar un espacio en esta investigación para explicar brevemente en qué consiste este principio; en palabras de Don Ernesto Jinesta (2014):

“La supremacía del derecho de la Constitución significa que este se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico y que toda norma jurídica, actuación o conducta de los poderes públicos debe ajustarse y someterse a su imperio y no contrariarlo, sin excepción” (p.34).

Cita, además, Jinesta (2014) el voto 3446-2000 de la Sala Constitucional, en el cual esta de manera exhaustiva explica el principio de supremacía constitucional: “El principio de supremacía constitucional exige que todas las normas del ordenamiento jurídico se dicten conforme a las normas y principios constitucionales...” (p.34). Es precisamente por la necesidad de mantener esa supremacía y de realizar un adecuado control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico que se crea la Sala Constitucional y se le dota de jurisdicción.

Antes de iniciar a desarrollar los aspectos que se consideran de importancia en este apartado, es preciso hacer un recuento histórico de la creación de la Sala Constitucional para poder comprender la trascendencia de esta en la jurisdicción costarricense. Para una mayor comprensión, se va a ir hablando de las etapas que pasaron hasta la creación de la Sala.

Una primera etapa surge 1812 con la Constitución de Cádiz y se extiende hasta la promulgación de la Ley Orgánica de los Tribunales en 1887, la cual entra en vigencia en 1888; es importante mencionar que, en esta época, los encargados de garantizar la preponderancia de las normas constitucionales eran el Poder Legislativo y el Consejo Representativo o Poder Superior (Poder Judicial [PJ], s.f., párr.2).

De acuerdo con López (2013) citando a Sáenz (2008), el Poder Legislativo se encargaba de “tomar en consideración las infracciones de las normas constitucionales, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.” (p.4); como se mencionó, el Poder Legislativo era el encargado de ejercer el control de constitucionalidad desde 1825, no obstante, su participación fue muy corta y se debió a la promulgación de las constituciones. En esta etapa, se le otorgó al Poder Ejecutivo en 1847 el poder del veto en esta materia, empero su actuación en ejercicio de este instituto fue muy poca (PJ, s.f., párr. 3-4).

Una segunda etapa da inicio en 1888 y se extiende hasta 1937, esta se diferencia ya que se da por primera vez la aparición de sistemas de control paralelos; el primero de ellos creado en 1871 con la Constitución, la cual le otorga este poder al Poder Legislativo, y un segundo en 1888, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Tribunales, la cual consignó por primera vez la potestad a los Tribunales del control de constitucionalidad, sin embargo, en 1915 son los Tribunales de Casación los que reconocen que este control le corresponde ejercerlo al Congreso de la República, es decir al Poder Legislativo (PJ, s.f., párr.5).

Más adelante, en 1938, con la reforma del Código de Procedimientos Civiles, se da comienzo a la tercera etapa; con esta llega a su fin el sistema difuso y se implementa en sistema concentrado; este viene a establecer que el control de constitucionalidad le corresponde “exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia en pleno la potestad de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de los magistrados, la inconstitucionalidad de leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas.” (Sáenz, 2008 citado por López, 2013, p.5). Asimismo, con la Constitución de 1949 se otorga esta potestad a la Corte Suprema de Justicia.

La cuarta y última etapa inicia con la promulgación de la Ley 7128, la cual buscaba una reforma parcial a la Constitución Política de Costa Rica, esta reformó los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución de 1949, empero en lo que interesa, es el artículo 10 de dicha reforma el que marca el antes y el después en la historia de la jurisdicción constitucional costarricense dicho artículo reza:

“Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público...”.

En el mismo sentido, el artículo segundo de la Ley de Jurisdicción Constitucional, establece que le corresponde a esta ejercer en estricto sentido la función de controlar la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza que sean, asimismo, le compete a esta Sala controlar los actos de los sujetos de Derecho Público y garantizar la armonía entre el Derecho Interno y las normas internacionales; es por esta razón que la Sala Constitucional es la encargada de declarar la inconstitucionalidad de las normas.

En vista de lo anterior, tanto la Constitución Política como la Ley de Jurisdicción Constitucional, marcan los aspectos de estructura y funcionamiento a la Sala; en estas leyes se marca la competencia de esta y, además, se define su naturaleza jurídica. La Sala es la encargada de velar por la supremacía de la Constitución Política, para que esta no sea vulnerada; tal y como lo dispone el artículo primero de la Ley de Jurisdicción Constitucional que expresamente indica:

“La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y

aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

### **Jurisdicción constitucional costarricense.**

A modo de resumen, la Sala Constitucional nace el 18 de agosto de 1989 con la ley 7128, que como ya se indicó, buscaba una reforma parcial en la Constitución Política de 1949, es precisamente con el artículo 10 de esta reforma que se crea la Sala, y en conjunto con la Ley de Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre del mismo año, que se comienza a marcar la competencia esta. Antes de proceder a analizar lo que esta conlleva y como se desarrolla, es preciso determinar lo que se entiende como jurisdicción, de acuerdo con la Real Academia Española esta es:

“Potestad, derivada de la soberanía del Estado, que aplica el derecho al caso en concreto, ordinariamente a través de la resolución definitiva de controversias según unas exigencias procesales bien determinadas, y cuyos sujetos naturales son los tribunales de justicia integrados por jueces independientes”.

En virtud de lo anterior, se puede entender la jurisdicción constitucional como aquel poder que tiene un órgano Estatal, en este caso la Sala Constitucional, para hacer garantizar el respeto y resguardo de la Constitución Política, teniéndola como una norma de jerarquía suprema, y en este sentido, ejerce el control de constitucionalidad, el cual se va a ahondar más adelante.

De acuerdo con Jinesta (2014), uno de los fines de la jurisdicción constitucional es conseguir una aplicación e interpretación uniforme entre las normas y la Constitución, es por esta razón que una de las principales funciones de la Sala Constitucional es velar porque se cumpla con el control de constitucionalidad y, por medio de este, mantener el orden constitucional.

### ***Organización y control de constitucionalidad.***

Es preciso hacer alusión a ciertos aspectos organizativos de la jurisdicción constitucional para tener una idea más clara de lo que esta conlleva y persigue, asimismo, es importante acotar que la jurisdicción constitucional costarricense está compuesta únicamente por la Sala Constitucional, la cual está integrada por siete magistrados propietarios y catorce suplentes; estos serán electos por la Asamblea Legislativa, para lo cual se requiere dos tercios del total de los votos de los diputados, es decir, 38 de 57 votos, según lo indican los artículos 10 y 4 de la Constitución y Ley de Jurisdicción constitucional respectivamente (López, 2013, p.46).

Los magistrados son electos por periodos de ocho años, esto en el caso de los propietarios, los suplentes se eligen por periodos de cuatro años, una situación particular es que en caso de que la Asamblea Legislativa no se pronuncie en contrario, la reelección operará de inmediato. Es a los magistrados, tanto propietarios como suplentes, a quienes corresponde realizar el control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad consiste en todas aquellas acciones que debe llevar a cabo la Sala Constitucional para proteger los derechos fundamentales de las personas, así como para procurar la observancia de la Constitución, en palabras de Don Eduardo Ortiz Ortiz es “la potestad para establecer y declarar la relación entre la constitución y todos los demás actos del poder público, con el fin de mantener y hacer efectivo su rango como norma suprema del ordenamiento”. (1991, p.21).

En ese sentido, la Sala Constitucional ha dicho:

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que está, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos...como vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios. Naturalmente que el principio de supremacía de la Constitución, implica su eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma” (11253-2001).

Es claro como la Sala reconoce su control de constitucionalidad como aquel que debe ejercer para evitar que una norma infra constitucional atente contra la Constitución Política. El control de constitucionalidad que ejerce la Sala es de carácter concentrado, ya que es el único órgano el encargado de conocer y dar solución a temas de constitucionalidad de las normas, en ese sentido los doctrinarios han señalado:

“La Sala Constitucional posee una competencia exclusiva y especializada... pues menciona que la jurisdicción constitucional es la única llamada a conocer la resolución en determinados supuestos, para la protección y garantía de los derechos fundamentales y demás libertades consagradas en la Constitución Política y el derecho internacional...” (López, 2013, p.8).

Asimismo, Don Ernesto Jinesta (s.f.) manifiesta, “la Sala Constitucional tiene competencia exclusiva y excluyente para declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos u omisiones sujetos al Derecho Público, con efectos retroactivos (*ex tunc*) y *erga omnes*” (p.1).

La misma Sala Constitucional se ha pronunciado acerca de su control de constitucionalidad, indicando su carácter concentrado, esto en la consulta judicial 1185-1995, que solicitó el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de San José, el cual consulta a cerca de la constitucionalidad de los artículos 15 de la ley 6966 de 1984 y 8 párrafo final de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que interesa, en su considerando V dice:

El artículo 10 Constitucional, en lo conducente, dice: "Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público..." Como se ve, el artículo consagra el principio de supremacía de la Constitución, y a la vez, resuelve el tema conexo de definir a quién corresponde la preservación de ese principio. El texto, producto de la reforma de 1989, confirma la tesis de un sistema concentrado que ya venía consagrado constitucionalmente desde 1949 y a nivel meramente legislativo desde 1938. En opinión de este Tribunal, la norma constitucional otorga competencia para "declarar la inconstitucionalidad" de normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público a un órgano que crea en ese acto: una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, por cierto, la única Sala de la Corte

Suprema de Justicia de la cual se ocupa -y extensamente- la Constitución Política. El artículo, al menos en la parte supra transcrita, que es la que interesa a los efectos de esta sentencia, puede decirse que tiene notables diferencias con el texto que sustituyó y que venía desde 1949. Entre ellas, tenemos: a) crea un órgano especializado para conocer de la inconstitucionalidad, lo que luego la Ley de la Jurisdicción Constitucional denominará Sala Constitucional; b) le otorga competencia universal para declarar la inconstitucionalidad, pues abarca normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público...

Para ejercer dicho control, la Sala cuenta con algunos mecanismos, estos se encuentran regulados a partir del título IV de la LJC, principalmente son la acción de inconstitucionalidad y la consulta de constitucionalidad, sin embargo, esta última es la que se va a ahondar de manera breve, debido a que la primera no es de relevancia para el tema que nos ocupa. Por otro lado, es conveniente acotar que, de acuerdo con el artículo supra citado, la Sala además de ejercer el control de constitucionalidad en el ordenamiento interno, debe ejercer este control en el ordenamiento internacional, en el sentido de que este último se encuentre en completa armonía con las disposiciones constitucionales.

#### *Mecanismos de seguridad.*

Como se mencionó anteriormente, el control de constitucionalidad cuenta con mecanismos, no obstante, en lo que interesa se va a hacer un breve análisis de la consulta legislativa de constitucionalidad y la consulta judicial de constitucionalidad, pues estos son semejantes en lo que respecta a su función, con la función consultiva de la Corte IDH, ya que la Sala de alguna manera por medio de estos realiza un análisis de compatibilidad entre las normas del ordenamiento jurídico costarricense y la Constitución Política.

#### *-Consulta legislativa de constitucionalidad.*

Este mecanismo se encuentra regulado por la LJC en el artículo 96 y siguientes; y, básicamente, consiste en la facultad que tiene la Sala Constitucional de emitir opiniones consultivas previas sobre proyectos legislativos, este tipo de consulta se conoce como mecanismo “a priori”, lo cual quiere decir que es previo a la aprobación de leyes, esto con una finalidad “objetiva y abstracta” que en palabras de Jinesta (2014), citando a Aviña (2011):

“Es ejercido en interés de la supremacía constitucional, al margen de cualquier situación o supuesto fáctico específico, sin que exista de por medio una situación jurídica sustantiva que proteger, llámese derecho subjetivo o interés legítimo” (p.281).

En síntesis, con este mecanismo se busca un control sobre aquellos proyectos de ley, para que no lleguen a formar parte del ordenamiento jurídico cuando contravengan las disposiciones constitucionales y así “velar por la pureza y calidad constitucional del ordenamiento jurídico...” (Jinesta, 2014, p.281).

Esta consulta se realiza de manera preceptiva o facultativa, ya que como dice Don Ernesto Jinesta (2014) “tiene una doble dimensión”, la preceptiva es obligatoria mientras que la facultativa, como bien indica su nombre, es permisiva. Para una mayor comprensión es preciso determinar en qué casos operan cada una de ellas.

La consulta legislativa preceptiva u obligatoria debe siempre activarse cuando en el plenario se estén discutiendo proyectos de reformas constitucionales, reformas a la Ley de Jurisdicción Constitucional, y aquellos proyectos tendientes a la aprobación de tratados internacionales o convenios, incluso sus reservas o propuestas; estas deben ser solicitadas por el Directorio de la Asamblea Legislativa.

Esta consulta es obligatoria tanto para quien debe solicitarla, como para la misma Sala Constitucional, esto en razón de la importancia y el impacto que genera el nuevo proyecto de ley para el ordenamiento jurídico (Jinesta, 2014, p.296).

Es importante mencionar, que la Constitución Política al imponer a la Asamblea Legislativa la solicitud de una consulta de constitucionalidad, cuando se traten temas de aprobación y ratificación de Tratados Internacionales, está garantizando que se realice un efectivo control de constitucionalidad de las normas de Derecho Internacional, ya que estos una vez aprobados “pueden llegar a tener rango supra legal o, incluso, tratándose de los que regulan derechos humanos, rango y jerarquía constitucional o supraconstitucional” (Jinesta, 2014, p.303), así garantiza la pureza constitucional.

En el mismo sentido expresa Jinesta (2014), “existe el principio de la supremacía constitucional que debe asegurar la Sala Constitucional, procurando que tales instrumentos internacionales se ajusten plenamente al bloque constitucional...” (p.305), es decir, con este control

la Sala se asegura de mantener la equidad constitucional entre el derecho constitucional y el derecho internacional, específicamente el derecho internacional de los derechos humanos.

Por otro lado, las consultas facultativas son para aquellos proyectos de ley, o de reforma de estas, cuando se traten de temas distintos a los que establece el inciso “a” del artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional; con la misma finalidad preventiva, es decir, se busca evitar la inserción de una ley al ordenamiento jurídico, que de alguna manera discrepe con el contenido de la Constitución Política.

Requiere ser presentada por un número no menor de diez diputados, requisito necesario, es decir, si en algún momento del proceso de consulta alguno de los diez diputados desiste, no procede la consulta e inevitablemente la Sala Constitucional no procede con el estudio del proyecto y por tanto no emite la opinión consultiva, esto porque la legitimación es muy importante para activar la consulta (López, 2013, p.81).

Un aspecto importante, es la amplia legitimación para solicitar consultas legislativas de constitucionalidad de forma facultativa, y es que, de acuerdo con los incisos “c” y “ch” del artículo 96 de la LJC, podrán solicitarlas también la Corte Suprema De Justicia, Tribunal Supremo de Elecciones , la Contraloría General de la República y el Defensor de los Habitantes, en el caso de los tres primeros, cuando se trate de proyectos de ley o de menciones incorporadas a ellos en los cuales se ignoren principios o normas relativos a su competencia constitucional; y en el caso del Defensor de los Habitantes, cuando considere la infracción de derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución y normas de Derecho Internacional.

Dicha solicitud debe ser fundada, es decir, se deben explicar los aspectos que generen duda del proyecto o que se consideren atentan contra la supremacía constitucional, este requisito es formal, es decir, es necesario para que la Sala pueda proceder a emitir la opinión consultiva, ya que no puede manifestarse respecto de algo que no le ha sido cuestionado; un dato conveniente de aclarar es que, en caso de que algún punto no haya sido cuestionado mediante una consulta legislativa de constitucionalidad, no implica que no pueda ser aclarado después, pero sería mediante el trámite de una acción de inconstitucionalidad, ya que estas se dirigen contra leyes ya aprobadas.

*-Consulta judicial de constitucionalidad.*

Esta consulta, le permite a la Sala ejercer un control de constitucional conocido como “a posteriori”, lo cual quiere decir que, ejercita este control aun cuando ya se han aprobado las leyes o ratificado y aprobado los tratados internacionales; con la salvedad que en este caso la consulta la realizan los jueces ordinarios, es decir, de cualquier otra jurisdicción, para de alguna manera colaborar con la aplicación del principio de soberanía constitucional y así “...participa indirectamente, en el control de constitucionalidad.” (Jinesta, 2014, p.454). La consulta procede cuando sobrevenga duda al juez respecto de la constitucionalidad de las normas que va a aplicar en la resolución del caso concreto.

La consulta judicial se encuentra regulada en el artículo 102 y siguientes de la LJC, esta es de carácter meramente facultativo, es decir, el juez ordinario tiene la posibilidad de solicitar la consulta cuando así lo estime conveniente, a contrario sensu, no se encuentra obligado a gestionarla. Es importante mencionar que anteriormente el artículo 102 LJC, en su párrafo segundo establecía la obligación de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a realizar consultas de constitucionalidad cuando tuviere que resolver recursos de revisión fundados en la infracción al debido proceso o a la defensa, sin embargo, eso cambió después de la derogatoria de dicho párrafo en el 2011 (Jinesta, 2014, p.455).

En este caso, también existen presupuestos de admisibilidad, y es que, según lo detalla Jinesta (2014), el artículo citado supra, establece cuatro requisitos para su aceptación, en primer lugar, debe ser solicitada por un juez ordinario, en segundo lugar, deben existir dudas fundadas a cerca de la constitucionalidad de las normas que va a aplicar en la resolución del caso que se ha sometido a su conocimiento, tercero como ya se indicó, debe existir un caso sometido al conocimiento del juzgador y por último, que a ese caso debe aplicarse una norma, acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad (Jinesta, 2014, p.456).

La Sala Constitucional ha dicho que la consulta judicial de constitucionalidad es una forma de ejercer el control de constitucionalidad de una manera compatible con el sistema de justicia constitucional, para así robustecer la jurisdicción con normas y principios constitucionales y, a la vez, garantizar el respeto por la supremacía constitucional (Sala Constitucional, voto 1185-1995).

Ahora bien, en su momento se habló de la Corte IDH y de sus funciones, especialmente de la consultiva, la cual es aquella por medio de la cual la Corte realiza la interpretación de la Convención Americana y de los instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos, así como también se encarga de hacer análisis de compatibilidad de las normas internas de los Estados miembros de la OEA con la Convención; si trasladamos esta competencia a un órgano jurisdiccional costarricense, es claro que la única facultada para realizar estas funciones es la Sala Constitucional.

Pues, como se explicó, la Sala Constitucional se encarga entre otras cosas, de garantizar la compatibilidad entre las normas del foro, así como las internacionales y la Constitución Política; por tal razón, se realizó el abordaje de la Sala Constitucional y su jurisdicción, pero lo más importante de todo ese análisis, resulta el control de constitucionalidad que esta ejerce, ya que es este el que nos acerca a los instrumentos de derecho internacional, principalmente a los derechos humanos; es importante mencionar que en Costa Rica el tema de los derechos humanos es de suma importancia, por tal razón es uno de los primeros países en ratificar la Convención y aceptar la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Asimismo, mediante el control de constitucionalidad, como se explicó líneas atrás, la Sala Constitucional, busca el ajuste entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho constitucional, razón por la cual se va a dedicar un apartado para explicar en qué consiste y por qué es tan importante para el desarrollo de esta investigación.

### ***Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad.***

De acuerdo con Vega y Vargas (2017) citando a Góngora (2014) “La doctrina del bloque de constitucionalidad es adoptada por el Constitucional como un mecanismo de armonización entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”, por tal motivo, es que se ha permitido agregar los tratados internacionales en el ámbito constitucional, así se puede ver en los artículos 7 y 48 de la Constitución Política; el primero otorga superioridad a los tratados y convenios internacionales sobre las leyes y, el segundo, “regula lo relacionado con el recurso de amparo de derechos contenidos en instrumentos internacionales” (Vega y Vargas, 2017, p.184).

En palabras de Góngora (2014), citado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015) “La doctrina del bloque de constitucionalidad permite reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución” (p.27), y es el caso de los Tratados Internacionales de derechos humanos, ya que estos efectivamente no están incorporados a la Constitución Política, empero por disposición de la misma cuenta con un rango de jerarquía igual a esta.

Razón por la cual, la aptitud del Estado costarricense de contraer obligaciones internacionales por medio de la ratificación, aprobación e incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico es consecuencia directa del uso de la soberanía de los Estados, ya que estos por medio de su capacidad de establecer relaciones internacionales para una adecuada protección de los derechos humanos son “creadores de las normas del Derecho Internacional y, a la vez, destinatarios de dichas normas” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH], 2015, p.17).

En ese mismo orden de ideas Nikken (1987), citado por el IIDH (2015) menciona, “...los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tienen por destinatario a los Estados, sino a los individuos” (p.18), lo cual viene a cimentar la tesis de como los Estados contraen obligaciones internacionales para crear un ordenamiento jurídico armónico con la Constitución Política y, con ello, procurar el bien común.

Ahora bien, procede realizar un análisis de cómo es que el Derecho Internacional pasa a formar parte del Derecho Interno de un Estado: de acuerdo con las normas constitucionales, cuando el Estado de Costa Rica proceda a adherirse a un instituto de esta categoría debe, en primera instancia, proceder con la incorporación de este al cuerpo normativo interno, esto debe realizarse por medio del proceso ratificación y aprobación del Tratado, de la índole que sea, o sea concerniente a la protección de derechos humanos o de cualquier otro tema, ya que así lo dispone la norma constitucional en su canon 121.4.

Este proceso es igual al de aprobación de leyes en Costa Rica, es decir, debe ingresar a la corriente Legislativa, ya que esta es la encargada de aprobar o improbar leyes, tal y como lo dispone el artículo 121 constitucional; para que esta realice el trámite legal necesario para incorporarlos o no al ordenamiento costarricense. Todo esto es necesario debido a que Costa Rica sigue la corriente

dualista o como se conoce comúnmente, la teoría dualista, la cual consiste en que el Derecho Internacional y el Derecho Interno de cada Estado son completamente independientes entre sí y para que el primero forme parte del segundo debe incorporarse a este.

Lo anterior quiere decir que cualquier Tratado Internacional, debe convertirse, primeramente, en ley del Estado para poder aplicarse y en definitiva formar parte armónica del derecho interno; cuando se utiliza la palabra “armónica”, se hace en la perspectiva de que tiene que necesariamente haber pasado por un proceso de control constitucional para garantizar la idoneidad de la norma, en este caso del tratado con el ordenamiento jurídico ya existente, y así lograr el bloque de constitucionalidad.

La Sala ha sostenido en diversas ocasiones que cuando se trate de la protección de derechos humanos los instrumentos de derechos humanos priman sobre la ley, propiamente en el voto 1682 del 2007, el cual expone:

Sobre el valor normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como elemento integrante del Derecho de la Constitución. La Sala Constitucional, desde la sentencia N°1147-90 de las 16:00 hrs. de 21 de septiembre de 1990, ha señalado en términos generales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Asimismo, indicó lo siguiente:

...lo que dispone el artículo siete de la Constitución Política en el sentido de que los tratados y convenios internacionales "estén con autoridad superior a las leyes" (petitoria 1 in fine). Mas debe decirse que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley No.7128, de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona (voto 1993-5759, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

Además, ha dicho en el voto 2313-1995 que incluso priman a la Constitución:

Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución.

Ahora bien, la armonización entre las normas de derecho internacional de los derechos humanos y las normas constitucionales que pretende el bloque de constitucionalidad requiere del instituto jurídico denominada control de convencionalidad, para poder garantizar el efectivo cumplimiento de las disposiciones internacionales de derechos humanos en el ámbito interno de cada Estado.

El control de convencionalidad definido por la Corte IDH es la institución:

...que se utiliza en el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los derechos humanos y específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos...en el derecho Interno de los Estados parte de aquella...consiste en cumplir con los compromisos internacionales asumidos al ratificar y adherirse a ella... (Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH], 2015, p.9).

En otras palabras, el control de convencionalidad es la obligación que asumen los Estados al ratificar y adherirse a un tratado o convenio internacional, ya que se obligan a las disposiciones que estos contienen. Es menester acotar, que una vez que un Estado se obliga al cumplimiento de las normas de un tratado internacional, lo hace en conjunto con todos los órganos que lo integran, es decir, vincula a cada uno de ellos al deber de ejercer el control de convencionalidad.

Otra conceptualización es la que realiza Vargas (2018), en la cual divide el control de convencionalidad como aquel que se ejerce tanto a lo interno de cada Estado y además, en el plano internacional, Marvin Vargas, quien es letrado de la Sala Constitucional manifiesta:

Se ejerce el control de convencionalidad en dos planos: el internacional y el interno. A nivel internacional, le corresponde a la CIDH juzgar, en casos concretos, si un Estado ha vulnerado la CADH -u otros convenios regionales respecto a los que se haya reconocido su competencia- al emitir una norma, dictar un acto o bien, al no adaptar su ordenamiento interno a lo dispuesto por el instrumento internacional.

Por otra parte, el control de convencionalidad ejercido a nivel interno se traduce en el deber de todas las autoridades del poder público de verificar la conformidad de cualquier acto (administrativo, normativo o jurisdiccional) con la CADH u otros instrumentos regionales aplicables y la jurisprudencia que la integra, interpreta y delimita (p.169).

“Es la propia CIDH la que ha delineado sus contornos, premisas y ha precisado sus consecuencias” (Vargas, 2018, p.167). Esto por medio de sus sentencias que ha definido y conceptualizado el control de convencionalidad, un ejemplo es la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs Guatemala del 25 de noviembre del 2003, la cual es la primera en la que menciona este tema, y como tal señaló:

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Otra ocasión en la que la Corte se pronunció acerca de este instrumento fue en la sentencia Almonacid Arellano vs Chile del 26 de septiembre del 2006, en esta oportunidad define el control de convencionalidad interno, y para esto cita de manera expresa el término control de convencionalidad:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento

jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Es menester acotar que la sentencia supra citada, como ya se mencionó, fue la base del criterio de la Corte IDH para sostener su postura respecto del control de convencionalidad, ya que a partir de esta elabora jurisprudencia con respecto a este tema. Ahora bien, cabe destacar que la Corte hace alusión a que este control debe ejercerse por medio de los Estados y el conjunto de órganos que los componen, para armonizar la normativa interna con la Convención Americana y las disposiciones de la Corte en sus sentencias, lo cual quiere decir que es obligación de los Estados acatar lo que demande este en su jurisdicción contenciosa.

A modo de ejemplo de lo anterior, en la sentencia *Gelman vs Uruguay* del 20 de marzo del 2013, en la cual precisa:

66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de

sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior, debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada, adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente [...]

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos

los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad, tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

Del extracto anterior es importante acotar que la obligatoriedad de ejercer el control de convencionalidad, según lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se aprecia supra, es tanto para los países que han sido sentenciados como para aquellos que no, por el simple hecho de conformar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y como consecuencia de haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH; empero lo realmente importante de este criterio es que únicamente vincula a ejercer este control la jurisprudencia de la Corte, es decir, las resoluciones que esta dicte en ejercicio de su competencia contenciosa.

Ahora bien, cabe aclarar, que quien investiga sigue la tesis antes fundamentada, empero en el año 2014 la Corte IDH mediante la opinión consultiva OC-21/14 titulada “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” recomienda que el control de convencionalidad que deben ejercer los Estados respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los Tratados Internacionales protectores de Derechos Humanos, deben dirigirla, no solo en el caso de las sentencias que la Corte emita, sino en las mismas opiniones consultivas; esta opinión consultiva textualmente reza:

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cuál es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional

interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente, de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

No procede en esta etapa de la investigación realizar conclusiones, sin embargo, es inevitable mencionar que, como se ha fundamentado líneas atrás, las opiniones consultivas de la Corte IDH carecen de vinculación para los ordenamientos jurídicos, por su propia naturaleza, ya que estas, como se ha venido sosteniendo, nacen con la intención de coadyuvar a la armonización del cuerpo normativo internacional de los derechos humanos y al respeto de este por parte de los Estados que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y la Corte, por medio de estas, únicamente emite recomendaciones para que se cumpla el fin antes dicho.

Como fundamento de lo anterior es preciso citar en lo que interesa el párrafo 51 de la OC-1/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

51. ...No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención...

En resumen, al ser las opiniones consultivas recomendaciones que emite la Corte, queda a reserva de los Estados acoger dichas sugerencias de la Corte; dejando en claro que el criterio que sigue quien investiga es que la obligación de ejercer el control de convencionalidad es para las disposiciones que emerjan de las sentencias provenientes de un caso contencioso que fue ventilado ante el órgano jurisdiccional internacional.

Como se mencionó en su momento, cada Estado debe asegurarse de la observancia de este instituto en conjunto de los órganos vinculados a la administración de justicia, es por esta razón que la Sala Constitucional costarricense como órgano encargado de velar por la protección de los

derechos humanos y del orden social, se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de este tema y ha variado su criterio según la Corte lo ha ido evolucionando o ampliando.

La Sala Constitucional se pronuncia al respecto en el voto 6247-2013 en el cual manifestó:

Todos los órganos del Estado, incluidos el Ejecutivo y el Legislativo, deben ser garantes del control de convencionalidad, a fin de hacer respetar y garantizar una tutela y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales en el ejercicio de una magistratura independiente.

En el 2014, la Sala acoge el criterio de la Corte en la OC-21/14 y mediante su jurisprudencia determina la obligación del control de convencionalidad, incluso hasta en las opiniones consultivas de la Corte IDH, ejemplo de esto son los votos 12703-2014 y el 18643-2014 el cual reafirma la postura que toma la Sala; estos literalmente refieren:

Carácter vinculante del control de convencionalidad. El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos *Almonacid Arellano y otros c/. Chile* de 26 de septiembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú* de 24 de noviembre de 2006, *Cabrera García y Montiel Flores c/. México* de 26 de noviembre de 2010 y *Gelman c/. Uruguay* de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.

El criterio de la Sala Constitucional en este tema va de la mano con anteriores pronunciamientos, en donde esta considera a las opiniones consultivas como vinculantes para el ordenamiento jurídico costarricense, razón por la cual acoge la OC-21/14 de la Corte y determina el control de convencionalidad como obligatorio, incluso en los casos no contenciosos, es decir, en materia consultiva; empero la valoración que hace el Tribunal Constitucional como se detallará más adelante está compuesta de algunos vicios de entendimiento y aplicación del Derecho.

### **Jurisdicción constitucional costarricense y opiniones consultivas de la Corte IDH.**

Costa Rica ha sido un Estado con mucha experiencia en materia consultiva, debido a que ha activado el mecanismo consultivo de la Corte IDH en múltiples ocasiones, razón por la cual se ha convertido en el Estado parte de la Convención que más ha utilizado este instituto; hasta la fecha, Costa Rica ha solicitado 5 de las 25 opiniones consultivas emitidas por la Corte. “En este sentido, el ordenamiento jurídico costarricense se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la relación de las opiniones consultivas con el bloque de constitucionalidad...” (Vega y Vargas, 2017, p.185).

El tema de las opiniones consultivas no es novedad para la Sala Constitucional, ya que esta se ha basado en ellas para resolver casos que le han sido sometidos a su jurisdicción; asimismo, la Sala en sus sentencias ha reconocido un valor vinculante para estas. La primera oportunidad que tuvo la Sala para referirse a los efectos de las opiniones consultivas en la jurisdicción costarricense fue en la sentencia 1995-2313, en ella la Sala se ocupa de resolver una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas.

Esta acción fue incoada ante la Sala como consecuencia de la opinión consultiva OC-5/85 emitida por la Corte, en esta opinión la Corte interpreta los artículos 13 y 29 de la Convención Americana, además, debe analizar la compatibilidad de la Ley 4420 con las disposiciones de los artículos antes mencionados; es importante mencionar que esta opinión consultiva la solicita el Estado de Costa Rica.

En lo que interesa, la Sala Constitucional en la sentencia citada apuntó lo siguiente:

No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que la Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que 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 sus leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en un caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada.

Del fragmento anterior se desprende la idea de la Sala al estimar que las opiniones consultivas deben ser consideradas de igual acatamiento que las resoluciones de Corte en los casos contenciosos, y su fundamento, un poco escueto, se basa en que si Costa Rica es quien solicita dicha opinión, con mayor razón debe acatar lo que la Corte establezca como necesario. Sin embargo, se considera que la Sala en esta sentencia no fundamenta debidamente su posición respecto de las opiniones consultivas y su vinculación en el sistema normativo costarricense, ya que no existe un apartado en este voto para explicar fundadamente las razones que tuvo la Sala en ese momento para emitir dicha consideración.

Como fundamento de lo supra citado se toma el siguiente fragmento del voto 2313-1995:

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de "la fuerza moral de la opinión consultiva", si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países -Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta -Opinión Consultiva- la puede archivar aquel lisa y llanamente.

No obstante, la Sala se ha pronunciado en una segunda oportunidad acerca del valor normativo de las opiniones consultivas en la sentencia 1682-2007, en la cual afirmó que, "...las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno

valor y que, tratándose de Derechos Humanos, sus decisiones vinculan al Estado costarricense.”, empero, en esta ocasión se vuelve a presentar una evidente falta de fundamentación para sostener tal afirmación.

Sin embargo, no todos los Estados siguen la misma corriente de criterio que Costa Rica respecto de las opiniones consultivas y, por el contrario, únicamente reconocen el carácter vinculante de los fallos de la Corte, es decir, de las sentencias contenciosas, como ejemplo de estos se puede aludir a jurisprudencia de altos Tribunales Constitucionales de la región.

En diciembre de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en la resolución del expediente 224 XXXIX, mencionó lo siguiente:

Que esta Corte ha reconocido el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos. El Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en forma explícita, que los estados parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que intervengan en ese carácter... (considerando 9 del voto del Señor ministro, doctor Antonio Boggiano).

Que lo dicho hasta aquí, no implica negar [sic] vinculatoriedad a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional. En este sentido, la conclusión a la que aquí se arriba es armónica con lo establecido en el Artículo 68 del Pacto de San José de Costa Rica, bien entendido que sea el ámbito de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (considerando 11 del voto del Señor ministro, doctor Carlos S. Fayt).

Que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (Artículo 68.1, CADH), por lo cual, también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (considerando 6 del voto de la Señora ministra, doctora Elena I. Highton de Nolasco).

Que, tanto de los términos expresos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como de su contexto, se desprende que cuando ese instrumento convencional ha querido

asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación, lo hizo en forma explícita. En este sentido, la Convención dispone que "[...] Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes [...]" (Artículo 68.1), por lo que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida que el Estado Nacional ha reconocido la competencia de ese tribunal internacional al aprobar la citada convención (considerando 9 del voto del Señor ministro, doctor Augusto Cesar Belluscio y del Señor ministro, doctor Juan Carlos Maqueda).

Del extracto anterior, es importante mencionar que la sentencia en cuestión está compuesta por cuatro votos, en donde cada uno de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina dan su criterio respecto del caso; asimismo, es menester señalar que a pesar de que en esta sentencia los Ministros de la Corte de Argentina tienen un apartado, reúnen el mismo criterio en relación con la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, el cual enfatizan haciendo referencia al artículo 68 de la Convención Americana; el mismo fija la obligación de los Estados de cumplir con las sentencias que dicte la Corte Interamericana.

Por otro lado, la Corte Constitucional de Colombia en 2003, mediante la sentencia T-558/03 en lo que interesa, indica:

En tal sentido, conviene señalar que los órganos de las organizaciones internacionales pueden, de conformidad con el tratado multilateral constitutivo de cada una de ellas, u otros textos normativos como son los Estatutos o los Reglamentos Internos, adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa denominación y con distintos efectos jurídicos como son: resoluciones, recomendaciones, decisiones, opiniones consultivas, medidas provisionales, medidas cautelares o, incluso, sentencias, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La práctica internacional demuestra que existe, en esta materia, una gran incertidumbre terminológica y una ambigüedad conceptual que no permiten, en muchos casos, precisar con exactitud el alcance de cada una de estas clases de actos jurídicos. Por tales razones, la doctrina se limita a distinguir entre los actos de los órganos judiciales internacionales, que pueden ser "*sentencias*", las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y "*opiniones consultivas*", desprovistas de tales efectos...

Por el contrario, las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento. De allí, que el contenido jurídico de la expresión coincida con su sentido corriente. Los destinatarios de estas son los Estados Partes en la Organización Internacional y, en ocasiones, los particulares.

Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y, finalmente, se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia. Así, para algunos autores, las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculantes. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de Diciembre de 1993 en el asunto *Caballero Delgado y Santana contra Colombia* estimó que el término “recomendaciones”, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado “*conforme a su sentido corriente*” de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello “*no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado*”. De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas.

Es claro que, para la Corte Constitucional de Colombia, existe una notable diferencia entre sentencias y opiniones consultivas y, por tal razón, dejan en claro con esta sentencia los efectos que tienen cada una de ellas, asimismo, se refieren a las recomendaciones y como estas no tienen un contenido obligatorio y, por tanto, no representan una obligación para los Estados. Entonces, al ser las opiniones consultivas recomendaciones que emite la Corte IDH, no son estas de acatamiento obligatorio.

En el mismo sentido se ha referido el Tribunal Constitucional de Perú en la sentencia 679-2005-PA/TC:

44. Por otro lado, en relación con el argumento de que la sentencia del 3 de septiembre de 2001, expedida por la Corte Interamericana, no es vinculante porque se trata de una opinión consultiva; el Tribunal Constitucional observa que la solicitud de interpretación de la sentencia de fondo del Caso Barrios Altos no fue solicitada por el Estado peruano, como lo ha sugerido el recurrente, sino por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

45. Igualmente, observa que dicha solicitud de interpretación no fue realizada al amparo del artículo 64 del Pacto de San José de Costa Rica, referida a la legitimación para solicitar opiniones consultivas [como también lo ha sugerido el recurrente], sino sobre la base del artículo 67 del mismo instrumento internacional, que autoriza que: (...) En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de notificación del fallo.

46. La interpretación de una sentencia de fondo difiere en sus efectos de la que es propia de una Opinión Consultiva. El ejercicio de la competencia consultiva se realiza sin que existan partes: (...) y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es 'la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

47. En cambio, la interpretación de una sentencia implica no solo la precisión del texto de los puntos resolutive del fallo, sino también la determinación del alcance, el sentido y la finalidad de la resolución, de acuerdo con las consideraciones de la misma (...).

48. En la medida en que la finalidad de la facultad de interpretar el sentido o los alcances del fallo no es otra que la de esclarecer lo decidido por la sentencia de la Corte Interamericana, una vez que esta se expide, ella vincula a las partes en los términos del artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prevé: Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

49. El Tribunal recuerda, además, que el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una obligación que: (...) corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida.

Este mismo Tribunal Constitucional se vuelve a referir acerca de este tema en la sentencia 00007-2007-PI/TC, y dice:

36. En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso, no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esa vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte del proceso.

Además, el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, en el voto 40721 del expediente 912/2010, considera lo siguiente:

14. QUINTO. Reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de sus criterios vinculantes y orientadores. De los antecedentes narrados, resulta un hecho inobjetable que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una decisión ya consumada del Estado mexicano.

15. Por tanto, cuando el Estado mexicano ha sido parte en una controversia o litigio ante la jurisdicción de la Corte Interamericana, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada...

17. .... Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.

18. La firmeza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deriva, además de lo expuesto, de lo dispuesto en los artículos 62.3, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...

19. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto.

20. Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona...

El criterio de estos cuatro Tribunales Constitucionales es bastante preciso al reconocer el valor vinculante únicamente a las sentencias de la Corte Interamericana, es decir, a su jurisdicción contenciosa; un dato relevante es que estos Estados han sido bastante activos en la jurisdicción de la Corte, así como también han requerido en algún momento de la función consultiva de la Corte IDH, al igual que el Estado costarricense y, sin embargo, tienen muy claro las diferencias entre estas dos competencias; asimismo, se rigen por las disposiciones normativas internacionales, es decir, basan sus criterios en la norma, lo cual resulta bastante adecuado en el tema que se trata.

Lo anterior en virtud que el derecho internacional, en particular el derecho internacional público, se basa en un acuerdo de voluntades, lo que quiere decir que las partes se obligan al contenido de la norma internacional cuando la aceptan y esta entra en vigor; en otras palabras, los Estados se obligan únicamente a lo que el Tratado o Convención estipule.

Tomando en cuenta lo anterior, se deduce que, si en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no dice que las opiniones consultivas son vinculantes, en apego a las disposiciones de la Convención de Viena de los Tratados y a las normas de Derecho Internacional se deduce que estas no pueden ser vinculantes, criterio que siguen la mayoría de Estados que están subordinados a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien, la Convención no indica si las opiniones consultivas son vinculantes para los Estados, la norma es clara y respeta la naturaleza jurídica de esta, sin embargo, no todos los Estados siguen ese criterio; a saber hoy, dos de ellos siguen considerando como vinculantes las recomendaciones que la Corte brinda por medio de las opiniones consultivas, como ya se mencionó Costa Rica y el Estado de Bolivia, quien estima que este instituto jurídico debe ser vinculante para el ordenamiento jurídico boliviano.

Y así lo hace ver el Tribunal Constitucional de ese país en la resolución 0038/2012, que en lo que interesa, dice:

III.2 “En primera instancia, no puede abordarse la presente problemática sin analizar, con carácter previo, la naturaleza jurídica de la acción de libertad, en tal sentido, a la luz del sistema interamericano de protección de derechos humanos, cuya normativa, decisiones, opiniones consultivas [sic] u otros lineamientos son vinculantes para el Estado Plurinacional de Bolivia...

De esta resolución, lo único que se puede apreciar es la falta de fundamentación del Tribunal Constitucional de Bolivia, ya que un ningún otro extracto de la sentencia se puede ver algún fundamento concreto que explique el porqué de dicho razonamiento; solo se percibe que el pensar de este Tribunal es similar al de la Sala Constitucional costarricense, al considerar que cualquier criterio que provenga de la Corte IDH debe ser vinculante por ser este el Tribunal protector de derechos humanos de mayor jerarquía en la zona, no obstante, es fundamento que carece de un análisis jurídico intelectual.

Ahora bien, puede suceder que esta corriente de pensamiento surja al concebir a la función consultiva como un mecanismo paralelo a la jurisdicción contenciosa de la Corte y, por esta razón, se siga el criterio que su contenido es vinculante; esto puede derivar de la falta de definición de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas, defecto que ha contribuido a que la misma Corte se pronuncie acerca de este tema sin definirlo del todo, ya que no ha establecido una determinación concisa y, por el contrario, ha titubeado en este tema; en ocasiones, ha estimado que las opiniones consultivas no pueden tener la misma fuerza vinculante de las sentencias contenciosas y, luego, afirma que estas tienen efectos innegables, sin referirse puntalmente a ellos.

Es posible que de estas inconsistencias surja el criterio diferenciado de estos Tribunales, pues la misma Corte no tiene un criterio sólido en lo que a esta materia respecta y, por el contrario, existe una serie de desigualdad en sus criterios, los cuales, en lugar de unificar su parecer, parece alejarlo cada vez más. Asimismo, la Corte ha ampliado su competencia consultiva y, de alguna manera, “ha ido ampliando gradualmente el marco normativo de la función consultiva, creando una distancia entre la intención por la que fue concebida y su construcción como ejercicio actual” (Vega y Vargas, 2017, p.188).

Lo anterior en palabras de Roa (2015) citado por Vega y Vargas (2017) ha contribuido a que se generen:

...una serie de fisuras o deficiencias que surgen del pronunciamiento de la Corte Interamericana ante las lagunas de la Convención y de su propio reglamento, respecto de la función consultiva.

Las fisuras de mayor relevancia son la no definición de los efectos de las opiniones consultivas y la ampliación de la competencia consultiva. (p.188)

En vista de lo anterior, está claro que, la imprecisión de los efectos que estas producen y los alcances que pueden llegar a tener, así como la amplia competencia que se ha arrogado la Corte en materia consultiva, ha contribuido a la errada apreciación de estas, y por tal razón, llegar a confundir los efectos de las opiniones consultivas con los de una sentencia contenciosa, las cuales, por ley, deben ser vinculantes y de acatamiento obligatorio para los Estados que conforman el Sistema Interamericano; situación que no pasa con las opiniones consultivas, debido a que la Convención Americana no estipula, en ninguna de sus cláusulas, la obligatoriedad de estas.

Al mismo tiempo, podría resultar conveniente pensar en la posibilidad de sustituir la vía contenciosa por la consultiva, esto debido a que podría resultar un proceso más expedito que no requiere del cumplimiento de una serie de formalidades y requisitos que sí deben ser completados en la vía contenciosa y, lo más importante, es que no es necesario el litigio, es decir, no tiene que haber contención sino que, por el contrario, se hace la consulta a la Corte y esta responde y emite consideraciones al respecto, dando como resultado una serie de recomendaciones para evitar llegar a un proceso contencioso a futuro y, por el contrario, mantener una armonía entre la normativa interna e internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, lo anterior no garantiza que, efectivamente, se vayan a realizar todos los procedimientos necesarios para evitar el detrimento de aquellos derechos que se pueden ver vulnerados con la discrepancia entre las normas internas de los Estados y la Convención, porque hay que tener claro que el fin principal de la función consultiva es consultar, valga la redundancia, a la Corte la compatibilidad de las normas internas con la Convención, así como consultar alguna laguna jurídica o duda que genere alguna disposición normativa, ya sea de la Convención Americana o de cualquier tratado internacional protector de derechos humanos.

Un ejemplo de lo anterior es la OC-5/85 que el Estado de Costa Rica le solicita a la Corte, en la cual, como ya se ha mencionado, se hace la consulta acerca de la compatibilidad del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas con los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos; en la misma, la Corte considera el artículo 22 de la ley supra citada como incompatible con la Convención, empero no es sino hasta diez años después, que el Estado costarricense por medio de una acción de inconstitucionalidad declara inconstitucional el artículo 22 de la LOCP.

Entonces, resulta que no se procedió a corregir el ordenamiento jurídico interno con la publicación de la opinión consultiva, de manera que evitara a futuro cualquier menoscabo a los derechos de los ciudadanos costarricenses; por lo que resulta claro que no en todos los casos la vía consultiva va a generar una pronta respuesta a la necesidad de defender la protección de los derechos de los individuos.

Hay quienes siguen diversas teorías acerca del porqué los Estados toman como vinculantes las opiniones consultivas de la Corte, por ejemplo, encubrir un caso contencioso con una opinión y así, evitarse una futura condena, o bien, resolver , por medio de ellas, aspectos que, si bien es cierto, contienen algún trasfondo político y que por ende, debe resolverse en la vía correspondiente, a de manera oportuna, se hace uso de las vías jurisdiccionales para obtener un mejor resultado. Esto se conoce como la judicialización de la política y para mayor comprensión de esta se va a proceder a dedicar un apartado para explicar en qué consiste esta práctica.

### **Judicialización de la política.**

Antes de iniciar con el desarrollo de esta sección, es necesario comenzar por definir lo que se entiende por judicialización de la política, de acuerdo con la Real Academia Española, por judicializar se entiende como “Llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política” y, para completar la frase, define como política aquello “perteneciente o relativo a la actividad política”; entonces, la judicialización de la política se puede definir como aquel acto de llevar a la vía judicial y resolver por medio de esta asuntos que, en principio, deben aclararse en la vía política.

Ahora bien, una vez que se profundiza el tema, es posible encontrar diversas conceptualizaciones, que van enfocadas en diferentes apreciaciones, por ejemplo, para Contreras (2018)

Las distintas aproximaciones al concepto, en definitiva, se mueven entre dos ideas. Por un lado y, en un sentido más general, la judicialización de la política sería una dimensión de un proceso más amplio, en que la vida social entera estaría dominada por el derecho: nuestra cultura –también la política– sería una eminentemente jurídica. Por otro lado, en un sentido más acotado y preciso –y que, por lo tanto, da más información– hay judicialización cuando los jueces toman decisiones autoritativas sobre la creación de políticas públicas y derechos (ya sea creándolos o reforzando los ya existentes en un sistema) (p.377).

Otra conceptualización es la que utiliza Feoli (2016), citando a Domingo (2004):

...la judicialización de la política puede definirse siguiendo el análisis de cuatro niveles. En primer lugar, el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales. En segundo lugar, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales. En tercer lugar, en un ámbito más discursivo que, según afirma la profesora boliviana, se refiere a que en la opinión pública la legitimidad del estado se construye cada vez más sobre la base de conceptos legales como rule of law o derechos fundamentales. Por último, la judicialización de la política supone también la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular, a través de demandas judiciales, distintos intereses económicos, políticos o sociales o vinculados con la protección de los derechos humanos (p.81).

Asimismo, Marco Feoli cita la definición de Uprimny (2008), quien considera que la judicialización de la política consiste en que “ciertos asuntos que (...) habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces...” (Feoli, 2016, pp.81-82)

En el mismo orden de ideas, Vega y Vargas (2017) citando a Hirschl (2006) dicen que la judicialización de la política es “la constante y acelerada dependencia en los tribunales y medios jurisdiccionales para abordar dificultades morales, asuntos de política pública y controversias políticas” (p.171). En otras palabras, es cuando se transfiere a los estrados judiciales cuestiones que en definitiva son de naturaleza política.

Al mismo tiempo, Hirschl hace una distinción de tres tipos de judicialización, establece que el primero de ellos engloba “la difusión del discurso legal, la jerga, las normas y los procedimientos de la esfera política y los foros y procesos de formulación de políticas”, el segundo “la judicialización de la creación de políticas públicas por vías administrativas o judiciales ordinarias” y el tercer tipo “la judicialización de la política pura o [sic] megapolítica”; esta última consiste en “la transferencia a los estrados judiciales de asuntos de total naturaleza política...” (Vega y Vargas 2017, p.172 citando a Hirschl, 2006).

Visto lo anterior, cabe aclarar que la tesis que sigue quien investiga es la judicialización de la política como aquella en la cual se transfiera a los estrados judiciales asuntos políticos, es decir, la judicialización de la política pura, pues, como se va a mostrar más adelante, es posible que esto esté sucediendo, utilizando como medio la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunales Constitucionales.

Además, hay que advertir que la judicialización de la política es un fenómeno relativamente reciente, por lo menos en América Latina, esto teniendo en cuenta que se ha venido mostrando aproximadamente en los últimos treinta años, sin embargo, esta práctica no es única en América Latina, ya que se tiene conocimiento que, en Europa, en el siglo XX, este instituto comienza a ganar fuerza.

De acuerdo con Contreras (2018), la judicialización de la política encuentra su fundamento en dos causas principales: por un lado, puede surgir de una convicción normativa o teórica que, a la vez, encuentra su sustento en aspectos históricos y, por otro lado, de una convicción práctica o instrumental; para poder entender un poco más acerca de este instituto y a qué se debe, es preciso estudiar sus posibles causas (pp.377-378). La primera de las causas es identificada por Fernando Contreras como la estructura del juego democrático y el problema del legislador y la segunda tesis de la aproximación estratégica.

La estructura del juego democrático y el problema del legislador, según el autor Contreras (2018) se trata de causas relacionadas entre sí, pero que, además, son distinguibles:

La primera alude a un problema político que es estructural, frente al cual la judicialización sería una reacción orgánica. Se dice que el sistema político es descentralizado y lleva inherentemente a la imposibilidad de acuerdos... hay una especie de lentitud en la manera

de introducir legislación. En este sentido, señala Hirschl, la judicialización es vista como el mejor modo de vencer la «ingobernabilidad» política. (Hirschl, 2004: 35). En el centro de esta idea está el cuestionamiento a la arquitectura institucional diseñada para gobernar.

Con el «problema del legislador», me refiero a su ineficacia en su cometido de legislar y de hacerlo correctamente. En este sentido, se ha señalado que el surgimiento de la judicialización en América Latina, responde, en parte importante, al hecho de que los derechos no habrían sido suficientemente garantizados por el ejecutivo o el legislador... El legislador se transforma en un problema, en este sentido, cuando los miembros del Congreso son negligentes (p.380).

Entonces, por estructura del juego democrático, debe entenderse como las deficiencias institucionales que, de alguna manera, orientan a los ciudadanos a presentar demandas ante los tribunales, con el fin de que se protejan efectivamente los derechos y garantías que les son inherentes, debido a la falta de gobernabilidad política y la lentitud con que el legislador crea nuevas normas que protejan los derechos de los ciudadanos; esto se ve estrechamente ligado con el problema del legislador, ya que, por ineficacia de este y la omisión a la hora de realizar sus labores, contribuye a la desprotección del conglomerado y a que este busque solución a sus problemas en los estrados judiciales.

Por otro lado, se encuentra la tesis de la aproximación estratégica que, de acuerdo con Contreras (2018), es una tesis que defiende Ran Hirschl, y la identifica como los incentivos que pueden llegar a tener los “portadores de poder”, esta tesis la constituye de la siguiente manera:

En primer lugar, el empoderamiento de los jueces no se crea en un vacío o en abstracto. Los factores económicos, políticos y sociales concretos de una comunidad dada son esenciales. En segundo lugar, su análisis del comportamiento de las élites, tiende a basarse en el método de la teoría de la elección pública. Así, argumenta que, en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, actores políticos y económicos pueden verse beneficiados de la judicialización, y los propios jueces también pueden hallar beneficios en esas transferencias de poder.

Los beneficios que, en un sentido más inmediato, participantes de la actividad legislativa de un congreso pueden obtener, tienen que ver principalmente con los costos que

ahorran al legislar en determinados temas... asociados a la toma de decisiones o negociaciones mancomunadas. Alcanzar acuerdos muchas veces exige conceder y recibir algo a cambio (Contreras, 2018, p.382).

De estas tesis, se entiende que la judicialización de la política no nace por la necesidad de controlar temas que, al no ser provistos por quienes tienen a cargo la creación de normas, no queda de otra que resolverlos en la sede judicial, sino que se judicializa la política como mecanismo de satisfacer ciertos intereses políticos que, a corto o largo plazo, van a generar una serie de beneficios económicos y políticos; asimismo, estos temas son tratados por medio de la competencia judicial, ya que son temas que, de alguna manera, genera cierta sensibilidad en la población y su implementación puede resultar en una mala recepción ciudadana.

En otro orden de ideas, Feoli (2016) hace alusión al término activismo judicial, e indica que algunas veces se maneja como noción equivalente a la judicialización de la política, sin embargo, debe darse un tratamiento diverso, debido a que cada uno refiere dos aspectos distintos de la judicialización de la política. Entonces, define activismo judicial de la siguiente manera:

La tendencia judicial de lograr el equilibrio adecuado de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente, gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley (Barak 2006, citado por Feoli, 2016, p.82).

Entonces, qué es el activismo judicial, bueno, de acuerdo con la definición citada supra, es cuando los jueces, además de administrar justicia, crean nuevas disposiciones normativas, es decir, no solo aplican la ley, sino que de alguna manera participan en el proceso de formación de políticas públicas, interpretando las normas constitucionales y las demás disposiciones legales; ahora bien, la pregunta que surge respecto de este instituto jurídico, si así puede llamarse es, ¿pueden los jueces crear nuevas disposiciones normativas o aclarar los vacíos legales?; esa pregunta será contestada más adelante.

El activismo social debe verse como mecanismo distinto a la judicialización de la política, por lo tanto, es preciso aclarar los puntos diferenciadores de ambos; primero hay que entender a la judicialización de la política como el desplazamiento, es decir, el movimiento que hace de los conflictos políticos al escrutinio del derecho, o bien, a los estrados judiciales, según Feoli (2016)

este instituto es: “dar a las cortes un determinado papel de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se ventilaban en el ámbito del poder legislativo o del poder ejecutivo” (p.85).

Por el contrario, el activismo judicial es cuando los jueces, además de aplicar el derecho, interpretan la norma y, de alguna manera, se interesa en resolver, a través de su decisión, asuntos que trascienden a su formulación legal, es decir, los jueces de alguna manera se colocan frente a otros poderes estatales e intervienen en la realización de funciones que no les son propias, ya que no se ajustan a la voluntad del legislador; Feoli (2016) define también activismo social del siguiente modo:

Activismo judicial es un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con los otros órganos del estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales (p.87).

Puede decirse entonces, que la principal diferencia entre estas figuras, es que la judicialización de la política va más dirigida en la utilización de la jurisdicción para resolver asuntos políticos, mientras que el activismo judicial es la acción que realiza el juez como administrador de justicia de interpretar la norma que va a aplicar, o bien, de llenar las lagunas jurídicas que tiene la norma, es decir, el juez realiza acciones que, de acuerdo con la separación de poderes, es una función encomendada por ley al poder legislativo.

Activismo judicial es una sucesión de comportamientos realizados por el juez que se acercan, más o menos, al concepto propuesto: interpretación sin ceñirse a la literalidad, anulación de decisiones de los otros poderes del estado, reconocimiento de nuevos derechos, definición de una política pública... (Contreras, 2016, p.88)

En otras palabras, el activismo judicial está ligado al juez como persona interesada en la realización de actividades que, por ley, le corresponden al legislativo y la judicialización de la política es la acción de trasladar a los tribunales la resolución de asuntos que principio deben ser resueltos en la vía política.

Ahora bien, como se cuestionó líneas atrás, ¿pueden los jueces crear nuevas disposiciones normativas o aclarar los vacíos legales? De acuerdo con la legislación constitucional costarricense, la competencia para dictar leyes, derogarlas, reformarlas y darles interpretación auténtica corresponde, exclusivamente, a la Asamblea Legislativa, así lo dispone el artículo 121 inciso 1° de la Carta Magna costarricense; razón por la cual, en Costa Rica, ninguna entidad jurisdiccional podría ejercer funciones que, por ley, están encomendadas únicamente al Poder Legislativo, asimismo, estaría en contra del sistema de frenos y contrapesos.

Entonces, la respuesta es que no puede ningún juez realizar funciones que no le competen, de igual forma, están supeditados al principio de legalidad, tal y como lo indica el artículo 154 Constitucional, el cual no es otro que el principio de legalidad dirigido a los funcionarios judiciales, mismo que reza “El Poder Judicial solo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicten en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”.

Como se dijo en su momento, el activismo judicial no es en principio judicializar la política, sin embargo, se puede ver cómo, en efecto, existe un enlace entre ambos, es decir, por medio de estos se utiliza la jurisdicción para resolver o realizar acciones que, en principio y por disposición legal, deben ser aclaradas en la vía política, lo cual al final de cuentas es “utilizar las Cortes como espacio de discusión política” (Feoli, 2016, p.89); ejercicio que, de cierta forma, rompe con el esquema de la separación de poderes, tema que, si bien es cierto, no es el eje central de la investigación, es de suma importancia para esta, claro está, partiendo de que esta práctica se dé a nivel interno de los Estados.

En vista de lo anterior, es importante detenerse un instante a analizar rápidamente el principio de la separación de poderes, o como también se conoce “sistema o teoría de frenos y contrapesos”, el cual consiste, básicamente, en la separación de funciones entre los distintos órganos estatales, para lograr, por medio de esta, poderes separados, independientes y equilibrados entre sí; en otras palabras, se trata de asegurar una organización racionalizada y la limitación del Estado (Solozabal, 1981, p.215).

El principal mentor de este principio fue el filósofo y jurista Charles Louis de Secondat, más conocido como Barón de Montesquieu, quien tenía una corriente de pensamiento que lo llevó

a la formulación de este sistema; una de las frases que de alguna manera demuestran su pensar es “quien tiene poder, tiene la tendencia a abusar de él hasta que halla límites”. Este filósofo sostiene:

que en cada Estado hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Indica que el último se denomina poder judicial, y el otro, poder ejecutivo del Estado (Anselmino, 2017, p.191, citando a Montesquieu, 2003).

De lo anterior, se puede ver como, en efecto, esta teoría es la más cercana a la que se tiene hoy y se sigue por diversos Estados de Derecho, de acuerdo con Anselmino (2017) esta teoría se encamina a:

...asegurar el goce efectivo de la libertad del individuo, a través de la fragmentación del poder del Estado y de la existencia y funcionamiento de diversos órganos que, al desempeñar separadamente y coordinadamente las funciones estatales, se controlan y frenan recíprocamente, impidiendo que cada uno de ellos exceda su competencia constitucional con el consiguiente detrimento de la libertad de los habitantes (p.192).

En síntesis, el principio de división de poderes o sistema de frenos y contrapesos, tiene como fin la distribución de funciones para un adecuado manejo de las mismas y un correcto desempeño de las labores, así como fin primordial evitar el abuso de poder que pudiera llegar darse en la esfera estatal y, con esto, llegar a un adecuado control de la labor estatal, siempre y cuando cada órgano ejerza su función con independencia, tal y como lo dispone el artículo 9 de la Constitución Política de Costa Rica, el cual en su párrafo segundo es claro al enunciar “Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”.

En vista de lo anterior, la judicialización de la política, en efecto, atenta contra el principio de separación de poderes, el cual se encuentra amparado por la Constitución Política costarricense y lleva a pensar que esta práctica es contraria a la normativa constitucional y, en definitiva, la infringe; empero, ¿cómo es que esta práctica se da a nivel internacional?; es decir, ¿cuándo se

utilizan los Tribunales Internacionales como medio para judicializar la política?, esto se procede a analizar a continuación.

Con la opinión consultiva de la Corte IDH OC-24/17, surgieron un sinnúmero de comentarios y se plantearon diversas hipótesis, una de ellas es que la consulta solicitada por el Gobierno de Costa Rica es el resultado de una estrategia política para asegurarse una solución a lo que, por mucho tiempo, fue una discusión política sin fin; después de analizar detalladamente esta postura, resulta un poco acertada, ya que se dan los supuestos para conjeturar que se estén utilizando las vías judiciales internacionales para poner fin a temas que se deben tratar en el ámbito político.

Para los autores Vega y Vargas (2017), la consulta que formuló el Poder Ejecutivo costarricense a la Corte IDH, es un ejemplo claro de judicialización de la política, esto debido a que la insuficiencia de las vías institucionales nacionales, como la Asamblea Legislativa y la Sala Constitucional, incentivan a dicho órgano a realizar la consulta ante la entidad jurisdiccional supranacional, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar la Convención Americana, esto en virtud que la consulta del Poder Ejecutivo iba dirigida en la interpretación de algunos artículos de ese cuerpo normativo (p.173).

A manera de resumen, para una mayor comprensión, la consulta que envía el Poder Ejecutivo costarricense a la Corte IDH, se basaba en la interpretación y alcances de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 1° del mismo instrumento y, a la vez, solicita a la Corte que establezca la compatibilidad del artículo 54 del Código Civil costarricense con dichos artículos; esta consulta iba dirigida básicamente, y de forma resumida, en determinar si el procedimiento que deben seguir las personas que deseen cambiar su nombre en razón de la identidad de género, es el adecuado, o bien, es discriminatorio.

Ahora bien, lo importante en este punto, es que el tema en cuestión tiene que ver con los derechos de las parejas del mismo sexo, tema que ha generado múltiples opiniones en el pueblo costarricense, mismas que han causado controversia; este tema es un tanto delicado para la sociedad costarricense, la cual, en su mayoría, es bastante religiosa, por lo que existe una fuerte oposición ante estos temas, como consecuencia de un pueblo sumamente religioso es que se tiene una Asamblea Legislativa tan fragmentada y compuesta por partidos de corte religioso y conservador.

La principal consecuencia que surge de lo anterior, es que el tema de derechos sexuales y reproductivos de parejas del mismo sexo, sea toda una lucha entre aquellos que los defienden y los que, por sus creencias religiosas, defienden la figura de la familia tradicional, situación que termina por emplazar la discusión de este tema en el Plenario y retrasa su solución; es importante mencionar que la lucha de las personas que conforman el grupo LGBTI+ ha sido constante y larga, razón por la cual se considera que la opinión consultiva mencionada supra es consecuencia de una consulta estratégica por parte del Gobierno de Costa Rica y el momento político en el que se encontraba.

Es preciso dejar claro que, como se mencionó, el tema de las parejas del mismo sexo y la lucha por los derechos que estas persiguen, así como otros temas que, de alguna manera generan cierta sensibilidad en la población costarricense, en su mayoría conservadora, lo cual hace que se conviertan de interés para la política, un ejemplo de esto son las campañas políticas, en donde los candidatos presidenciales como discurso para generar más seguidores, se valen de estos temas que, como se dijo, son sensibles para ganar a aquellas minorías que se sienten desprotegidas y, con ello, obtener mayor posición así como seguidores.

De ahí, que estos temas tomen interés político y, al no encontrar solución en la vía que corresponde, se utilicen otros medios que, si bien es cierto, no son los que establece la ley, son idóneos para encontrar una solución, ya sea a nivel interno o internacionales; como es el caso de la OC-24/17, considerando que se utilizó la jurisdicción de la Corte IDH, misma que Costa Rica reconoció firmando el Pacto de San José, para dar fin o bien, buscar como dar el fin a un tema que ya tenía bastante tiempo de causar controversia a nivel estatal y ciudadano.

Como ya se ha dicho en múltiples ocasiones, el tema de las parejas del mismo sexo y sus derechos es de impacto social, por tal razón, es que para los autores Vega y Vargas Costa (2017), en este caso particular, puede estarse en presencia de lo que se conoce como un litigio estratégico ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Antes de fundamentar esta afirmación, es preciso explicar un poco en qué consiste esta práctica.

A modo de dato histórico, se dice que el litigio estratégico en derechos humanos nace en Estados Unidos, motivado por el filósofo Jerome Frank, a quien se le atribuye la creación de las clínicas de litigio; estas nacen con la necesidad de educar a los estudiantes de derecho al estilo de las facultades de medicina, esto además con el fin de lograr potenciar la sensibilidad del estudiante

de los profesionales en derecho, en palabras de los autores Gutiérrez, Rincón y Cantú (2011) las clínicas de litigio consistían:

...las clínicas de derechos humanos e interés público son un espacio de práctica de litigio de interés público y reflexión jurídica, en el que se trabaja de casos reales de violaciones de derechos humanos para, a través de ellas, se genere, entre estudiantes y profesionales del derecho, un mayor grado de conciencia social [sic] así como la interacción con situaciones que se estén llevando a cabo en la realidad y no sólo [sic] de manera hipotética (p.10).

Ahora bien, el litigio estratégico es aquel que:

se compone de acciones de actividad judicial encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos humanos ante las instancias nacionales o internacionales, cuyo fin es avanzar en la modificación estructural de las normas y procedimientos del derecho interno, a efectos de abarcar, con un caso o situación puntual, un cambio legal con implicaciones sociales extensas (Gutiérrez et al, 2011, p.13).

Por consiguiente, el litigio estratégico busca, a través de situaciones específicas, modificar a nivel interno normas o procedimientos y, con ello, obtener resultados de conveniencia social; es importante acotar que esta práctica nace, principalmente, para proteger los derechos humanos y a aquellas víctimas que han sufrido el menoscabo de estos, lo cual se consigue a través de los sistemas protectores de derechos humanos en el caso americano, por medio de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano que conforma el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Es preciso dejar claro que existe litigio cuando hay una disputa entre dos partes en un juicio, lo que quiere decir que únicamente se puede lograr el fin del litigio estratégico por medio de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH y, evidentemente, cuando exista una sentencia por parte de este órgano, así lo dejan ver Gutiérrez et al (2011) “Una decisión, resolución o sentencia avanzará en la protección de los intereses de la víctima, permitirá reformas legales adecuadas y beneficiará en el futuro a personas en igualdad de situaciones” (p.15).

En un inicio se dijo que es posible que la opinión consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” es producto de un litigio estratégico pero, después de haber visto que cuando se habla de litigio debe entenderse este como

aquel que se desarrolla cuando existe una controversia entre dos partes que buscan la solución de esta mediante la jurisdicción contenciosa de un Tribunal, entonces es claro que no se está ante un litigio estratégico, sino como lo describe la autora Costa Cardoso, una consulta estratégica producto de una oportunidad legal.

De acuerdo con la autora, esta práctica tiene rasgos fundamentales, la promoción de una política pública y su impacto social, o sea, el litigio estratégico, sin embargo, explica como a pasar que las opiniones consultivas, por lo general, no poseen estrategia de impacto social; en este caso, por las circunstancias políticas y jurídicas en Costa Rica, las cuales se mencionaron anteriormente, sí habría tal impacto y, por tanto, se estaría, efectivamente, ante una consulta estratégica, y esto haría que se configurara una nueva tipología de procesos judiciales estratégicos, utilizando la vía consultiva de la Corte IDH (Vega y Vargas, 2017, p.201, citando a Costa Cardoso, 2008).

Después de hacer un análisis en los aspectos que deben tomarse en cuenta para llegar a un litigio estratégico, en este caso consulta, es claro que se cumplen los presupuestos para pensar que, en efecto, se hizo uso de esta práctica para lograr un resultado más efectivo al tratamiento de un tema tan complejo como el que se conoce en la opinión consultiva en cuestión pero, no por medio del litigio, sino de la función consultiva de la Corte; es preciso que eso quede claro, ya que se puede entrar en confusión con el término litigio. Esos elementos se van a explicar a continuación.

Los factores que deben tomarse en cuenta son la existencia de una norma que proteja un derecho, ya sea explícito o implícito y el conocimiento de una situación, en donde ese derecho se vea desprotegido o se encuentre vulnerable; es muy importante además, conocer el derecho, es decir, tener un conocimiento en la materia que se está tratando, en este caso derechos humanos, para impulsar la acción a favor de un grupo o un individuo y tener la posibilidad de hacer uso del derecho y obtener reparo a la situación.

Si traducimos esos factores al caso que se está analizando, se puede ver como, en efecto, existe una norma que puede proteger los derechos que se invocan, asimismo, se tiene un grupo de personas que encuentran vulnerados estos derechos y, por tanto, se hace uso del conocimiento de esa situación para hacer la consulta y, posteriormente, obtener el resultado que se quería; no obstante, se debe tener presente que, por medio de esta práctica, se busca cambiar normas internas y procedimientos que intervengan en el correcto goce del derecho.

Entonces, es claro que por medio de este ejercicio, el Poder Ejecutivo costarricense encuentra un espacio favorable para conseguir la promoción de políticas públicas, mismas que no fue posible abordar en la vía correspondiente, y se llega al punto de partida de este apartado, se está judicializando la política haciendo uso de las competencias de la Corte Interamericana como Tribunal Internacional encargado de la protección y promoción de los derechos humanos.

Por lo tanto, se deduce que otro medio para judicializar la política pueden ser las consultas estratégicas que, como se mostró, no es otra cosa que utilizar la competencia de un tribunal para dar solución a temas políticos que por diversas razones no encontraron reparación en la vía legal destinada para ello; en este caso se presencia una judicialización a nivel de medios internacionales, ya que la misma puede darse tanto a nivel interno como internacional.

### **Capítulo III: Marco Metodológico**

Para la realización de un correcto desarrollo de la metodología de la investigación, es preciso seleccionar un método que propicie un correcto desarrollo del objeto de la investigación. Este factor es fundamental porque permite instaurar un diseño y un producto acorde con lo indicado por Sampieri, que permita llevar a buen rumbo los objetivos que se plasmaron para el desarrollo de este proyecto de graduación.

El marco metodológico es aquel por medio del cual se realiza la explicación de las herramientas utilizadas para elaborar la investigación, por tal razón, es que se va a explicar el enfoque, diseño y tipo de investigación que se sigue, así como también los instrumentos que se utilizan para llegar al resultado final de la misma y poder contestar la pregunta que surge con el problema de investigación.

#### **Tipo de enfoque**

El enfoque utilizado en el estudio en cuestión es cualitativo, ya que este permite determinar, por medio de información previa obtenida de investigaciones, que por medio de sus acotaciones va a permitir la extracción de datos que, posteriormente, serán interpretados para llegar a la implementación de una teoría. Siguiendo las palabras de Sampieri (2010) “El enfoque cualitativo: Utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (p.7)

Este enfoque se toma con la intención de examinar el estudio de diversos fenómenos desde el punto de vista de la experiencia de las personas y de cómo estas los perciben desde el ámbito cultural y social; es importante acotar, que el método cualitativo busca reunir los antecedentes del tema a investigar para que, con base en estos, se desarrollen, amplíen o se creen teorías que fundamenten el surgimiento de la investigación.

Por medio de este enfoque, se pretende tomar instrumentos previamente empleados para lograr un mayor aprovechamiento de estos en el desarrollo de la investigación. Aunado a lo anterior, el presente enfoque facilitará resolver el problema planteado en este análisis, debido a que el

conocimiento producido u obtenido de otros estudios, proporcionará para la investigación científica actual los datos suficientes para desembocar en determinada conclusión, pero para ello se explorarán datos que ya han sido establecidos o, lo que es lo mismo, teoría que ya ha sido fundamentada; no obstante, cabe destacar que para la presente no se requerirá de la interpretación de estadísticas preexistentes, sino un estudio documental.

### **Tipo de investigación**

Esta investigación es exploratoria, debido a que se realiza para obtener un primer conocimiento de una situación, con la finalidad de hacer, posteriormente, un desarrollo más profundo del tema que nos ocupa, es decir.

La investigación exploratoria “es aquella que se efectúa sobre un tema u objeto poco conocido o estudiado, por lo que sus resultados constituyen una visión aproximada de dicho objeto. Generalmente, este tipo de investigación es muy útil en la toma de decisiones administrativas”, por su parte, la explicativa se encarga de buscar el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa - efecto. En este tipo de investigaciones además de los objetivos, se deben establecer hipótesis. (Pérez, 2016, p.96).

Además, la investigación se considera explicativa, ya que después del trabajo de investigación y exploración, se va a proceder a explicar la fundamentación del planteamiento del problema y, por medio de esto, dar respuesta a las interrogantes que surgieron durante la investigación, asimismo, se pretende explicar la información obtenida de las entrevistas a los expertos.

### **Diseño**

Es preciso establecer el diseño de la investigación, puesto que la delimita de una mejor forma y permite una correcta técnica en el desarrollo de esta. En este orden de ideas, el diseño viable para el desarrollo de esta investigación engloba un diseño y un producto en donde se produce

una explicación general o teoría al respecto de la investigación, por medio del diseño de la Teoría fundamentada (Sampieri, 2014, p.472).

Esta consiste en el estudio de diversas teorías ya implementadas para obtener información y, por medio de esta, implementar una nueva, la cual va a dar respuesta a la pregunta que surgió del planteamiento del problema.

### **Muestra de investigación**

Toda aquello que propicie datos y provea al investigador de informaciones que requieran un tratamiento de índole investigativo debe de respaldarse por fuentes. En este caso, un sujeto o fuente de información son los respaldos de nacientes informativas (personas, libros y proyectos) que generan al proyecto información relevante que complemente la investigación y que le den sustento a la factibilidad del medio de comunicación.

### **Unidades de análisis**

Las unidades de análisis que se utilizarán para el desarrollo de la investigación son fundamentales, con ellas se ponen en marcha los objetivos de la investigación; de la mano con la adecuada instrumentalización; este factor permite que se desarrollen las unidades de análisis de una forma conveniente en el transcurso en que se desarrolle el proceso de la investigación.

Por medio de esta investigación, se pretende identificar la situación que llevó a la Sala Constitucional costarricense a la aplicación del instituto jurídico de la opinión consultiva de la Corte IDH y a considerarlo como vinculante y obligatoria, asimismo, se procura fundamentar una teoría para buscar la correcta aplicación de este instituto; por tales motivos, las unidades de análisis que se utilizarán para desarrollar la investigación y llegar a la solución del problema son las siguientes:

1. Naturaleza jurídica de la función consultiva
2. Alcances y efectos jurídicos de las opiniones consultivas
3. Interpretación de la Sala Constitucional costarricense y Judicialización de la política.

Estas unidades de análisis que se plantean para el tema en investigación, como se indicó anteriormente, serán efectuadas, en parte, por medio de las entrevistas, que permiten un intercambio de ideas con las opiniones de los especialistas en la materia que nos ocupa y que se planteen mediante este instrumento la pertinente información suministrada valiosa para cumplir el método de la investigación con base en el objetivo de dicho trabajo.

## **Instrumentos**

En la presente investigación, el instrumento que se va a utilizar para la recolección de datos es “la entrevista estructurada”. El fin que tienen estas entrevistas es utilizarlas en el próximo capítulo que es en “análisis de resultados” y llegar a responder la pregunta planteada en el presente trabajo investigativo, así mismo, se quiere lograr encontrar las respuestas de acuerdo con la información suministrada por los expertos y de acuerdo con las preguntas desglosadas de las distintas unidades de análisis.

Ambas entrevistas serán de carácter estructuradas, quiere decir, con preguntas ya pensadas o estipuladas, y se aplican las mismas preguntas a todos los entrevistados; estas serán realizadas con base en las unidades de análisis, con el fin de lograr los objetivos que se pretenden.

## **Procedimiento de recolección de datos**

Existen diversas maneras para que se dé, efectivamente, una recolección de datos, las cuales sirven para obtener la información que el investigador necesita, asimismo, según Hernández et al (2014):

Lo que se busca en un estudio cualitativo es obtener datos (que se convertirán en información) de personas, seres vivos, comunidades, situaciones o procesos en profundidad; en las propias “formas de expresión” de cada uno. Al tratarse de seres humanos, los datos que interesan son conceptos, percepciones, imágenes mentales, creencias, emociones, interacciones, pensamientos, experiencias y vivencias manifestadas en el lenguaje de los participantes, ya sea de

manera individual, grupal o colectiva. Se recolectan con la finalidad de analizarlos y comprenderlos, y así, responder a las preguntas de investigación y generar conocimiento. (p.396)

Es así como las entrevistas se realizarán entre los meses de febrero y marzo de 2019, por medio de citas previas con los especialistas; en cuanto al Dr. Rafael Ángel Calderón Fournier, se realizará en su oficina en Curridabat y, relacionado a don Fabián Volio Echeverría, se realizará en el Bufete Artavia & Barrantes, ubicado en Barrio Escalante, promediando hora para cada uno de los expertos que permita una recolección efectiva de lo que se requiere para el desarrollo de la investigación.

### **Método de análisis**

Es preciso establecer que, el método de factorización, propuesto por el investigador Roberto Hernández Sampieri, indica que de los objetivos específicos saldrán las unidades de análisis que tienen contenido en el marco teórico, las cuales se categorizarán y describirán para interpretar los datos y contestar la pregunta de investigación.

Este método, permite que se ponderen los instrumentos utilizados para el desarrollo de la investigación en apoyo con la doctrina, que permita diversificar el desarrollo de la investigación, en aras de procurar un desarrollo óptimo del objeto de este proyecto. Esta particularidad en el uso del método, permite una amalgama de probabilidades tras la recolección de datos, mismos que se pueden generar para el establecimiento de una teoría fundamentada que dé base al propósito de este proyecto.

## **Capítulo IV: Análisis de Resultados**

La unión de la información recaba durante el proceso de investigación y la recolección de datos, ha permitido cumplir con el método empleado y, es a partir de este momento, que se procede a analizar exhaustivamente cada uno de los datos obtenidos para unirlos y llegar al resultado que se desea, esto se logra por medio de la unificación y codificación de esos elementos.

Esa codificación tiene dos momentos: el primero de ellos que genera unidades de conceptos y categorías y, el segundo, cuando emergen temas y relaciones entre los conceptos generados en la primera etapa y, con esto, se produce una teoría arraigada con los datos, de esa manera lo explica Hernández Sampieri.

En razón de lo anterior, es que en este apartado se analizan las bases de la investigación para resolver la interrogante, esto será posible con la ayuda de expertos que facilitarán, por medio de sus conocimientos, tal resolución. Así pues, se procede a analizar cada una de las unidades para establecer la respuesta a través de las bases del estudio realizado.

### **Clasificación de información por unidad de análisis**

#### **Naturaleza jurídica de la función consultiva.**

La función consultiva, es la competencia que se otorga a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos y los tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos, asimismo, se le atribuye a la Corte, por medio de esta función, analizar la compatibilidad de las normas internas de los Estados con los instrumentos mencionados, así lo dispone el artículo 64 de la Convención Americana que no hace más que definir el objeto de la misma y la legitimación para hacer uso de ella.

El artículo expresamente indica:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les

competente, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Entonces, debe entenderse la función consultiva en dos supuestos: el primero, se puede solicitar una opinión consultiva, para que la Corte IDH interprete una norma de la Convención o de algún tratado internacional concerniente a la protección de los derechos humanos y, en segundo lugar, puede solicitarse esa opinión consultiva con el fin de que la Corte analice la compatibilidad de las normas internas de un Estado miembro y la Convención o los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Dicho así, esta función tiene como finalidad coadyuvar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección y promoción de los derechos humanos y dirigirlos al cumplimiento de las obligaciones internacionales que contrajeron con la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, la jurisdicción consultiva nace como un servicio que la Corte debe prestar para cumplir con el fin dicho.

Así se puede ver en el párrafo 43 de la OC-3/83, el cual expresamente menciona que las opiniones consultivas están “destinados (as) a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”

Se dice que la función consultiva de la CIDH es una de las más amplias que existe y que, se haya otorgado a Tribunal alguno, pues permite su activación a un número significativo de partes y puede abarcar mayor cantidad de instrumentos de derechos humanos que, incluso, hayan sido ratificados por Estados de la OEA sin que, necesariamente, ratificaran la Convención Americana, incluso, la misma Corte es consciente de ello y lo ha aceptado diciendo que ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea han experimentado una competencia consultiva de esa magnitud.

Sin embargo, de esto sobreviene una situación que puede ser una amenaza en contra del sistema, y es que, tan amplia es la competencia contenciosa y tanto se ha atrevido la Corte IDH a ampliarla, que la situación jurídica de la misma ha entrado a una especie de nebulosa y ha causado

incertidumbre jurídica respecto de su naturaleza jurídica y los efectos que esta tiene en el ordenamiento jurídico de los Estados que admiten la jurisdicción de la Corte. Partiendo de ello, es que se estudia la naturaleza jurídica de la función consultiva.

Existe un gran debate respecto de si la naturaleza jurídica de la función consultiva le otorga carácter obligatorio o no, es decir, si las disposiciones que emanen de ella deben cumplirse por los Estados quieran o no estos. Primero, hay que decir que la norma no lo dice, la Convención Americana de Derechos Humanos no habla de la obligatoriedad de esta, criterio que se utiliza para fundamentar la postura de la no obligación a aceptar el contenido de ellas.

Según don Fabián Volio Echeverría, quien se va a identificar en adelante como el experto “A” para poder contestar si la función consultiva, o el resultado de esta conocido como opinión consultiva es obligatorio, hay que iniciar por identificar lo que dice la norma en este sentido y dijo:

... ¿es vinculante una sentencia de un Tribunal Internacional? La respuesta se debe buscar en el tratado, generalmente los tratados lo dicen, por ejemplo, si usted, ve la Carta de las Naciones Unidas crea la Corte Internacional de Justicia y, como se trata de Estados soberanos, hay una cláusula que dice que la competencia de la Corte será vinculante si el Estado, mediante un segundo acto, aceptó la competencia de la Corte, una vez que se da esa aceptación, hace que el resultado de las sentencias sea vinculante para mí... ya hay un hilo conductor perfecto entre el tratado y mi derecho interno; sin embargo, otros tratados no lo dicen, entonces, si no lo dicen, la gran pregunta es ¿Quién la va a decir?, ¿quién lo puede decir?... si el tratado no dice que es vinculante determinada decisión de determinado órgano, no lo es, porque si usted ve la Convención de Viena y la jurisprudencia internacional, los tratados se entienden de conformidad con su texto y con la conducta subsecuente de las partes que permitan entenderlo así... (comunicación personal, ver apéndice C).

Entonces, si se parte de esa premisa, la naturaleza de la opinión consultiva no podría permitir su obligatoriedad, pues no lo dice la norma; lo que lleva a mencionar que la teoría positivista del derecho establece que la norma jurídica es la única manera racional del derecho, lo que quiere decir que esta es la que se toma en consideración para dar respuesta a una situación, asimismo, vale mencionar que esta teoría es la que fundamenta esta investigación.

Una misma forma de pensar tiene el juez de la Corte IDH, Eduardo Vio Grossi, quien en particular dice:

Los antes transcritos artículos convencionales son, pues, la fuente de las referidas competencias. Ellos determinan lo que la Corte puede, en consecuencia, realizar sobre el particular. En otras palabras, en mérito de que [sic] en Derecho Público, del que forma parte el Derecho Internacional Público y, por ende, la Convención, solo se puede hacer lo que la norma correspondiente dispone o señala... (2018, p.5).

Entonces, con lo investigado se logra determinar que, la función consultiva cumple una función asesora, que, además, guía a los Estados a cumplir con las disposiciones de la CADH para la correcta promoción y protección de los derechos humanos, asimismo, los orienta a respetar las obligaciones que contrajeron internacionalmente al ratificar dicho instrumento, para esto emite a solicitud de parte, es decir, de los Estados, opiniones consultivas que contienen recomendaciones para coadyuvar al alcance de dicho fin.

Esa función opera en dos sentidos, por un lado, permite que la Corte interprete la Convención Americana y los tratados internacionales de derechos humanos y, por otro, da la facultad a la Corte Interamericana de realizar un análisis de compatibilidad entre dichas normas y el ordenamiento interno de los Estado miembros de la Convención.

Igualmente, tomando lo referido por los expertos, especialmente del experto "A", se logra inferir que, partiendo de la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas, no tienen un contenido obligatorio, pues, si se analiza la norma y las reglas del derecho internacional, no se puede atribuir a determinado acto un efecto o consideración que la norma que lo contempla no le atribuye.

### **Efectos jurídicos y alcances de las opiniones consultivas**

Valga mencionar antes de iniciar, que cuando se habla de efectos jurídicos se hace en el sentido de aquellos que surgen de un acto de contenido jurídico consecuencia del derecho; y el término alcances, va a ahondar en el sentido de todo aquello que puede derivar de una opinión consultiva, no en el sentido de los efectos jurídicos, sino en general.

La amplia competencia consultiva que se ha atribuido la Corte, los distintos criterios que ha emitido y la falta de una norma clara que establezca los efectos jurídicos y alcances de las opiniones consultivas, han contribuido a la creación de una incorrecta utilización y apreciación de la misma. En palabras de Roa (2015):

Después de analizar... la forma como la Corte se pronunció frente a las lagunas normativas del funcionamiento de su competencia consultiva, es posible demostrar, ... la existencia de una distancia entre la forma como fue concebida la función consultiva y la forma como la Corte la ha construido y ejercido...

Esa distancia entre la regulación normativa de la función consultiva y las manifestaciones que sobre ella ha hecho la Corte, genera lo que puede denominarse las fisuras de la competencia consultiva. Entendemos por fisuras las deficiencias que surgen del pronunciamiento de la Corte Interamericana ante las lagunas de la Convención y de su propio reglamento, respecto de la función consultiva (p.95).

En síntesis, la principal causa del problema de incerteza de los efectos jurídicos y alcances de la opinión consultiva, se debe a la no definición de estos y a la ampliación de la competencia consultiva que se ha adjudicado la Corte; a pesar de esto, la Corte ha dicho que “las opiniones consultivas, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa” (OC-1/82 párr. 51 y OC-3/83 párr. 32).

Sin embargo, varió su criterio al decir que “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene en cambio, efectos jurídicos innegables” (OC-15/97, párr. 27), esta afirmación de la Corte es un tanto ambigua, pues no define que son efectos jurídicos innegables, y cambia por completo la situación y comienza a enrumbar la función consultiva por un norte equivocado.

Genera cierta curiosidad la frase “efectos jurídicos innegables”, pues según la connotación que se le dé, puede crear una distorsión a la realidad y reputar su significado al término “vinculante”, para aclarar tal situación se procede a definir cada expresión; conforme a la RAE efecto se entiende como “Aquello que sigue por virtud de una causa” y jurídico “Que atañe al derecho o se ajusta a él”; de la palabra innegable, se dice “Que no se puede negar”,

es decir, un efecto jurídico innegable es aquel que se produce como consecuencia del derecho y no se puede negar.

Por otro lado, la RAE precisa vinculante como “Que vincula (sujeta a una obligación)”. Entonces, se llega a la premisa de que una cosa es que, de un acto jurídico se deriven efectos que no pueden negarse o esconderse a que ese acto tenga un efecto vinculante, es decir, que genere una obligación con él. Ese análisis resulta importante, ya que permite diferenciar los enunciados y, aunque no se tenga certeza de lo que la Corte quiso decir con efectos innegables, se tiene claro que no es lo mismo que vinculante.

Entendiendo la diferencia entre ambos términos, es que el Dr. Rafael Ángel Calderón Fournier, quien se va a identificar en adelante como el experto “B”, contesta a la interrogante planteada por la suscrita, si son vinculantes las opiniones consultivas, “Mi criterio ha sido que una opinión consultiva no es vinculante, mientras que una sentencia de la Corte sí es vinculante...” (comunicación personal, ver apéndice “B”).

Como resultado de los datos que se obtuvieron con la investigación y, como se mencionó en la anterior unidad de análisis, la amplia competencia consultiva de la Corte en lo referente a la legitimación para solicitarla, permite observar cómo se otorga esta facultad tanto a aquellos Estados miembros, entendiéndose como aquellos que han aceptado la jurisdicción de la Corte, como a los que no han ratificado la Convención, pero son miembros de la OEA, asimismo, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA; antecedente de suma importancia para poder determinar mediante otro criterio que la naturaleza de estas no permite su carácter obligatorio.

O sea, no tiene sentido alguno que un Estado que no ha reconocido la jurisdicción de la Corte IDH se encuentre obligado a tomar las consideraciones y recomendaciones que esta exponga en una opinión consultiva, y, por el contrario, nos permite esa afirmación volver a caer en la premisa de la función consultiva con una naturaleza jurídica asesora, lo cual quiere decir que tiene como fin principal dirigir y orientar a los Estados a un correcto actuar, apagado a la Convención Americana para la efectiva promoción y protección de derechos humanos.

Ahora bien, a consecuencia de lo anterior, surge la interrogante de si deberían ser las opiniones consultivas vinculantes, a pesar de que su naturaleza no lo permite; ante esto, los expertos entrevistados mantienen una misma posición, no deberían ser vinculantes para los ordenamientos

jurídicos porque no lo permite su naturaleza jurídica, sin embargo, cada uno utiliza una fundamentación peculiar; el experto “A” dice:

“... no, porque si usted ha creado un sistema jurisdiccional de protección de los derechos humanos, se parte de la posibilidad de contención, o sea, es un contencioso de derechos humanos el que un Estado participa, participa la víctima o los representantes de la víctima; pero lo opinión consultiva, yo lo decía al principio, que por eso la palabra interpretar es mala palabra, porque la opinión consultiva no se distingue de una norma... cuando usted pide una opinión consultiva, que es un acto unilateral sin contención, usted está produciendo una regla de carácter general, usted no está solucionando el caso... sino que se está produciendo una nueva norma jurídica...

... las opiniones consultivas tienen ese problema...

Entonces, en el igual si usted permite que un Tribunal Internacional emita opiniones consultivas, está permitiendo que modifique el convenio y, si lo modifica, significa que quienes constituyen el convenio no son los Estados, las partes originales, sino que ahora resulta ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos...

Mi opinión personal, no deberían serlo por la razón antes dicha \*lo subrayado no es parte del original\* (comunicación personal, ver apéndice C).

Igualmente, el experto “B” replica:

No, personalmente creo que no, creo que son las sentencias las que deben ser vinculantes y prácticamente doy las mismas razones, es decir, “fíjese que yo estoy en un proceso buscando una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en este momento, llevo ya de haber presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mi caso, llevo ocho años y no es sino hasta hace un año que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogió mi caso para darle audiencia al Estado costarricense sobre lo que yo estoy planteando; todavía calculo que seguiremos uno o dos años más a nivel de la Comisión para que haya un fallo de la Comisión y de ahí pasemos a la Corte para que la Corte, con todos los documentos en su mano y todos los argumentos esbozados, pueda dar en definitiva su fallo”, un proceso que probablemente lleva diez años u once años, mientras que una opinión consultiva no pasó por ninguno de los trámites y de

una vez se tiene una resolución. Es que me parece a mí que son muy diferentes, una sentencia de una opinión (comunicación personal, ver apéndice B).

Para obtener la definición de los efectos jurídicos de la función consultiva, se analizan las diferencias que existe entre esta y la función contenciosa, y se obtiene como resultado que existe un margen muy amplio de diferenciación que, de ninguna manera, permite que se confunda una con la otra, la principal, y por ello la más importante, es que la función consultiva tiene un carácter no litigioso y son unilaterales, y la función contenciosa, por el contrario, sí tiene un litigio, por tal razón, existen partes bien diferenciadas, pues se ubican en una posición jurídica entiéndase como demandado y víctima.

Una segunda diferencia recae en la legitimación activa, es importante decir que esta diferencia la establece la norma. La solicitud de una opinión consultiva la pueden realizar los Estados que conforman la OEA que hayan ratificado la Convención Americana y aceptado la competencia contenciosa de la Corte o no y, además, los órganos de la OEA que enumera el capítulo X de la Carta de la OEA, mientras que únicamente pueden someter un caso al conocimiento de la Corte los Estados americanos que hayan aceptado su competencia contenciosa.

De lo anterior, se desprende una característica que, de igual forma, determina una diferencia importante, y es que cuando se habla de partes, se debe entender que son aquellas que participan en un caso contencioso y, por el contrario, cuando se está en ejercicio de la función consultiva, se trata de Estados miembros. Entonces, hay partes cuando existe una controversia que se está resolviendo por medio de un litigio en la jurisdicción contenciosa de la CIDH, en tanto que, al ser la opinión consultiva de carácter unilateral, solo puede hablarse de Estados miembros para referirse al que la solicitó.

La tercera categoría diferenciado la define la solicitud que se realiza ante la Corte, lo que se demanda en la función contenciosa es que se resuelva una controversia o caso concreto, así pues, la Corte realiza con ello un análisis y aplica normas a un evento concreto para su resolución; por otro lado, en el ejercicio de la función consultiva, los Estados miembros piden a la CIDH la interpretación de una norma o que analice la compatibilidad de esta con su ordenamiento interno y es así como la Corte realiza la interpretación o el análisis en abstracto, es decir, sin partir de una condición particular.

Por último, un aspecto que permite diferenciar la función consultiva de la contenciosa es el resultado que se obtiene con la solicitud, por eso con la solicitud de una opinión consultiva, se obtiene una recomendación o una opinión refiriéndose a lo interpretado o la compatibilidad entre normas internacionales e internas y, en el caso de la competencia contenciosa, la Corte después de hacer un análisis de veracidad de los hechos dicta un fallo que contiene el resultado de dicho análisis.

Tras un análisis detallado de las diferencias que existen entre ambas, se arriba a la certeza de que no pueden ser semejantes, pues cada una fue creada para cumplir con un objetivo distinto, así por ejemplo, desde el más mínimo aspecto procesal hasta el objeto que persiguen las convierten en procesos totalmente opuestos con efectos igualmente opuestos.

A partir del resultado de la investigación y, con lo referido por los expertos en el tema, se llega a determinar que, en primer lugar, los efectos jurídicos de las opiniones consultivas no están bien definidos por la norma, sin embargo, aún y con la falta de una norma expresa que indique los efectos jurídicos de estas, se llega a determinar que las opiniones consultivas no son vinculantes para los ordenamientos jurídicos.

Esto debido a que existe una diferencia muy marcada entre la función contenciosa y la consultiva, que definen la naturaleza jurídica y los efectos jurídicos de cada una y arrojan como resultado que la naturaleza jurídica de la función consultiva dista, por mucho, de la de la función contenciosa, pues la primera parte de un análisis que permite crear recomendaciones para coadyuvar a los Estados americanos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales y la segunda función, es decir, la contenciosa, termina con una sentencia o fallo que impone una serie de sanciones y lineamientos a cumplir para el Estado parte, es por esta razón que denota la obligatoriedad de estas últimas y dota de vinculación únicamente a las sentencias de la Corte en función contenciosa.

## **Interpretación de la Sala Constitucional costarricense y Judicialización de la política**

Aun y con todo lo anterior, Costa Rica es un caso particular, pues es uno de los dos Estados, a saber, que ha reconocido efecto vinculante a las opiniones consultivas, pues la Sala Constitucional costarricense, órgano encargado de la tutela de los derechos humanos a nivel interno, mediante la sentencia 2313-1995, que lo que interesa dijo:

Debe advertirse que 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 sus leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en un caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada.

Tomando como base la sentencia supra citada, el único argumento jurídico, entiéndase con fundamento con base en la Convención de la Sala que podría considerarse válido, es el que expone en el considerando VI y dice:

VI. Ahora bien, si la Corte eligió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquella fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declara incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia. Eso llama a la reflexión, porque para darle una lógica al sistema, en la Parte I, la Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente, debe transcribirse lo que dispone el artículo 68:

“1. Los Estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...”

Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes “sean partes”, solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83)... no le cabe duda a la Sala, de que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de

consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención.

No obstante, el raciocinio de la Sala es errado en consideración de lo siguiente: en primer lugar, la opinión consultiva que cita la Sala lo único que dice es que las opiniones consultivas “no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa” (párr. 32 citando párr. 51 de la OC-1/82) y, en ningún extracto de la misma, dice o puede entenderse que la Corte ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones en materia consultiva, como lo afirma la Sala en el voto 2313-95.

En segundo lugar, el artículo 68 de la CADH, expresamente establece:

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

De ahí que, previamente hay que entender que el término “caso” previsto en el inciso primero, según lo indica la Corte en la misma opinión consultiva citada por la Sala para fundamentar su criterio es análogo a contención:

La expresión "caso" se utiliza, en su sentido técnico, para describir un caso contencioso tal como lo define la Convención, es decir, una controversia que se inicia como consecuencia de una denuncia según la cual un Estado Parte ha violado los derechos humanos garantizados por la Convención... (párr. 33)

Además, tomando la definición que del particular hace la RAE caso es “cada uno de los asuntos en cuya averiguación trabaja la policía o se dirimen en juicio ante los tribunales de justicia”, no queda más que pensar que, en efecto, se debe entender el término “caso” previsto en la Convención Americana como aquel que se somete al conocimiento de la Corte en su función contenciosa. Y todavía, para dejar clara la situación se dice en la OC:

34. El mismo uso técnico de la palabra "caso" volvemos a encontrarlo a propósito de la iniciativa procesal ante la Corte, que contrasta con las provisiones contenidas en la

Convención respecto de la misma materia en el ámbito consultivo. En efecto, el artículo 61.1 dispone que "sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte". En cambio [sic] no sólo los "Estados Partes y la Comisión" sino también todos los "Estados Miembros de la Organización" y los "órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos" pueden solicitar opiniones consultivas a la Corte ([sic] artículo 64.1 de la Convención [sic]). Por otro lado, un nuevo contraste se evidencia, en relación con la materia, a ser considerada por la Corte, pues mientras el artículo 62.1 se refiere a "los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención", el artículo 64 dispone que las opiniones consultivas podrán versar sobre la interpretación no solo de la Convención, sino de "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos". Resulta, pues, evidente que se trata de materias distintas... (párr. 34)

Posteriormente, cuando el inciso segundo habla de "fallo" refiere a decidir o determinar un litigio, proceso o concurso (RAE, 2018) e "indemnización", debe partirse del hecho que esta resulta como resultado de una sanción, es decir, una de las sanciones que impuso la Corte es indemnizar a la víctima, y solo por medio del derecho sancionador que comprende la jurisdicción contenciosa de un tribunal, se puede imponer un castigo o sanción. Entonces, está claro que la errada apreciación que de la norma tiene la Sala Constitucional costarricense, influye en su criterio.

La Sala Constitucional, además, justifica su criterio, en lo siguiente:

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica... porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta -Opinión Consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente.

Esa apreciación no es más que el resultado de un criterio de moralidad que la misma Sala acepta y hace de conocimiento público en la sentencia "En otras palabras, la tesis de la "fuerza moral de la opinión consultiva", si cabe llamarla así, puede sostenerse válidamente...", es decir, la

Sala dice que, con respecto a la fuerza moral de la opinión consultiva, el Estado que la solicita debe aplicar su contenido, sino no tendría sentido el sistema.

Así lo hace ver, además, el experto “A” quien con amplio conocimiento dice:

... el argumento de la Sala es un argumento casi retórico, porque dijo “Costa Rica lo pidió”, entonces la Sala en una sentencia fundamenta que, como Costa Rica lo pidió, entonces se vinculó al resultado. No, un momento, la Convención dice que yo Estado puedo pedir opiniones consultivas, eso fue lo que hice, yo no dije voy a pedir una opinión consultiva que me autoriza el tratado pedirle a la Corte, porque al pedirla, va a ser vinculante para mí, yo dije Estado, pido la opinión consultiva sobre un tema de lectura de entendimiento y de aplicación de la Convención para que usted emita la opinión, que dice el tratado que puede emitir la Corte con el valor jurídico que el tratado dice que tiene la opinión consultiva... (comunicación personal, ver apéndice “C” )

Este criterio lo ha mantenido por mucho la Sala y ha afirmado ya en varias ocasiones que las opiniones consultivas de la Corte tienen pleno valor en el país, sin embargo, el problema que se encuentra es que no existe una fundamentación suficientemente fuerte de las razones jurídicas que acreditan otorgar a este instituto un alcance que la norma internacional no le brinda.

En ese mismo orden de ideas, nuevamente, el experto “A” dice:

... que, aunque no lo dice la norma del tratado, la Sala Constitucional dijo que sí, entonces qué hizo la Sala Constitucional de Costa Rica, la única que yo sepa, es decir, el único tribunal que ha dicho que sí es vinculante; inventó una norma que no está en el tratado, entonces, al dictar una sentencia que no es una norma, pero que es vinculante porque así lo dice el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y el 10 de la Constitución, en la que dijo que para el Derecho costarricense las opiniones consultivas son vinculantes aunque para el derecho internacional no... (comunicación personal, ver apéndice C).

Si bien, el punto es que la Sala Constitucional está creando una norma a nivel interno “adjudicar carácter vinculante a las opiniones consultivas de la CIDH” que la norma internacional, entiéndase Convención Americana sobre Derechos Humanos no contempla, lo que lleva a pensar en los efectos que podrían producirse como consecuencia de esa adjudicación, además, valga

mencionar que ese carácter vinculante y obligatorio solo produce efectos en Costa Rica, sin embargo, eso se analiza más adelante.

Ahora bien, como se dijo Costa Rica es uno de los países que ha decidido tomar el contenido de las opiniones consultivas de la Corte IDH y vincularlo al ordenamiento jurídico interno, sin embargo, esa situación no es mayoría en el sistema, pues, después de un exhaustivo análisis de derecho comparado que involucra sentencias de Tribunales Constitucionales de alto renombre a nivel latinoamericano, se logra identificar que para estos las opiniones consultivas son ajenas a su ordenamiento, reconociendo únicamente valor vinculante a las resoluciones de la Corte en su función contenciosa, en razón del artículo 68 de la CADH.

Así puede verse que, a pesar de las debilidades mencionadas con anterioridad, no todos los Estados tienen una idea equivocada y han sabido entender la función consultiva, o bien, apearse a la norma sin interpretarla ni otorgarle un sentido distinto; entonces, se tiene una Argentina que mantiene una unanimidad de criterio en su Corte Suprema de Justicia (Tribunal Constitucional) pues los Ministros, como son llamados los jueces que integran la Corte, han otorgado carácter vinculante y obligatorio únicamente a las sentencias en casos contenciosos:

... esta Corte ha reconocido el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos... El Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone, en forma explícita, que los estados parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso... (voto del ministro doctor Antonio Boggiano).

... lo dicho hasta aquí, no implica negar vinculatoriedad [sic] a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional... el Artículo 68 del Pacto de San José de Costa Rica, bien entendido que sea el ámbito de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (voto del ministro doctor Carlos S. Fayt).

Que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (Artículo 68.1, CADH) ... (voto de la ministra doctora Elena I. Highton de Nolasco).

Que tanto de los términos expresos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de su contexto, se desprende que cuando ese instrumento convencional ha querido

asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación lo hizo en forma explícita... por lo que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida que el Estado Nacional ha reconocido la competencia de ese tribunal internacional... (voto de los ministros doctor Augusto Cesar Belluscio y doctor Juan Carlos Maqueda).

Entonces, a contrario sensu, no son obligatorias o vinculantes las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su competencia no contenciosa, es decir, en la consultiva; en ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-558/:

... los órganos de las organizaciones internacionales pueden, de conformidad con el tratado multilateral constitutivo de cada una de ellas... adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa denominación y con distintos efectos jurídicos como son: resoluciones, recomendaciones, decisiones, opiniones consultivas, medidas provisionales, medidas cautelares o incluso sentencias, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La práctica internacional demuestra que existe en esta materia una gran incertidumbre terminológica y una ambigüedad conceptual que no permiten, en muchos casos, precisar con exactitud el alcance de cada una de estas clases de actos jurídicos. Por tales razones, la doctrina se limita a distinguir entre los actos de los órganos judiciales internacionales, que pueden ser “*sentencias*”, las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y “*opiniones consultivas*”, desprovistas de tales efectos...

... las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento...

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú no se ha quedado por fuera y se ha pronunciado al respecto diciendo:

... en relación con el argumento de que la sentencia del 3 de septiembre de 2001, expedida por la Corte Interamericana, no es vinculante porque se trata de una opinión consultiva; el Tribunal Constitucional observa que la solicitud de interpretación de la sentencia de fondo del Caso Barrios Altos no fue solicitada por el Estado peruano, como lo ha sugerido el recurrente, sino por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

... dicha solicitud de interpretación no fue realizada al amparo del artículo 64 del Pacto de San José de Costa Rica, referida a la legitimación para solicitar opiniones consultivas... sino sobre la base del artículo 67 del mismo instrumento internacional, que autoriza que: (...) En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes...

La interpretación de una sentencia de fondo difiere en sus efectos de la que es propia de una Opinión Consultiva. El ejercicio de la competencia consultiva se realiza sin que existan partes: (...) y no existe tampoco un litigio a resolver...

En cambio, la interpretación de una sentencia implica, no sólo la precisión del texto de los puntos resolutive del fallo, sino también la determinación del alcance...

En la medida en que la finalidad de la facultad de interpretar el sentido o los alcances del fallo no es otra que la de esclarecer lo decidido por la sentencia... ella vincula a las partes en los términos del artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos...

El Tribunal recuerda, además, que el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una obligación... (sentencia 679-2005-PA/TC).

Además, en una segunda oportunidad, el Tribunal peruano vuelve a referirse al tema, dejando aún más clara la situación y reiterando su postura en cuando a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esta vez argumentó:

En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos... (sentencia 00007-2007-PI/TC).

Por último, pero no menos importante, se toma el voto 40721 del expediente 912/2010 del Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, mismo que reafirma la postura de los Tribunales anteriores:

...cuando el Estado mexicano ha sido parte en una controversia o litigio ante la jurisdicción de la Corte Interamericana, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada...

La firmeza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deriva, además de lo expuesto, de lo dispuesto en los artículos 62.3, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...

En vista de lo anterior, no queda más que acotar, en primer lugar, que estos Tribunales coinciden en reconocer valor vinculante y obligatorio únicamente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos basando su criterio en las normas de la Convención, principalmente en el artículo 68, teniendo muy claro que este hace referencia a la competencia contenciosa de la Corte y no puede entenderse algo distinto de lo que circunscribe dicha norma.

Y, en segundo lugar, cabe mencionar que, al igual que Costa Rica, estos Estados como parte del Sistema Interamericano han reconocido la competencia de la Corte, además, han tenido que enfrentar procesos ante esta sede y en algún momento han hecho uso de la función consultiva, y, sin embargo, tienen muy claras las diferencias entre ambas competencias y, evidentemente, conocen las disposiciones de la CADH para cada una de ellas, basándose en dichas normas para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos en su ordenamiento interno.

Por lo que se sigue reprochando el pensar de la Sala Constitucional, incluso se llega a pensar que puede esta seguir esa corriente de pensamiento en el sentido que entienden la función consultiva como un procedimiento paralelo al contencioso, o bien, por la falta de definición a de los efectos jurídicos y alcances que pueda tener, así como las imprecisiones de la misma Corte en esta materia y, en tal sentido, decide interpretar y definir los efectos para Costa Rica; sin embargo, valga mencionar que, como se mencionó en su momento, la Sala sigue un criterio errado.

Asimismo, se llega a pensar que podría incluso de tratarse de una forma de sustituir la función contenciosa por la consultiva, ya que, de acuerdo con los resultados obtenidos, la función consultiva es un proceso más expedito que no requiere del cumplimiento de una serie de formalidades y requisitos de admisibilidad que sí exige el proceso contencioso y, esto se convierte en una oportunidad legal para obtener un resultado beneficioso antes de tener que enfrentar un proceso engorroso y dilatoria que podría resultar con una condena en contra del Estado.

Ante tal situación, y a modo de conocer los alcances que podría llegar a tener dicha posibilidad, se pregunta a los expertos, primeramente, el riesgo que podría correr la función contenciosa, a lo que el experto “A” responde:

No es que va a desaparecer porque está en el tratado, en el sentido de que puede engañarse, obviarse mediante solicitudes unilaterales de los Estados de opiniones consultivas que puedan producir un resultado que evita un contencioso jurisdiccional, como en este caso, por ejemplo... sí puede producir el efecto de sustituir, de suplantar la jurisdicción contenciosa de la Corte.

... ahora se abrió una posibilidad para Costa Rica... y es que los Gobiernos puedan utilizar constantemente la opinión consultiva con un fin ideológico político, y aunque la respuesta dure uno o dos años, le resolvió un problema... (comunicación personal, ver apéndice C)

El experto “B” no responde a cerca del riesgo que pueda tener la competencia contenciosa, sin embargo, es muy enfático al decir:

Bueno, si una sentencia de la Corte llega a declarar que las opiniones serán también vinculantes, no tendríamos otro camino, porque hemos aceptado la jurisdicción de la Corte; yo creo que para que esto sea válido, vuelvo a lo mismo, me parece a mí que debiera haber una sentencia de la Corte, o sea, si una sentencia de la Corte Interamericana dice que las opiniones consultivas son obligantes o de acatamiento obligatorio, no tenemos otro camino que aceptarlo, ahora si lo dice una opinión consultiva, volvemos a lo mismo, no siguió todo el procedimiento, no es una sentencia formal de la Corte.

Entonces, si bien no se refiere al punto central, deja muy claro que la única forma de aceptar la fuerza vinculante de las opiniones consultivas, es que la Corte lo diga en una sentencia, que sí es de acatamiento obligatorio para Costa Rica.

Por otro lado, se pregunta acerca de si se podría afectar la soberanía de los Estados al determinar el carácter vinculante y obligatorio de las opiniones, pues eso no lo dice la norma que suscribieron y ratificaron al aceptar la CADH; con un criterio bastante dispar, pero que arroja al mismo resultado afirman:

Experto “A” en primer lugar dice:

Bueno sí, hay una queja generalizada de una transgresión de la soberanía de los Estados, pero en el sentido original que yo le dije, en el sentido legislativo, o sea, cuando la Corte asume una función legislativa y sustituye a los Estados... (comunicación personal, ver apéndice C).

Valga explicar antes de continuar, que a lo que se refiere el experto "A" es a que él considera que, al tener la Corte IDH la facultad de interpretar la Convención, está incurriendo en el acto de legislar, es decir, de crear o modificar la norma que en principio nace de un acuerdo de voluntades de los Estado que la firman y adoptan tal cual fue creada sin solicitar hacerle algún cambio; por tal razón, podría estar la Corte transgrediendo la soberanía de los Estados al modificar la norma de una forma distinta a la contemplada en la Convención para ese efecto.

En ese sentido dijo:

la opinión consultiva, yo lo decía al principio, que por eso la palabra interpretar es mala palabra, porque la opinión consultiva no se distingue de una norma, es decir, si usted con la lectura del tratado y los métodos que dice la Convención de Viena no entiende o no pudo o no está solucionado un tema, no está solucionado el tema, entonces cuando usted pide una opinión consultiva que es un acto unilateral sin contención usted está produciendo una regla de carácter general, usted no está solucionando el caso... sino que se está produciendo una nueva norma jurídica (comunicación personal, ver apéndice C).

De acuerdo con la Convención, la única forma para poder realizar una enmienda es siguiendo las disposiciones del artículo 76.1 el cual expresamente dice: "1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención"

Puede creerse que lo que indica el artículo 76.1, la facultad de enmendar la Convención le fue otorgada a la Corte con la función consultiva, pues el artículo 64 establece que se le puede solicitar una OC para que interprete la CADH y los tratados internacionales concernientes a la protección de derechos humanos, partiendo de la premisa que, cuando se dice interpretar realmente lo que se hace, es producir una regla de carácter general, sin embargo, partiendo de la norma la única forma de que esa interpretación sea una nueva norma o parte de la norma existente, es por medio del trámite de enmienda para la misma y posterior a esta la ratificación de las partes.

En razón de lo anterior, una vez que se apruebe la enmienda y sea reconocida por los Estados mediante el proceso de ratificación de la misma, puede considerarse como una correcta interpretación de la norma, antes no y en efecto se estaría vulnerando la soberanía de los Estados, pues estos no habrían aceptado la nueva forma de entender la norma.

Ahora, don Fabián Volio, como segunda observación expone:

Pero en el caso de Costa Rica, uno no puede decir que el efecto lo produjo la Corte, la lesión a la soberanía, ... la produjo la Sala Constitucional, entonces no se puede decir que hay una violación de la soberanía por la Corte, sino por la Sala Constitucional, porque si la Sala hubiera dicho que no es vinculante porque no lo dice el tratado y no lo dice la Corte no estaríamos en este problema...

En síntesis, sí considera el experto "A" que hay una lesión a la soberanía del Estado, pero existe en dos sentidos: el primero, a nivel internacional, cuando la Corte legisla al interpretar la Convención y, a partir, se crea o modifica una norma sin seguir el correcto procedimiento que procede en estos casos y, un segundo caso, cuando la Sala Constitucional de Costa Rica crea una norma (la obligatoriedad de las opiniones consultivas), sin que el tratado así lo diga, entonces obliga al Estado de Costa Rica a aplicar un instituto de una forma que la norma internacional no contempla.

El experto "B", por el contrario, señaló:

Yo no diría que se afecta la soberanía, sino que se estaría atentando contra el sistema, precisamente porque se están eludiendo todos los procedimientos que señalan las democracias en una separación de poderes, en donde usted para hacer una ley requiere que haya un trámite en la representación popular que es el Parlamento y, posteriormente, su ratificación por el Ejecutivo, de esta manera se estarían brincando los procedimientos de una democracia (comunicación personal, ver apéndice B).

Es decir, otorgar efecto vinculante y obligatorio a las opiniones consultivas podría, eventualmente, traer consecuencias: en primer lugar, afectaría la soberanía de los Estados en el entendido de la forma en que se crea una nueva disposición que no forma parte de la Convención y, segundo, permite que a nivel interno se modifique el correcto funcionamiento de una democracia consolidada.

Por otro lado, la judicialización de la política es un fenómeno reciente, aproximadamente data de unos treinta años atrás y se ha convertido en un instituto, si es que así puede llamarse, muy utilizado por los Estados. A partir de una conceptualización construida se puede entender como el hábito de llevar a la vía judicial un asunto que se podría canalizar por otra vía, generalmente política.

En ese mismo sentido Feoli (2016) citando a Uprimny (2008), determina que la judicialización de la política es aquella que permite que “ciertos asuntos que (...) habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces...” (pp.81-82).

Como una forma de judicializar la política se tiene el activismo judicial, aunque a criterio de Marco Feoli esta práctica es distinta a la judicialización y, por tanto, debe dársele un tratamiento distinto, sin embargo, después de haber estudiado en qué consiste este, se determina que no es sino una forma de judicializar la política, con la diferencia que el medio para conseguir el resultado depende del juez como persona encargada de administrar justicia.

Para una mayor comprensión el activismo judicial es:

Lograr el equilibrio adecuado de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente, gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley (Barak 2006, citado por Feoli, 2016, p.82).

Ahora bien, surge la siguiente duda, ¿pueden los jueces crear nuevas disposiciones normativas o aclarar los vacíos legales?, de acuerdo con la legislación constitucional costarricense la competencia para dictar leyes, derogarlas, reformarlas y darles interpretación auténtica, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa, así lo dispone el artículo 121 inciso 1° de la Carta Magna costarricense; razón por la cual, en Costa Rica, ninguna entidad jurisdiccional podría ejercer funciones que por ley están encomendadas únicamente al Poder Legislativo.

Aunado a lo anterior, el artículo 154 de la Constitución Política señala que los funcionarios judiciales están supeditados a la Constitución y a las leyes y que no pueden atribuirse competencias que no estén expresamente señaladas en dichas normas, esto conoce como principio de legalidad. Entonces, la respuesta es que no puede ningún juez realizar funciones que no le competen, esto

sería atentar contra el principio de separación de poderes, entonces la judicialización de la política es contraria a las normas costarricenses.

Así lo percibe el experto “B”, aunque no considera que la situación que se dio con la opinión consultiva 24/17 sea judicializar la política, sí identifica como que esta rompe con el esquema que fija el ordenamiento jurídico y se transgrede el principio de separación de poderes:

No, yo creo que eso no judicializa la política... es decir, en este caso lo que se puede decir es que se está usando una vía mucho más corta para tratar de obtener unos objetivos muy concretos que debieron haberse obtenido por ley, o bien, por una sentencia formal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (comunicación personal, ver apéndice B).

Para don Rafael Ángel judicializar la política es perseguir judicialmente a los políticos para perjudicar la vida político-electoral del país, y cuenta su experiencia personal al respecto, sin embargo, quien investiga no está de acuerdo con esa apreciación, pues con la investigación se logra definir en qué consiste esta práctica y en efecto es una cosa muy distinta a lo que él considera que es, empero es muy respetable su forma de ver la situación.

Un aspecto que merece ser aludido es la información que comparte el experto “A” con quien investiga, dato que era desconocido hasta ese momento, pero que generó gran impacto en la investigación, pues menciona:

... ahora, hay Constituciones, como por ejemplo, en el caso austriaco, creo que en el caso de Brasil e India, que permiten, pero ya por reforma constitucional que lo permite que, el Tribunal promulgue una sentencia que en realidad es una reforma de la Constitución, porque dice que cuando se le consulte acerca de una duda de la aplicación y los efectos de una norma constitucional, el Tribunal Constitucional dictará una sentencia que va a resolver ese punto, pero como le digo, es una norma jurídica que dice cómo el ciudadano debe leer de ese momento en adelante la Constitución, entonces se entiende que la Constitución Política ha sufrido una reforma (comunicación personal, ver apéndice C).

Entonces, según lo dicho, sí existe en el caso en concreto, una norma que aprueba que los jueces, en este caso constitucionales, creen nuevas normas o modifiquen su texto por medio de sentencias; cabe mencionar además que, aunque en Costa Rica no existe una norma de esa categoría, la Sala Constitucional como única facultada para decidir acerca de su propia competencia puede

en cualquier momento, por medio de una sentencia, declarar alguna regla de carácter general que debe ser cumplida, pues la jurisdicción de la Sala es erga omnes, esto fue lo que pasó con la sentencia que dota de carácter vinculante las OC para el ordenamiento costarricense.

Ahora bien, siguiendo con el tema central, partiendo de la situación que generó la solicitud de la opinión consultiva 24/17 por parte del Gobierno de Costa Rica, puede suponerse que esta se utilizó como medio para judicializar la política en la vía internacional, pues como se analiza el tema de los derechos sexuales y reproductivos de las parejas del mismo sexo, genera sensibilidad en la población costarricense que es en su mayoría bastante religiosa y, por los principios del cristianismo que es la religión que más profesan, defienden la figura de la familia tradicional.

Como consecuencia de lo anterior, se obtiene una Asamblea Legislativa compuesta por varios partidos políticos de corte ideológico religioso que contribuye a una notable fragmentación de partidos y convierte el tratamiento de estos temas en toda una lucha entre aquellos partidos que defienden los derechos de las parejas del mismo sexo y los que, por su ideología religiosa, defienden la familia tradicional, situación que termina por emplazar la discusión de este tema en el Plenario y retrasa su solución.

Esto lleva a considerar que estos temas tienen una importante connotación política y hace que se conviertan de interés para esta, un ejemplo de ello son las campañas políticas, en donde los candidatos presidenciales como discurso para generar más seguidores, se valen de estos temas, que como se dijo son sensibles, para ganar a aquellas minorías que se sienten desprotegidas y, con ello, obtener mayor posición, así como seguidores.

De ahí que, al no encontrar solución en la vía que corresponde, se utilicen otros medios, que si bien es cierto no son los que establece la ley, son idóneos para encontrar una solución, ya sea a nivel interno o internacionales; como es el caso de la OC-24/17, considerando que se utilizó la jurisdicción de la Corte IDH, misma que Costa Rica reconoció, para dar fin o bien buscar como dar el fin a un tema que ya tenía bastante tiempo de causar controversia a nivel estatal y ciudadano. Se dice entonces que, se judicializa la política para satisfacer ciertos intereses políticos que a corto o largo plazo van a generar una serie de beneficios económicos y políticos.

Para los autores Vega y Vargas (2017), la consulta que formuló el Poder Ejecutivo costarricense a la Corte IDH, es un ejemplo claro de judicialización de la política a causa de una

oportunidad legal producto de una consulta estratégica. Una consulta estratégica proviene del término litigio estratégico, que se modifica a consulta puesto que lo que se envía a la Corte es una consulta; para comprender más esta afirmación debe partirse de la definición de litigio estratégico que es:

Aquel que se compone de acciones de actividad judicial encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos humanos ante las instancias nacionales o internacionales, cuyo fin es avanzar en la modificación estructural de las normas y procedimientos del derecho interno, a efectos de abarcar con un caso o situación puntual un cambio legal con implicaciones sociales extensas (Gutiérrez et al, 2011, p.13).

Esta práctica tiene rasgos que permiten identificarla, la existencia de una política pública y su impacto social; se dice que las opiniones consultivas, por lo general, no generan impacto social, sin embargo, el tema que se desarrolla en la opinión consultiva que se analiza, como se dijo, es engorroso por las razones que se mencionaron líneas atrás, además, las circunstancias políticas y jurídicas de Costa Rica hacen de este un tema que sostiene gran impacto social y la convierte en una consulta estratégica que, configura una nueva tipología de procesos judiciales estratégicos, utilizando la vía consultiva de la Corte IDH.

Es claro que, por medio de este ejercicio, el Poder Ejecutivo costarricense encuentra un espacio favorable para conseguir la promoción de políticas públicas, mismas que no fue posible abordar en la vía correspondiente, y se llega al punto de partida de este apartado, se está judicializando la política haciendo uso de las competencias de la Corte Interamericana como Tribunal Internacional encargado de la protección y promoción de los derechos humanos.

En este sentido el experto "A" acepta que se dio una judicialización de la política, sin embargo, lo analiza tanto a nivel interno con la Sala Constitucional como a nivel internacional con la Corte:

Sí, es decir, en primer lugar la Sala Constitucional se ha convertido en un actor de tipo político por dos razones: la primera, es porque el correcto diseño de la ley, que permite que la Sala pueda intervenir con los procedimientos legislativos como una regla o criterio de análisis de la constitucionalidad de las leyes, entonces los diputados, además, para evadir los debates que deben tener en las decisiones, utiliza a la Sala con fines políticos, pero la Sala, por otro lado, pudo haber dicho, ciertamente hay una norma que me faculta a

participar en el proceso de formación de leyes “que me metió en este problema”, pero yo no voy a expandir más mi competencia y, más bien, voy a hacer absolutamente o radicalmente austera en el tratamiento de esos temas y devolverlos a la Asamblea Legislativa para no intervenir en un proceso de tipo preparatorio, sin embargo, hizo lo contrario, expandió su autoridad entonces al transformarse como dicen algunos diputados en Senado como una segunda cámara del proceso legislativo que interviene en un proceso político... entonces, se judicializa la política por esa vía y en este caso ocurre lo mismo...

... la conclusión es que yo puedo utilizar la opinión consultiva para producir un efecto político de un tercero que me libere a mí de la responsabilidad de enfrentarme al derecho interno y a la política interna... (comunicación personal, ver apéndice C)

Ante esto, surge la duda acerca de los riesgos que puede traer la judicialización de la política, por tal razón se hace uso de la fuente de información brindada por los expertos y se deduce lo siguiente:

Experto “A”:

En primer lugar, hay que tocar el tema de la jerarquía de los tratados, que en el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional costarricense no solo dijo que las opiniones son vinculantes, sino que había dicho, y ahora lo reiteró con la sentencia en donde se da la anulación en el Código de Familia del artículo referente al matrimonio, que los tratados internacionales de derechos humanos tienen una jerarquía superior a la Constitución Política en la hipótesis que contengan reglas más protectoras; ... la Sala no solo se auto atribuyó la competencia de modificar el artículo séptimo constitucional, que no dice eso, sino que, además, se auto atribuyó la competencia de decir cuando sí y cuando no tiene jerarquía superior un tratado internacional; entonces, ahora vamos al último de los temas, la parte política y es si ahora las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos son normas jerárquicamente superiores a la Constitución, la conclusión es que yo puedo utilizar la opinión consultiva para producir un efecto político de un tercero que me libere a mí de la responsabilidad de enfrentarme al derecho interno y a la política interna y, esa opinión consultiva, va a tener jerarquía superior a la Constitución Política, entonces, cuando usted une a la otra decisión que dice que es vinculante, se coloca jerárquicamente

la opinión consultiva encima de la Constitución Política, ¿por qué?, porque el tratado está encima de la Constitución.

Entonces, ahora sí puede venir una segunda etapa y es que, por ejemplo, un día digan que hay una norma constitucional que les parece que es contraria a las normas de derechos humanos y que una opinión consultiva..., por ejemplo, la religión del Estado, y se pida una opinión consultiva acerca de la compatibilidad de la Constitución de Costa Rica de la Convención Americana respecto de la confesionalidad del Estado costarricense... entonces, la Corte puede decir... que la libertad religiosa implica que no pueda haber confesionalidad en un Estado, pues implicaría la existencia de privilegios legales y fiscales hacia una iglesia que no tienen otras y que, por lo tanto, es “incompatible” y como las opiniones tienen jerarquía superior a la Constitución Política y podría suceder que esa norma constitucional deje de tener eficacia, vea lo grave de la situación... yo no le estoy diciendo que es que uno no está de acuerdo con el resultado, es que si estamos en el mundo del Derecho, nos entrenamos a seguir las reglas y si queremos cambiar las reglas las cambiamos por medio los órganos competentes (comunicación personal, ver apéndice C).

Con el análisis que hace este experto, se logra ver los alcances que tiene la disposición de la Sala Constitucional al otorgar carácter vinculante a las opiniones consultivas, además, correlacionando esto con la judicialización de la política, permite evidenciar, por medio de un ejemplo, lo grave que resulta esta práctica conociendo la situación de Costa Rica en la materia de función consultiva; está claro que con la judicialización se afecta el orden democrático.

Vale la pena decir, tomando las palabras de Roa (2015): ... “la posibilidad de que la Corte Interamericana se pronuncie sobre proyectos de ley o de reforma constitucional, abre la puerta a que el procedimiento consultivo sea utilizado por los Estados para entorpecer el debate político interno...” (p.44), que no queda más por hacer que, colegir que, el ejemplo citado por el experto mencionado supra es muy acertado pues, muestra un punto fundamental en el cual se estaría judicializando la política y, además, evidencia la posible consecuencia que eso traería.

Justamente el experto “B” puntualiza la última afirmación del párrafo anterior, pues sostiene el siguiente criterio:

... imagínese que se podrían utilizar, es decir, para modificar legislación común en un trámite ultra rápido sin que hubiera la participación de la representación popular en la

Asamblea Legislativa, sin que hubiera tampoco un contencioso donde las partes puedan exponer sus criterios, es decir, se podría más bien fortalecer gobiernos anti democráticos, ya que se estaría logrando resoluciones con fuerza de ley que no tienen nada que ver con los trámites de un país democrático (comunicación personal, ver apéndice B).

Tomando los datos obtenidos con el estudio del tema y la opinión de los expertos, se logra determinar que el caso costarricense es particular, pues Tribunales Constitucionales de Estados con alto prestigio en la región, apegan su derecho interno a las bases del derecho internacional, principalmente, al derecho internacional de los derechos humanos. Entonces, otorgan efecto vinculante únicamente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en razón del artículo 68 de la Convención, y excluyen de este a las opiniones consultivas a quienes consideran, por su naturaleza jurídica, como recomendaciones que la Corte emite a fin de orientar a la correcta protección de los derechos humanos y, es en razón de ello, que el criterio de la Sala Constitucional es errado.

Por otro lado, se llega a pensar que Costa Rica le atribuye a la función consultiva de la Corte IDH un valor semejante al de la función contenciosa, pues las ve como procesos paralelos; esto puede atribuirse a la falta de determinación de los efectos, e incluso que ve en ello una oportunidad para sustituir al proceso contencioso por el consultivo, ya que este último podría resultar más efectivo, pues la falta de requisitos formales lo convierte en una forma expedita y sencilla de obtener un resultado beneficioso, debido a que podría evitar un enfrentamiento contencioso que traiga como resultado una sentencia condenatoria en contra de Costa Rica.

Ante esa posibilidad, se cuestiona a los expertos por los alcances de esta y se determina que, en efecto, podría influir en una evidente sustitución del proceso contencioso, asimismo, que al llegar a dotar de obligatoriedad a las opiniones consultivas y convertirlas en vinculantes para los ordenamientos internos, se estaría vulnerando la soberanía de los Estados, pues la opinión consultiva es el resultado de un acto unilateral que produce una norma; esto debido a que, cuando la Corte interpreta el texto de la Convención o de los tratados de derechos humanos, está cambiando o modificando su contenido.

En tenor de lo anterior, si no se sigue el procedimiento señalado por la Convención para la enmienda de las normas que la conforman y la aceptación posterior de los Estados manifestando su conformidad con dicho cambio, no existe consenso y, por tanto, no es posible afirmar que tal

interpretación constituya una nueva norma en la Convención y se estaría obligando a los Estados a eventualmente aceptar y aplicar preceptos que no contiene el tratado que en principio aprobaron y ratificaron. Se dice eventualmente porque las opiniones consultivas no son obligatorias para los Estados, queda a discreción de estos tomar las recomendaciones de la Corte.

Se logra determinar, además, que la opinión consultiva OC-24/17 titulada “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” se demuestra un ejemplo claro de judicialización de la política y que, teniendo muy clara la situación de Costa Rica en este tema, es decir, que las opiniones consultivas son vinculantes y de acatamiento obligatorio para el ordenamiento costarricense, se estaría corriendo el riesgo de enfrentarse a consecuencias muy graves.

Por ejemplo, a la modificación de leyes de una manera atípica e inconstitucional, porque, a pesar que como se dijo, esas opiniones tienen efecto vinculante para el ordenamiento jurídico costarricense; hay que recordar que para que una interpretación hecha por la Corte IDH modifique la norma estipulada en la CADH, debe seguirse el procedimiento de enmienda consagrado en la misma Convención y, por consiguiente, la ratificación de esa enmienda por parte de los Estados miembros de la Convención, de lo contrario, no se podría decir que, en efecto, la norma cambió.

Y, en consecuencia, la adopción de la opinión consultiva en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, no es válida, pues la interpretación de la Corte no es aún norma de carácter general en el ordenamiento internacional.

## Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones

### Conclusiones

El derecho internacional de los derechos humanos, se debe a las constantes luchas que durante miles de años enfrentaron los seres humanos para encontrar un trato digno, así es como hoy se tienen sistemas regionales de tutela de los derechos humanos, entre ellos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; esto está compuesto por dos órganos encargados de la protección y promoción de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión es un órgano de la OEA que tiene, principalmente, una función política, sin embargo, cuenta con una función jurisdiccional, pues el que recibe las denuncias de violación a los derechos humanos, ante esto actúa previniendo al Estado denunciado para buscar, en primera instancia, una solución consensuada del conflicto, y es ya en último caso, que al no encontrar una reparación, somete al conocimiento de la Corte IDH el caso para que esta, en ejercicio de su función contenciosa, resuelva el caso y emita una sentencia como resultado del análisis que realizó.

Por otro lado, la Corte es el órgano encargado de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es el principal documento del Sistema Interamericano, para realizar dichas funciones se le adjudica una competencia contenciosa para aplicar la Convención y resolver los casos que se someten a su conocimiento y, por otro lado, se le dotó de competencia consultiva.

La función consultiva es encomendada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Convención Americana para que, por medio de esta, la Corte interprete la Convención y los tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos, además, la facultad para analizar la compatibilidad de las normas internas de los Estados Americanos y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Entonces, la función consultiva opera en dos ámbitos: primero en la interpretación de normas internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos y a la Convención Americana y, segundo, en el análisis de compatibilidad entre dichas normas y el ordenamiento jurídico interno de los Estados Americanos; como resultado de esto, se obtiene una respuesta

complementada con recomendaciones, a fin de ayudar a los Estados a cumplir con las obligaciones internacionales a las que se obligaron al ratificar la Convención Americana.

Por esa razón, la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas es de carácter asesor, pues orienta y dirige a los Estados al cumplimiento de sus obligaciones internacionales, asimismo, dicho en otras palabras, la función consultiva tiene como fin coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA al cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos y, con ello, fortalecer el sistema de protección de derechos humanos.

La función consultiva de la Corte Interamericana es la más amplia que se haya podido otorgar a algún Tribunal Internacional, pues legitima a un número bastante grande de Estados y órganos a solicitarla, incluso a Estados que no hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni hayan aceptado la jurisdicción de la CIDH; asimismo, faculta a la Corte a interpretar cuantas normas internacionales existan concernientes a la protección de los derechos humanos.

Es en razón de su propia esencia, las opiniones consultivas no pueden ser vinculantes y obligatorias para ningún Estado miembro de la OEA, incluso ni para los Estados que hayan ratificado la jurisdicción de la Corte, además, no se recomienda que sean vinculantes, pues traería consecuencias como la posible sustitución de la competencia contenciosa, pudiendo, incluso, llegar a ser nula y esto pone en riesgo a la vez el sistema como tal.

Partiendo de la legitimación activa para solicitar opiniones consultivas, se puede evidenciar que, en efecto, estas no pueden ser vinculantes, pues si se permite a un Estado Americano que no ha aceptado la jurisdicción de la Corte solicitar una opinión consultiva, cómo podría decirse que esta tiene efecto vinculante si es claro que, para ese Estado, nunca va a ser vinculante tal opinión.

Asimismo, de acuerdo con la Convención de Viena en su disposición 31.1 y 31.2 los tratados internacionales deben interpretarse de conformidad con su texto, por tal sentido, es que otra de las razones para afirmar que las opiniones consultivas no son vinculantes es porque la Convención Americana de Derechos Humanos no lo dice en ningún artículo de su texto, además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco lo ha dicho.

Hasta este momento, no existe en la Convención Americana sobre Derechos Humanos una norma que determine los efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, la única aproximación que se tiene a ellos proviene de las mismas opiniones consultivas que la Corte ha emitido y con ellas la Corte ha dicho que estas por su propia naturaleza jurídica no pueden tener el efecto vinculante que se reconoce para las sentencias en materia contenciosa.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece las prohibiciones para que los jueces entren a conocer un caso, una de ellas es que sean nacionales del Estado parte en la controversia, pues esto podría influir en la decisión final; sin embargo, esta prohibición es única para el caso contencioso, lo que permite confirmar que las opiniones consultivas no tienen efecto vinculante, sino no se permitiría a los jueces nacionales del Estado que solicita la opinión formar parte de la elaboración de dicha opinión, un ejemplo muy claro es el de la opinión OC-5/85 que es solicitada por Costa Rica, en ella estuvo presente el señor Rodolfo Piza Escalante, juez costarricense que integraba la Corte para ese momento e incluso redactó una opinión separada.

Cabe tomarse en cuenta que no otorgar carácter vinculante a las opiniones consultivas ha sido la regla, pues altos Tribunales Internacionales como la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conceden ese carácter a las opiniones consultivas, e incluso, ninguna de sus normas lo indica.

Tomando en cuenta la sentencia 2313-1995 de la Sala Constitucional de Costa Rica, esta concluyó que las opiniones consultivas eran vinculantes para Costa Rica, para esto tomó como fundamento, en primer lugar, el artículo 68 de la Convención Americana y la opinión consultiva OC-3/83, sin embargo, ese fundamento es errado, pues después de estudiar a fondo la sentencia y el artículo referido así como la opinión consultiva, se determina que la Sala da una connotación al artículo 68 que no tiene, debido a que dice que cuando este habla de partes no lo hace estrictamente en el caso contencioso, pues en la opinión consultiva OC-5/85 Costa Rica asume el carácter de parte toda vez que ella formuló la solicitud de dicha opinión.

No obstante, también cita la opinión consultiva 3/83 para fundamentar su consideración, principalmente dice que la Corte Interamericana ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también en materia consultiva y escribe esta opinión consultiva entre paréntesis a modo de cita, pero esta opinión, en ningún extracto de su contenido, habla de otorgar carácter vinculante a las opiniones consultivas, por el contrario, en el párrafo 32 deja muy claro que por su propia

naturaleza jurídica las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que se establece para las sentencias en materia contenciosa.

Asimismo, esta misma OC en los párrafos siguientes refuta las afirmaciones de la Sala, pues dice que cuando el artículo 61.2 de la Convención se refiere a “caso” lo hace para describir un caso contencioso y que este solo lo pueden someter al conocimiento de la Corte los Estados parte, refiriéndose a ellos como los Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte; por lo que no queda más que pensar que la Sala tiene una errada apreciación de la función consultiva y un equivocado concepto del artículo 68.

Ese no es el caso de otros Tribunales Constitucionales de alto renombre en la región, ya que se tiene conocimiento de jurisprudencia de Argentina, Colombia, México y Perú, en donde reconocen únicamente carácter vinculante y obligatorio para sus ordenamientos jurídicos internos, a las sentencias en materia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos basando su fundamento, mayormente, en el artículo 68 de la Convención que, en efecto, habla de la materia contenciosa de la Corte, así como también argumentan que las opiniones consultivas no corren la misma suerte porque no lo indica así la Convención.

Así como Costa Rica dichos Estados han sido activos dentro del Sistema Interamericano tanto en función contenciosa como consultiva y, sin embargo, no siguen el pensar de Costa Rica, situación que permite evidenciar que el criterio de Costa Rica es incorrecto; valga mencionar que la Sala Constitucional costarricense es el órgano encargado de tutelar los derechos humanos a nivel interno, es decir, el sistema de tutela de los derechos humanos de Costa Rica, por medio del control de constitucionalidad la Sala, hace garantizar el respeto y resguardo de la Constitución Política de Costa Rica.

Costa Rica, como se mencionó supra, ha sido un país de mucha actividad en Sistema Interamericano, cabe mencionar que materia contenciosa es el país que, en más ocasiones, ha activado la función, siendo la última vez con la OC-24/17 en la cual solicita se realice un análisis de compatibilidad de sus normas internas con la Convención, obteniendo como resultado una serie de recomendaciones de la Corte, debido a que, en efecto las normas que señala contravienen la Convención de acuerdo con la Corte.

Esta opinión consultiva es muy particular porque trata el tema de los derechos de parejas del mismo sexo, tema que es de gran impacto social en Costa Rica, ya que su población, mayormente religiosa y en gran medida conservadora, no aprueban estos temas; por otro lado, este tema ha sido de interés político en los últimos años y, ha generado que se den enfrentamientos de tipo ideológico en la Asamblea Legislativa, que se encuentra dividida en los que defienden las minorías y, en este caso, a las parejas del mismo sexo, y los partidos de corte religioso, principalmente cristianos, que defienden sus principios y la idea de la familia tradicional.

Ante esta situación y no encontrar solución al tema, el Gobierno de Costa en el 2016 decide enviar la consulta mencionada a la Corte, una consulta que se da en medio de un momento político muy importante para Costa Rica, ya que esta se encontraba próxima a las elecciones presidenciales, por tal razón, se determina que es el resultado de una consulta estratégica en un momento de oportunidad legal.

Es claro cómo se utiliza la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; con esta se obtiene un resultado favorable y se pone fin a un tema político que ya se había salido de control. Esta acción que realiza el Gobierno costarricense se conoce como judicialización de la política, misma que consiste, en llevar a la vía judicial y resolver, por medio de esta, asuntos que en principio deben aclararse en la vía política.

La judicialización de la política se puede materializar por medio de varias acciones, por ejemplo con el activismo judicial, el cual consiste en las conductas que lleva a cabo un juez para delimitar y definir los alcances de una norma jurídica, comportamiento que, de acuerdo con las normas constitucionales, está prohibido, pues la función de crear e interpretar leyes le corresponde única y exclusivamente a la Asamblea Legislativa y, tomando el artículo 154 constitucional, no pueden los funcionarios judiciales, entiéndase jueces para el caso específico, atribuirse funciones que la ley no le adjudica.

Además, puede materializarse la judicialización de la política por medio del litigio estratégico; este busca, por medio de situaciones específicas, modificar a nivel interno normas o procedimientos y, con ello, obtener resultados de conveniencia social; esta modalidad se relaciona más con la actuación del Gobierno de Costa Rica, sin embargo, en este caso en lugar de utilizar un litigio estratégico, se utiliza una consulta estratégica.

Se observa como en este caso, la solicitud de opinión consultiva se enmarca en una lógica del Gobierno costarricense, en lo relativo al impulso de políticas públicas en materia de derechos de parejas del mismo sexo, derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo que permite identificar los factores necesarios que deben tomarse en cuenta para que exista un litigio estratégico, en este caso consulta son, la existencia de una norma que proteja un derecho explícito o implícito y el conocimiento de una situación en donde ese derecho se vea desprotegido o vulnerable.

Resulta imposible no darse cuenta que se dan los dos aspectos que establece la doctrina para que exista un litigio estratégico, por tal razón, es claro que la OC-24/17 es el resultado de una estrategia para judicializar la política y obtener de una forma rápida y sencilla, sin la exigencia de formalidades un resultado favorable y que, además, evita un futuro proceso contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; asimismo, hay que tener en cuenta que, para Costa Rica, las OC tienen efecto vinculante y, por tal razón, se busca dicho resultado y con él, evitar someterse al proceso de formación de leyes previsto en la normativa constitucional costarricense.

Esta situación podría prestarse para de ahora en más cuando se trate de temas que como este tienen impacto social y podrían desencadenar un largo debate en el trámite legal para aprobación de leyes, entonces se opte por recurrir a este mecanismo, además, se corre el riesgo de que llegue a sustituirse la jurisdicción contenciosa de la Corte por la función consultiva y así, de forma rápida y sencilla, obtener un resultado que favorezca a la creación de políticas públicas y que conlleve a evitar la jurisdicción contenciosa de la Corte dejándola en segundo plano.

Sin duda, es una consecuencia un tanto peligrosa, porque la principal función que hace necesaria la presencia de un Tribunal de cualquier índole es la contenciosa, ya que si esta no fuere necesaria no tendría sentido su creación.

No ha sido posible determinar el hecho de que otorgar carácter vinculante a las opiniones consultivas, influya en una transgresión a la soberanía, sin embargo, para algunos lo que sí transgrede la soberanía es la creciente utilización de la opinión consultiva, pues por medio de ella la Corte estaría legislando y, si bien está al poder interpretar la Convención puede crear normas y/o modificarlas no sigue el correcto procedimiento de enmienda establecido en la Convención para que esas interpretaciones tengan efectiva validez en el ordenamiento internacional del derecho internacional de los derechos humanos.

Es importante dejar muy en claro que el resultado de la opinión consultiva OC-24/17 no es el que genera desacuerdo, si bien es cierto, en el tanto que una opinión consultiva proteja los derechos humanos siempre va a tener un resultado beneficioso, aquí lo que se discute es la forma que se utiliza para obtener el resultado, ya que compartiendo las palabras de don Fabián Volio Echeverría, si estas se desarrollan en el mundo del derecho, lo más adecuado es que se apliquen las normas lo más apegadas al derecho que se pueda, y claro ha resultado que iniciando con el criterio de la Sala y finalizando con la opinión consultiva supra citada no existe una aplicación imparcial del derecho.

Finalmente, para terminar con este capítulo, se procede a responder la pregunta que da origen a esta investigación, misma que se transcribe ¿Por qué razón la Sala Constitucional costarricense ha interpretado como vinculantes y de acatamiento obligatorio las opiniones consultivas de la Corte, se estará judicializando la política?; de demostrarse que es errónea tal interpretación, ¿debería considerarse un cambio de criterio basado en la correcta aplicación de esta?

Primeramente, se debe decir que la única forma de llegar hasta, aquí ha sido un arduo trabajo de investigación que ha arrojado datos objetivos que sustentan todo el análisis intelectual que la suscrita ha hecho y permite contestar a dicha pregunta basándose únicamente en ellos y no en criterios propios.

Se concluye que, la razón por la cual la Sala Constitucional costarricense ha interpretado como vinculantes y de acatamiento obligatorio las opiniones consultivas, es la falta de una norma expresa que indique lo contrario, pues, además, se ha logrado determinar que, en efecto, ese pensar es errado porque la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas no permite que estas sean vinculantes ya se ha fundamentado esa afirmación, líneas atrás. Ahora bien, en lo que respecta a la segunda pregunta, no se ha podido demostrar que el criterio de la Sala proviene de una oportunidad legal para judicializar la política.

Lo anterior en razón que la suscrita únicamente conoce de la reciente opinión consultiva como resultado de una judicialización efectiva de la política, en ese caso sí se puede decir que se está judicializando la política.

La respuesta a la última pregunta es si, evidentemente la Sala Constitucional debe rectificar su criterio y adecuar la situación jurídica de las opiniones consultivas al ordenamiento internacional,

primero porque siguiendo las disposiciones del Convenio de Viena, la única forma posible para interpretar un tratado internacional es de conformidad con su texto, de esto se deduce que si el texto de un tratado o norma internacional no dice algo, valga la redundancia, no lo dice y por ende no debe entenderse algo que la norma no dice, a contrario sensu, se podrá interpretar a partir de lo que dice una norma.

## **Recomendaciones**

A criterio personal, para quien investiga es importante que la situación jurídica de las opiniones consultivas se resuelva tanto a nivel internacional como a nivel costarricense, pues esto haría una diferencia entre la correcta aplicación de las opiniones consultivas y el resultado que se ha obtenido hasta el momento.

Por tal razón, se considera importante que, en primera instancia, se fijen los efectos jurídicos y alcances de las opiniones consultivas en una norma jurídica, por tal los Estados parte de la Convención podrían solicitar en una Asamblea General la enmienda del artículo 64 de la Convención para estipular en él, de manera expresa, cuales serían los alcances y efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y así, acabar de una vez por todas con la incerteza jurídica que estas causan.

Asimismo, es necesario que la Sala Constitucional rectifique su criterio, por lo que se podría recomendar que los Magistrados, ahora que se encuentran redactando la sentencia que habla acerca de los derechos de las parejas del mismo sexo, hagan un análisis más profundo del derecho internacional y de las opiniones consultivas para que, a partir de este, puedan determinar que, en efecto el criterio que han venido manteniendo, es errado. Sin embargo, esto es un poco difícil de precisar, por lo que queda simplemente como una posibilidad a largo plazo.

Una posibilidad más fácil de que se convierta en una recomendación fructífera, es que por medio de la interpretación auténtica de la ley que la Constitución Política faculta hacer a la Asamblea Legislativa, se acuerde, mediante el trámite correspondiente, que la Asamblea Legislativa haga una interpretación del artículo 64 de la Convención Americana.

### Referencias bibliográficas

- “El Sistema Africano de Derechos Humanos”. (s.f.). El Sistema Africano de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33357.pdf>
- “La doctrina del derecho natural...” (2008). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Revista sobre enseñanza del Derecho 12 183-198. Recuperado de: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf)
- Alpízar, I. (2011). Derechos Humanos en Costa Rica. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos 22 (2) 21-38. Recuperado de: <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/4147>
- Amnistía Internacional. (2009). Historia de los Derechos Humanos. [Versión PDF] Recuperado de: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/pdf/historia/dudh-historia.pdf>
- Anselmino, V. (2017). La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en realidad). Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. De la Universidad Nacional de la Plata, 46 188-203. Recuperado de: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/3993>
- Centro de Información Jurídica en Línea. (CIJUL, s.f.). Recuperado de: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTc4Nw==>
- Contreras, F. (2018). Judicialización de la Política: Algunas notas sobre Concepto y Origen. Revista de Derecho Público, número especial 373-387. doi:10.5354/0719-5249.2018.51268
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, N° 4534, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970)
- Corte Constitucional de Colombia, (2003) sentencia T-558/03
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1982) opinión consultiva OC-1/82. "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1983) opinión consultiva OC-3/83. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1984) opinión consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985) opinión consultiva OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1994) opinión consultiva OC-14/94. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014) opinión consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de febrero de 2011) caso Gelman Vs. Uruguay

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2003) caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006) caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.

Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, (2004) resolución 224 XXXIX

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N° 448, Asamblea General de la ONU. (1979)

Fallas, I. (2015). Evolución del contenido de las sentencias y las reparaciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, en el período comprendido desde el año 1979 y la actualidad. (Tesis de Licenciatura). Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Faúndez, H. (2004). El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales. [Versión PDF] Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf>

- Feoli, M. (2016). Judicialización de la Política y Activismo Judicial: una aproximación a América Latina. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27 (1) 75-98. doi: <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.27-1.4>
- Gullock, R. (2014). *Derecho Constitucional*. Costa Rica: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia. UNED
- Gutiérrez, J. Rincón, T. Cantú, S (2011). Litigio estratégico en derechos humanos. [Versión PDF] Recuperado de: <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH, 2015). *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. Costa Rica: Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Jinesta, E. (2014). *Derecho Procesal Constitucional*. San José: Editorial Guayacán
- Jinesta, E. (s.f.). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En Ferrer, E. (Ed), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica* (pp.149-174). Buenos Aires: Marcial Pons, Ediciones de Argentina. Recuperado de: [http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/SALA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20\(COSTA%20RICA\).PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/SALA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20(COSTA%20RICA).PDF)
- Ley de Jurisdicción Constitucional, N° 7135, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2012).
- Llobet, J. (2018). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- López, A. (2013). *Nuevas aproximaciones al derecho contencioso constitucional en Costa Rica: Modificación al modelo actual de control de constitucionalidad*. (Tesis de Licenciatura). Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
- López, L. (s.f.). *El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos*. Manual: Protección Multinivel de Derechos Humanos 165-186. Recuperado de: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.165-186.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.165-186.pdf)

- Magaña, R. (2016). Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, España.
- Nuño, A. et al. (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada. [Versión PDF] Recuperada de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Ortiz, E. (1990). El Control de Constitucionalidad en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas 66 21-49. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15291>
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009)
- Roa, J. (2015). La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [Versión PDF] Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/0712748A48EAF451052582E1006B3DA5/\\$FILE/La\\_funcion\\_consultiva\\_de\\_la\\_Corte\\_Intera.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0712748A48EAF451052582E1006B3DA5/$FILE/La_funcion_consultiva_de_la_Corte_Intera.pdf)
- Rodríguez, M. (2018). Valor legal de las opiniones consultivas de la CIDH. La República.net. Recuperado de: <https://www.larepublica.net/noticia/valor-legal-de-las-opiniones-consultivas-de-la-cidh-2018-08-13-11-17-18>
- Rodríguez, V. (2016). Curso de Derechos Humanos. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (31 de octubre de 2001) sentencia 11253 [MP Luis Paulino Mora]
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (02 de marzo de 1995) sentencia 01185 [MP Luis Fernando Solano]
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (09 de febrero de 2007) sentencia 01682 [MP Gilbert Armijo Sancho]
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (09 de mayo de 1995) sentencia 02313 [MP Luis Fernando Solano]
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (10 de noviembre de 1993) sentencia 05759 [MP Luis Fernando Solano]

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (09 de mayo de 2013) sentencia 06247 [MP Aracelly Pacheco Salazar]

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (01 de agosto de 2014) sentencia 12703 [MP Ernesto Jinesta Lobo]

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (12 de septiembre de 2014) sentencia 18643 [MP Gilbert Armijo Sancho]

Salmón, E. (s.f). Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de: [http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/77946/1/Otros%20sistemas%20regionales%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20humanos\\_M%C3%B3dulo%201\\_Sistema%20interamericano%20de%20derechos%20humanos.pdf](http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/77946/1/Otros%20sistemas%20regionales%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20humanos_M%C3%B3dulo%201_Sistema%20interamericano%20de%20derechos%20humanos.pdf)

Serrano, S. Vázquez, D. (2011). Fundamentos teóricos de los derechos humanos. [Versión PDF] Recuperado de: [https://piensadh.cd hdf.org.mx/images/publicaciones/material\\_de\\_capitacion/curso/2011\\_Fundamentos\\_teoricos\\_dh.pdf](https://piensadh.cd hdf.org.mx/images/publicaciones/material_de_capitacion/curso/2011_Fundamentos_teoricos_dh.pdf)

Solozabal, J. (1981). Sobre el Principio de Separación de Poderes. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) 24 215-234. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26674.pdf>

Tribunal Constitucional de Bolivia, (2012) resolución 0038/2012

Tribunal Constitucional de Perú, (2005) sentencia 679-2005-PA/TC

Tribunal Constitucional de Perú, (2007) sentencia 00007-2007-PI/TC

Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Constitucionalidad de México (2010) expediente 912/2010 voto 40721

Vargas, M. (2018). Consensus y el Control de Convencionalidad creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Reflexiones a la luz del caso “Artavia Murillo y otros” contra Costa Rica. Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, 122 167-176. Recuperado de: <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/art12.pdf>

- Vega, W. Vargas, E. (2017). La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: El resultado de una consulta estratégica. *Revista IIDH* 66 171-208.
- Ventura, M. (2011). Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. [Versión PDF] Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27682.pdf>
- Ventura, M. (2014). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 257-279. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34041.pdf>.
- Ventura, M. Zovatto, D. (1989). La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios. España: Editorial Civitas, S.A.
- Vio-Grossi, E. (2018). La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://ecocatolico.org/archivos/EcoCatolico-DrEduardoVioGrossi.pdf>
- Zamora, C. (2007). Violación a los menores de edad en un conflicto armado. (Tesis de Licenciatura). Universidad de las Américas Puebla, México.

## Apéndices

### Apéndice A

#### **Unidad de Análisis: Naturaleza jurídica de la función consultiva**

1. Partiendo de la naturaleza jurídica de la función consultiva, ¿son las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculantes, sí o no y por qué?
2. ¿Deberían ser vinculantes, sí o no y por qué?

#### **Unidad de Análisis: Efectos jurídicos y alcances de la función consultiva**

3. En caso de ser vinculantes, y por ende de acatamiento obligatorio para los Estados, ¿qué pasaría con la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, ya que se sabe que para que un caso contencioso llegue ante la Corte se requiere de un mínimo de requisitos que no son necesarios para la solicitud de una opinión consultiva ¿podría llegar a desaparecer?
4. ¿Se estaría vulnerando la soberanía de los Estados, al aceptar como vinculantes las opiniones consultivas? Pues se debe tomar en cuenta que no son un proceso contencioso en donde se obtiene como resultado una sentencia, sino una recomendación.

#### **Unidad de Análisis: Judicialización de la política**

5. ¿Es posible que las opiniones consultivas se conviertan en un instituto que facilite la judicialización de la política? Como ejemplo de una posible judicialización de la política se tiene la opinión consultiva 24/17 titulada “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”.
6. ¿Cuáles serían los principales riesgos de la judicialización de la política?

## Apéndice B

Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación presencial al Dr. Rafael Ángel Calderón Fournier, 28 de febrero de 2019.

1. Mi criterio ha sido que una opinión consultiva no es vinculante, mientras que una sentencia de la Corte sí es vinculante, para una sentencia de la Corte usted tiene una serie de caminos que recorrer, audiencias, oportunidades para que los que están involucrados en el tema puedan expresar sus opiniones y sus argumentos, incluso en una sentencia no pueden participar los nacionales del país en el que se está fallando la sentencia, mientras que, en una opinión consultiva sí, incluso hasta eso, y nadie ha tenido la oportunidad de dar sus argumentos o de oponerse para que la Corte haya podido apreciar también argumentos a favor y argumentos en contra sobre el tema. A mí me parece que no puede ser igual la fuerza de una sentencia de la Corte Interamericana que la opinión consultiva.

2. No, personalmente creo que no, creo que son las sentencias las que deben ser vinculantes y prácticamente doy las mismas razones, es decir “fíjese que yo estoy en un proceso buscando una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en este momento llevo ya, de haber presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mi caso, llevo ocho años y no es sino hasta hace un año que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogió mi caso para darle audiencia al Estado costarricense sobre lo que yo estoy planteando; todavía calculo que seguiremos uno o dos años más a nivel de la Comisión para que haya un fallo de la Comisión y de ahí pasemos a la Corte para que la Corte con todos los documentos en su mano y todos los argumentos esbozados pueda dar en definitiva su fallo”, un proceso que probablemente lleva diez años u once años, mientras que una opinión consultiva no pasó por ninguno de los trámites y de una vez se tiene una resolución. Es que me parece a mí que son muy diferentes, una sentencia de una opinión.

3. Bueno si una sentencia de la Corte llega a declarar que las opiniones serán también vinculantes, no tendríamos otro camino porque hemos aceptado la jurisdicción de la Corte, yo creo que para que esto sea válido, vuelvo a lo mismo, me parece a mí que debiera haber una sentencia de la Corte, o sea si una sentencia de la Corte Interamericana dice que las opiniones consultivas son obligantes o de acatamiento obligatorio, no tenemos otro camino que aceptarlo, ahora si lo dice una opinión

consultiva, volvemos a lo mismo, no siguió todo el procedimiento, no es una sentencia formal de la Corte.

4. Yo no diría que se afecta la soberanía, sino que se estaría atentando contra el sistema, precisamente porque se están eludiendo todos los procedimientos que señalan las democracias en una separación de poderes, en donde usted para hacer una ley requiere que haya un trámite en la representación popular que es el Parlamento y posteriormente su ratificación por el Ejecutivo, de esta manera se estarían brincando los procedimientos de una democracia.

5. No, yo creo que eso no judicializa la política, judicializa la política lo que nos ha pasado a algunos políticos que nos han abierto, nos han hecho persecuciones judiciales, no solo en Costa Rica sino en algunos otros países de América Latina para afectar la vida político electoral del país. En este caso yo no diría que se judicializa la política, es decir en este caso lo que se puede decir es que se está usando una vía mucho más corta para tratar de obtener unos objetivos muy concretos que debieron haberse obtenido por ley o bien por una sentencia formal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. Yo no lo vería para judicializar, pero imagínese que se podrían utilizar, es decir para modificar legislación común en un trámite ultra rápido sin que hubiera la participación de la representación popular en la Asamblea Legislativa, sin que hubiera tampoco un contencioso donde las partes puedan exponer sus criterios, es decir, se podría más bien fortalecer gobiernos anti democráticos, ya que se estaría logrando resoluciones con fuerza de ley que no tienen nada que ver con los trámites de un país democrático.

## Apéndice C

Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal a Fabián Volio Echeverría, 08 de marzo de 2019.

1. Bueno, no lo son porque el tratado no lo dice y la Corte no lo ha dicho, vea que interesante, creo que nos podemos devolver un poquito, en el mundo hay posiciones en cuanto a cuál es la jerarquía del derecho internacional en el derecho interno, entonces en el lenguaje más antiguo se hablaba de la teoría monista y dualista, qué si eran dos sistemas, que no eran dos sistemas el derecho internacional y el derecho interno, los norteamericanos lo llaman “municipal law”, porque se tienen que entender que son dos órdenes jurídicos diferentes, la manera más fácil de explicarlo no es si está uno jerárquicamente sobre el otro, sino que están fuera, uno fuera del otro, son dos regímenes jurídicos, dos ordenamientos jurídicos diferentes, por qué, porque sus causas sus fuentes son diferentes.

Los tratados internacionales son pactos, acuerdos, contratos, como quieren llamarse, además así lo dice la Convención de Viena y la jurisprudencia, son acuerdos entre Estados que son entes soberanos y la Constitución y la legislación de un país son acuerdos o pactos político-jurídico de un pueblo para auto regularse. Entonces su causa, su fuente es diferente y luego el problema es, cómo coloco yo jerárquicamente en el ordenamiento interno una norma que es externa, que, aunque yo Estado participe de su creación no es derecho mío, o sea no lo produjo mi Parlamento o la Asamblea Nacional Constituyente o como fuera; entonces si uno lo entiende así como dos órdenes jurídicos es más fácil entender como después se coloca en el derecho interno, los países han tenido diferentes soluciones, porque al no existir una Constitución llamémosla “del Planeta Tierra” como la ley que rige a todos los seres humanos cada país tiene su norma municipal. Entonces, hay países que han dicho que los convenios internacionales tienen jerarquía similar a la Constitución, otros países como Costa Rica dicen tiene inferior a la Constitución, pero superior a la ley y hay países que no han resuelto el punto porque no se sabe, no tienen una resolución del tema expreso de cuál es su jerarquía que podría ser de tipo legal, de la jerarquía legal.

Ahora una categoría es Estados Unidos, que no tiene una regla constitucional que diga que los tratados internacionales tienen una particular jerarquía, entonces la Suprema Corte ha resuelto que es derecho federal, porque como lo adoptó, el tratado lo firmó el Estado los Estados Unidos de

América y al no ser la Constitución por exclusión es derecho federal; la discusión es si al ser derecho federal los tratados desplazan las leyes federales publicadas por el Parlamento Federal, entonces sabiendo es cada país organiza su jerarquía normas, Constitución, Tratados, Leyes de esas diferentes maneras, pero entonces surge el otro problema para ser más concreto, bueno, la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado de derecho internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados tiene un lenguaje universal, pero el hilo conductor para considerarlo derecho internacional es que se regule la conducta de los Estados y que sea considerado vinculante para las partes, para los Estados si eso es así, o sea si ellos lo firman es derecho internacional; entonces la Convención en un tratado internacional, pero hay tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Mar que regula relaciones entre los Estados y hay convenciones como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que regula relaciones de los Estados respecto de los individuos que.

Ahora esa segunda división es muy importante cuáles son los tratados que regulan las relaciones Estado-Estado y cuáles son los tratados que regulan las relaciones de los Estados entre sí, pero respecto de personas, esta categoría se considera en términos generales tratados sobre derechos humanos, porque en lugar de decir como la Convención de Derechos del Mar o de Comercio, que los Estados se comprometen entre sí a obligaciones mutuas, es que los Estados se comprometen entre sí pero a respetar personas y se declara cuáles son los derechos de esas personas, entonces ahí hay una variante porque esa persona no es un Estado es un ser humano entonces, los Estados se comprometieron a conducirse de una manera determinada respecto de las personas, esa es la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Entonces, eso nos lleva a otro tema, bueno ¿es vinculante una sentencia de un Tribunal Internacional? La respuesta se debe buscar en el tratado, generalmente los tratados lo dicen, si usted ve la Carta de las Naciones Unidas crea la Corte Internacional de Justicia y como se trata de Estados soberanos y todo el mundo hace lo que le parece, hay una cláusula que dice que la competencia de la Corte será vinculante si yo Estado mediante un segundo acto acepto la competencia de la Corte, una vez que se da esa aceptación, hace que el resultado de las sentencias sea vinculante para mí, entonces ya jurídicamente resolví el problema, ya hay un hilo conductor perfecto entre el tratado y mi derecho interno; sin embargo, otros tratados no lo dicen entonces, si no lo dicen la gran pregunta

es ¿quién la va a decir, quién lo puede decir? quién tiene atribuciones o competencias para decir que si no dice que una decisión de un órgano internacional es vinculante ahora sí va a ser vinculante.

La primera conclusión es que si el tratado no dice que es vinculante determinada decisión de determinado órgano, no lo es, porque si usted ve la Convención de Viena y la jurisprudencia internacional, los tratados se entienden de conformidad con su texto y con la conducta subsecuente de las partes que permitan entenderlo así, yo no uso la palabra interpretación, porque para mí en derecho es mala palabra, porque siempre que se utiliza la palabra interpretación usted si es un juez incurre en el vicio de legislar, cuando usted cree que un texto dice lo que no dice o lo que dice lo dice de otra manera usted se transformó en legislador. Vamos a la Convención, la Convención no lo dice y si usted revisa la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no hay una sola que haya dicho que es vinculante, entonces si usamos la Convención, si usamos la jurisprudencia y la Convención de Viena del Derecho de los Tratados y los criterios de los Tribunales Internacionales sobre cómo se deben leer y entender los tratados no puede haber otra conclusión que no es vinculante; nadie puede empezar a decir es que si se “suma y resta y multiplica” y yo tomo esta norma y entiendo tal cosa y que si me voy a la norma llego a una... eso es deducción, es una deducción suya un razonamiento jurídico de segundo o de tercero o de cuarto grado, por qué, porque es de una premisa salta otra premisa y finalmente llega a su conclusión, no es que usted creó las premisas del razonamiento, porque usted cree que si suma este artículo y esta conclusión y es que el Estado se comprometió... no se comprometió, firmó el tratado lo aprobó, pero ahí dice que se compromete a que esas opiniones son vinculantes y si no lo dice el derecho internacional dice que no lo dice.

Ahora cuál es el problema, que, aunque no lo dice la norma del tratado, la Sala Constitucional dijo que sí, entonces qué hizo la Sala Constitucional de Cosa Rica la única que yo sepa, es decir el único tribunal que ha dicho que si es vinculante; inventó una norma que no está en el tratado, entonces al dictar una sentencia, que no es una norma, pero que es vinculante porque así lo dice el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y el 10 de la Constitución, en la que dijo que para el Derecho costarricense las opiniones consultivas son vinculantes aunque para el derecho internacional no; el argumento de la Sala es un argumento casi retorico, porque dijo “Costa Rica lo pidió”, entonces la Sala en una sentencia fundamenta, que como Costa Rica lo pidió entonces se vinculó al resultado. No, un momento la Convención dice que yo Estado puedo pedir

opiniones consultivas, eso fue lo que hice, yo no dije voy a pedir una opinión consultiva que me autoriza el tratado pedirle a la Corte porque al pedirla va a ser vinculante para mí, yo dije Estado, pido la opinión consultiva sobre un tema de lectura de entendimiento y de aplicación de la Convención para que usted emita la opinión, que dice el tratado que puede emitir la Corte con el valor jurídico que el tratado dice que tiene la opinión consultiva, yo no dije si la pido me vinculo, eso lo inventó la Sala Constitucional.

2. Bueno la primera pregunta que sería teórica es no, porque si usted ha creado un sistema jurisdiccional de protección de los derechos humanos se parte de la posibilidad de contención, o sea es un contencioso de derechos humanos el que un Estado participa, participa la víctima o los representantes de la víctima; pero la opinión consultiva, yo lo decía al principio, que por eso la palabra interpretar es mala palabra, porque la opinión consultiva no se distingue de una norma, es decir si usted con la lectura del tratado y los métodos que dice la Convención de Viena no entiende o no pudo o no está solucionado un tema no está solucionado el tema, entonces cuando usted pide una opinión consultiva que es un acto unilateral sin contención usted está produciendo una regla de carácter general, usted no está solucionando el caso no está diciendo se desapareció la persona tal, se mató, se puso una bomba, se mutilaron personas... sino que se está produciendo una nueva norma jurídica, el órgano que es el tribunal está diciendo de la suma de un artículo más la suma de otro artículo más jurisprudencia más doctrina concluimos que aquella norma que hoy no existe, porque esa es la pregunta, ahora si existe yo la he creado.

Fíjese que uno de los temas centrales de la Revolución Francesa fue impedir que los jueces legislarán, el artículo 6 del Código de Napoleón del Código Civil de 1803 dice “los jueces no podrán dictar soluciones generales”, es decir el juez tenía que resolver el caso en concreto, no puede decir que de ahora en adelante el Código Civil se lee o se entiende que “en la posesión de demuestra por la posesión, en lugar de un título traslativo de dominio” por ejemplo; si yo digo eso como juez he creado una regla general una solución general, eso es una norma legal y eso tiene que ser dictado por la asamblea legislativa. De ahí viene las famosas consultas que eran primero judiciales y el término de interpretación auténtica que está en la propia Constitución en el artículo 121, eso viene de la prohibición que tenían los jueces de dictar normas generales producidas por el Código de Napoleón de 1803 y que en toda la herencia latina se le impedía a los jueces dictar normas o soluciones generales, entonces cuando el juez tenía esa duda debía enviarle al Parlamento la

consulta para que el Parlamento resolviera el punto y por eso lo llamaban interpretación auténtica, está mal empleado el término interpretación auténtica, pero era que el Parlamento tenía que dictar una ley que resolviera una antinomia o una anomía de manera que había vuelto a legislar una nueva ley, pero el juez no podía hacerlo, este tenía que decir tengo un problema no sé cómo aplicar estas dos normas entonces yo le pregunto al Parlamento.

Por eso las opiniones consultivas tienen ese problema, ahora, hay Constituciones, como por ejemplo, en el caso austriaco, creo que en el caso de Brasil e India, que permiten, pero ya por reforma constitucional que lo permite que, el Tribunal promulgue una sentencia que en realidad es una reforma de la Constitución, porque dice que cuando se le consulte a cerca de una duda de la aplicación y los efectos de una norma constitucional el Tribunal Constitucional dictará una sentencia que va a resolver ese punto, pero como le digo es una norma jurídica que dice como el ciudadano debe leer de ese momento en adelante la Constitución, entonces se entiende que la Constitución Política ha sufrido una reforma.

Entonces, en el igual si usted permite que un Tribunal Internacional emita opiniones consultivas está permitiendo que modifique el convenio y si lo modifica, significa que quienes constituyen el convenio no son los Estados, las partes originales, sino que ahora resulta ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esa es la teoría uno. La teoría dos es más sencilla, lo que quieran los Estados, si usted quiere que exista existe y sino no existe, porque como usted Estado no tiene una regla, no hay una Constitución mundial usted no tiene límites y lo puede hacer.

Mi opinión personal, no deberían serlo por la razón de la teoría uno, es más no se hace, pero se tendría que tener cuidado, que las convenciones de este tipo deberían limitara a los Tribunales de este tipo y decirle usted no puede crear reglas nuevas, no puede extender los términos de este tratado, porque es lo que yo he pactado. Visto de esa perspectiva, si usted me dijera a mí que Costa Rica tiene que firmar otro contrato yo eliminaría esa función del todo, porque implica una modificación al tratado que yo no firme y en segundo lugar porque pasa que un órgano interno como la Sala Constitucional que no tiene límites sencillamente inventó que era vinculante y se acabó.

3. No es que va a desaparecer porque está en el tratado, en el sentido de que puede engañarse, obviarse mediante solicitudes unilaterales de los Estados de opiniones consultivas que puedan producir un resultado que evita un contencioso jurisdiccional, como en este caso por ejemplo, en

lugar de haberse producido una denuncia de un ciudadano costarricense contra el Estado en el derecho interno, agotar las vías porque no le permitían cambiar el nombre, por ejemplo, aunque si se permitía, esa es la paradoja del caso, usted nada más iba ante el juez y le decía cámbieme mi nombre, entonces en lugar que esa persona presente un juicio, primero la denuncia ante la Comisión y la Comisión finalmente después de años lo presente ante la Corte y la Corte después de años dicte una sentencia que es vinculante, da toda la vuelta y vuelve a llegar el derecho interno costarricense, yo pido como Estado, vea lo que ocurrió, lo hicieron a propósito en mi opinión además, pido una opinión consultiva que además ni siquiera era cierta la premisa de la petición, si había un procedimiento judicial y no le impedía a nadie cambiarse de nombre y a nadie le habían dicho nunca “no se cambie el nombre de Mario a María o de María a Mario” no, simplemente pídaselo al juez, es más la ley ni siquiera dice que hay un catálogo de nombres; entonces ese es el resultado de tener ese modelo de opiniones consultivas y sí puede producir el efecto de sustituir, de suplantar la jurisdicción contenciosa de la Corte.

Vea que ahora se abrió una posibilidad para Costa Rica que es muy grave desde el punto de vista de procedimientos, aunque uno puede estar de acuerdo con el resultado ese no es el punto, y es que los Gobiernos puedan utilizar constantemente la opinión consultiva con un fin ideológico político, y aunque la respuesta dure uno o dos años, resolver un problema porque la Sala dijo que es vinculante, yo pido algo que no quiero resolver en el Congreso, no quiero declarar que en Costa Rica yo soy partidario de a o de b, porque los políticos son muy deshonestos porque en lugar de enfrentarse al electorado con sus tesis verdaderas evade de esa manera los temas, entonces dice “pido una opinión consultiva sobre x tema sale un par de años después y digo mire que pena es lo que dijo la Corte y la Sala dijo que es vinculante, entonces a luchar a partir de ahí porque es vinculante”.

4. Bueno sí, hay una queja generalizada de una transgresión de la soberanía de los Estados, pero en el sentido original que yo le dije, en el sentido legislativo, o sea cuando la Corte asume una función legislativa y sustituye a los Estados, porque si los Estados le hubieren delegado esa función no hay más que hacer, porque mi voluntad original ha sido delegada, pero sin delegación usted lo asumió entonces, esa facultad legislativa si lesiona la soberanía de los países porque la tesis del derecho internacional es que hay un acuerdo de voluntades entre los Estados, de hecho si se ven las posibles causas de nulidad de tratados es que los representantes de un Estado hayan estado prácticamente

amenazados y su país con un ejército de ocupación y los obligaron a firmar el tratado con la amenaza de que si no lo hace lo mata, si no es así el tratado fue firmado voluntariamente, entonces desde ese punto de vista sí.

Pero en el caso de Costa Rica uno no puede decir que el efecto lo produjo la Corte, la lesión a la soberanía, si lo produjo cuando resolvió un tema que no se le preguntó, pero el que sea vinculante no lo dijo la Corte Interamericana, la produjo la Sala Constitucional, entonces no se puede decir que hay una violación de la soberanía por la Corte sino por la Sala Constitucional, porque si la Sala hubiera dicho que no es vinculante porque no lo dice el tratado y no lo dice la Corte no estaríamos en este problema y número dos si no hubiera dicho que las convenciones de derechos humanos tienen jerarquía superior a la Constitución tampoco estaríamos en este problema

5. Sí, es decir, en primer lugar la Sala Constitucional se ha convertido en un actor de tipo político por dos razones, la primera es porque el correcto diseño de la ley, que permite que la Sala pueda intervenir con los procedimientos legislativos como una regla o criterio de análisis de la constitucionalidad de las leyes, entonces los diputados además para evadir los debates que deben tener en las decisiones utiliza a la Sala con fines políticos, pero la Sala por otro lado pudo haber dicho, ciertamente hay una norma que me faculta a participar en el proceso de formación de leyes “que me metió en este problema”, pero yo no voy a expandir más mi competencia y más bien voy a hacer absolutamente o radicalmente austera en el tratamiento de esos temas y devolverlos a la Asamblea Legislativa para no intervenir en un proceso de tipo preparatorio, sin embargo, hizo lo contrario, expandió su autoridad entonces al transformarse como dicen algunos diputados en Senado como una segunda cámara del proceso legislativo que interviene en un proceso político que es decidir sobre temas como por ejemplo “¿por qué no se conocieron unas mociones de unos Diputados respecto unos proyecto de ley?”... que son temas de contenido político, entonces se judicializa la política por esa vía y en este caso ocurre lo mismo, es más si usted ve esa opinión consultiva el tema del matrimonio homosexual no está preguntado, y la pregunta es, ¿por qué la Corte lo resolvió? Bueno, yo he oído versiones de la calle, no son públicas y oficiales que había una comunicación, eso a mí no me consta, pero es como obediente, que había una comunicación para que se produjera ese resultado y los otros del otro lado (los jueces de la Corte Interamericana) extralimitándose, dicen vamos a responder un tema que no nos preguntaron, entonces yo me preguntaría ¿con cuál competencia, con cuál atribución, se lo permite el tratado? No.

Eso nos lleva a otro tema, fíjese en la secuencia de notificaciones, si usted va y revisa en ese periodo, cuando se firmaron sentencias y opiniones consultivas y se notificaron a los Estados parte en relación con esta, resulta que se retrasó su notificación al Estado, por qué si otras se notificaron antes, entonces hay gente que dice yo sospecho que utilizaron el argumento de esperar a las elecciones de Costa Rica para publicar esa sentencia.

6. En primer lugar, hay que tocar el tema de la jerarquía de los tratados, que en el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional costarricense no solo dijo que las opiniones son vinculantes, sino que había dicho y ahora lo reiteró con la sentencia en donde se da la anulación en el Código de Familia del artículo referente al matrimonio, que los tratados internacionales de derechos humanos tienen una jerarquía superior a la Constitución Política en la hipótesis que contengan reglas más protectoras; entonces ahora sí terminamos de mostrar un problema mayor, porque la Sala no solo se auto atribuyó la competencia de modificar el artículo séptimo constitucional, que no dice eso, sino que además se auto atribuyó la competencia de decir cuando si y cuando no tiene jerarquía superior un tratado internacional; entonces ahora vamos al último de los temas, la parte política y es si ahora las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos son normas jerárquicamente superiores a la Constitución la conclusión es que yo puedo utilizar la opinión consultiva para producir un efecto político de un tercero que me libere a mí de la responsabilidad de enfrentarme al derecho interno y a la política interna; y esa opinión consultiva va a tener jerarquía superior a la Constitución Política, entonces cuando usted une a la otra decisión que dice que es vinculante se coloca jerárquicamente la opinión consultiva encima de la Constitución Política, porqué, porque el tratado está encima de la Constitución.

Entonces ahora sí puede venir una segunda etapa y es que, por ejemplo, un día digan que hay una norma constitucional que les parece que es contraria a las normas de derechos humanos y que una opinión consultiva..., por ejemplo, la religión del Estado, y se pida una opinión consultiva a cerca de la compatibilidad de la Constitución de Costa Rica de la Convención Americana respecto de la confesionalidad del Estado costarricense, usted no quiere ir aquí a pedir una reforma constitucional porque no tiene la honestidad de decir que el Gobierno mío cree que esa norma no debería estar en la Constitución, los políticos lo evaden, entonces la Corte puede decir como primera hipótesis “no existe una prohibición expresa en la Convención para que un Estado en su Constitución adopte la confesionalidad” y la segunda hipótesis “va a decir que la libertad religiosa

implica que no pueda haber confesionalidad en un Estado, pues implicaría la existencia de privilegios legales y fiscales hacia una iglesia que no tienen otras y que por lo tanto es incompatible” y como las opiniones tienen jerarquía superior a la constitución política y podría suceder que esa norma constitucional deje de tener eficacia, vea lo grave de la situación. Además, si usted busca hay publicaciones feroces en Colombia, en Uruguay, en Argentina en contra de la Corte porque si usted lee los fallos se han extralimitado sus funciones expandiendo la Convención fuera del texto, yo no le estoy diciendo repito, que es que uno no está de acuerdo con el resultado es que si estamos en el mundo del Derecho nos entrenamos a seguir la reglas y si queremos cambiar las reglas las cambiamos por medio de los órganos competentes.