

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**“DISPARIDAD DE CRITERIOS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD PENAL EN EL SISTEMA JUDICIAL COSTARRICENSE”**

ELABORADO POR

LUIS ALEJANDRO ZÚÑIGA BUSTOS

HEREDIA, COSTA RICA

AÑO

2018

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

San José, 17 de marzo del 2018

Sres.
Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado:
“Disparidad de Criterios en la Aplicación del Control de Convencionalidad Penal en el Sistema Judicial Costarricense” elaborado por el estudiante: **Luis Alejandro Zúñiga Bustos**, como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico **MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSc. Irena Barrantes Mora

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL LECTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Alajuela, 17 de marzo del 2018

Sres.
Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

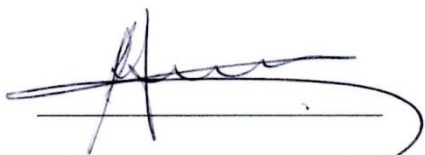
Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado:

“Disparidad de Criterios en la Aplicación del Control de Convencionalidad Penal en el Sistema Judicial Costarricense” elaborado por el estudiante: **Luis Alejandro Zúñiga Bustos**, como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico **MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSc. Jazmin Rodríguez Hernández

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL FILÓLOGO
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 17 de marzo del 2018

Sres.
Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado **“Disparidad de Criterios en la Aplicación del Control de Convencionalidad Penal en el Sistema Judicial Costarricense”** elaborado por el estudiante: **Luis Alejandro Zúñiga Bustos**, como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico **MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL**.

Corregí el trabajo en aspectos tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación; por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Suscribe de ustedes cordialmente,



Prof. Mario Boza Chacón. Filólogo
Afiliado al Colegio de Licenciados y
Profesores N.5034. Cédula 103580444



“Carta Autorización del autor(es) para uso didáctico del Trabajo Final de Graduación”

Vigente a partir del 31 de Mayo de 2016

Instrucción: Complete el formulario en PDF, imprima, firme, escanee y adjunte en la página correspondiente del Trabajo Final de Graduación.

Yo (Nosotros):

Escriba Apellidos, Nombre del Autor(a). Para más de un autor separe con " ; "

Luis Alejandro Zúñiga Bustos

De la Carrera / Programa: Maestría Profesional en Derecho Penal

autor (es) del (de la) (Indique tipo de trabajo): Trabajo Final de Graduación
titulado:

Disparidad de Criterios en la Aplicación del Control de Convencionalidad Penal en el Sistema Judicial Costarricense

Autorizo (autorizamos) a la Universidad Latina de Costa Rica, para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI o Biblioteca), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, página web institucional, así como medios electrónicos en general, internet, intranet, DVD, u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación bibliotecaria académicos dentro o fuera de la Red Laureate, que permitan mostrar al mundo la producción académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley No. 6683 sobre derechos de autor y derechos conexos de Costa Rica, permita copiar, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar los conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que allí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de esta.

La presente autorización se extiende el día *(Día, fecha)* **17** del mes **marzo** del año **2018** a las **09:00 hrs**. Asimismo declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: que soy el autor(a) del presente trabajo final de graduación, que el contenido de dicho trabajo es obra original del (la) suscrito(a) y de la veracidad de los datos incluidos en el documento. Eximo a la Universidad Latina; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente, por las manifestaciones y/o apreciaciones personales incluidas en el mismo, de cualquier responsabilidad por su autoría o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.

Firma(s) de los autores *Según orden de mención al inicio de ésta carta:*

DEDICATORIA

A Dios en primer lugar, pues aún en la obscuridad su luz no dejó de guiarme, abriéndome las puertas y velando por cada uno de mis pasos.

A mi madre, baluarte impecable en mi formación académica, de ella he aprendido que la fe es lo último que se pierde y que el conocimiento es el poder.

A mis hermanas Alejandra y Natalia, quienes desde mis primeros pasos en la educación han sido referentes de superación académica y profesional, personas sin las cuales no habría logrado alcanzar mis metas.

A Margarita Baltodano, fiel ejemplo de lo que significa la amistad incondicional y la humildad, la cual con la luz de su mente y con cada libro regalado, incentivó en mí el conocimiento y me enseñó que cuando más oscura está la noche, es cuando más pronto está el amanecer.

AGRADECIMIENTO

A Elky Rizo, alma gemela, con quien viví los mejores sueños universitarios y de quien siempre recibí una mano amiga.

A Jimmy, Andrea, Pedro, Carlos, Valeria y Cristian, compañeros de la Maestría de los cuales aprendí que con una sonrisa en el rostro, la vida es más ligera. Especialmente a Yulieth, quien más allá de ser mi compañera, fue escuela de formación en valores y en el Derecho.

A todos mis amigos y amigas de quienes siempre recibí apoyo en cada momento de desvelo y a todos mis queridos profesores de la Maestría, quienes transmitieron grandes conocimientos que han hecho de mí, un mejor profesional.

Finalmente, le agradezco a la tutora Irena Barrantes por su esencial aporte para la elaboración de esta memoria, quien a través de sus guías y recomendaciones, logré culminar este proyecto con éxito.

RESUMEN EJECUTIVO

La soberanía de los Estados se ha venido disipando paulatinamente ante la notoria influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial el mundo entero lamentaba las incontables pérdidas humanas. La barbarie señalada propició el nacimiento de los Derechos Humanos, creándose Sistemas Regionales para la efectiva tutela de estas garantías, no siendo América la excepción. El presente trabajo pretende abordar la figura del Control de Convencionalidad como creación de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha tenido una importante participación en los procesos judiciales de los Estados partes del Pacto de San José, sea para reprobando los actos que han vulnerado los derechos de las personas o bien, para generar un efecto preventivo la abstención de acciones Estatales que involucren violaciones importantes a los derechos más valiosos de los seres humanos.

No obstante, el Instituto del Test de Convencionalidad posee bemoles en su aplicación especialmente cuando se trata de países que poseen un sistema concentrado de interpretación de las normas jurídicas como el costarricense. Se genera entonces una disparidad de criterios en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, siendo que se crea una importante laguna jurídica sobre la cual no hay consenso, al imperar la inseguridad jurídica. Un sector aboga por la aplicación efectiva e inmediata del Control de Convencionalidad por la persona juzgadora, teniendo ésta la facultad de desaplicar una norma nacional de ser necesario cuando tenga certeza de la contrariedad del precepto doméstico con el *corpus iure* internacional. La posición yuxtapuesta defiende el sistema concentrado de interpretación de las normas a cargo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, considerando improcedente la desaplicación de la norma por la persona que administra justicia, debiendo en caso de duda o aún certeza de la in-convencionalidad, plantear una consulta judicial ante el Tribunal Constitucional a efectos de que se resuelva en definitiva (efectos *erga omnes*) el tema en discusión. En suma es éste el problema que atraviesa nuestro país, pues en materia penal las decisiones que se puedan tomar o que lleguen a tomar, tienen repercusiones significativas en la sociedad y en los individuos procesados, de tal suerte que, en muchos casos cuando se discute la libertad de una persona, los dos criterios llegan a puntos de inflación que realmente imponen un replanteamiento de la forma en que se ha venido utilizando esta figura.

TABLA DE CONTENIDOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR	
.....;¡Error! Marcador no definido.	
CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL LECTOR	¡Error! Marcador no definido.
CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL FILÓLOGO	¡Error! Marcador no definido.
“CARTA AUTORIZACIÓN DEL AUTOR PARA USO DIDÁCTICO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN”	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vii
RESUMEN EJECUTIVO	viii
CAPÍTULO I	3
I. PROBLEMA Y PROPÓSITO.....	3
II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
III. JUSTIFICACIÓN.....	5
IV. OBJETIVO GENERAL	5
V. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	5
CAPÍTULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	6
1.- El Control de Constitucionalidad	6
1.1. Sistema Difuso de Control de Constitucionalidad	7
1.2. Sistema Concentrado de Constitucionalidad.....	9
1.3. Voto 1185-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.....	12
2. Control de Convencionalidad	16
2.1. Control de Convencionalidad Concentrado	19
2.2. Control Difuso de Convencionalidad.....	21
3. Sustento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los votos: “Almonacid Arellano Vrs Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso Vrs Perú”	24
3.1.) Voto “ <i>Almonacid Arellano Vrs Chile</i> ”	24
3.2.) Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú.....	27
4. Disparidad de criterios sobre la aplicación del control difuso de convencionalidad	29
5.- Posición de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia	36
6.- Posición de la Jurisprudencia Penal Costarricense	40

7.- La “ <i>Consulta Judicial de Constitucionalidad</i> ” como mecanismo procesal para el “Test de Convencionalidad”	44
8.- Nociones del Control de Convencionalidad en Europa	49
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	53
I.- Paradigma Interpretativo	53
II.- Enfoque Metodológico	55
III.- Método de Investigación Documental	56
IV. Descripción del contexto del sitio, en donde se lleva a cabo	57
V.- Las fuentes de información	57
VI.- Técnicas e instrumentos de la investigación documental empleados en el presente proyecto	58
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	59
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	60
CAPÍTULO VI: PROPUESTAS	67
BIBLOGRAFÍA	69

CAPÍTULO I

I. PROBLEMA Y PROPÓSITO

El problema a como se describirá infra, deviene en la incorporación del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico nacional, siendo que si bien no se trata de un tópico novedoso, lo cierto del caso es que no existe armonía de criterio en la doctrina y jurisprudencia nacional ni internacional sobre la forma de aplicar el Instituto del Control de Convencionalidad al margen de un Sistema de Interpretación Concentrado de las normas constitucionales a cargo de un solo órgano. Las implicaciones que dicha disyuntiva pueda generar, revisten de especial necesidad de estudio, pues inciden principalmente en la labor diaria de los administradores de justicia principalmente.

En nuestro país las resoluciones de la Sala Constitucional se ha venido reconociendo la vinculación de los Derechos Humanos en nuestro medio, sin embargo dicha cámara aún no es clara en relación con la forma de solucionar una incompatibilidad de alguna norma internacional con alguna norma o pronunciamiento nacional, pues reconoce la importancia del control de convencionalidad pero, -no delega el poder de interpretar las normas constitucionales a otros órganos jurisdiccionales. Se han escrito muchas obras en Costa Rica por diversos autores que han querido producir material de calidad para el estudio del tema, sin embargo, la discusión se mantiene incólume. Se pueden citar verbigracia obras nacionales como “La Justicia Constitucional en Costa Rica” del maestro Rodolfo Piza Escalante en el año 2004, o “La Dimensión Política de la Justicia Constitucional” del 2008, ambas relacionadas con el sistema costarricense de control constitucional. Por otro lado, se pueden citar obras mucho más recientes que ponen en la palestra el problema por investigar como “Prisión Preventiva y Control de Convencionalidad” de Jeffry Mora Sánchez en el año 2015, “El Control de Convencionalidad y la Pena de Prisión” de Norberto Garay Boza del 2016, “Derechos Fundamentales en América Latina” de Haideer Miranda Bonilla del año 2015, y más recientemente “Justicia Constitucional y Convencional” de Víctor Orozco Solano del presente año 2017 obra que propició un interesante aporte en el XI Congreso Internacional de Derecho Procesal realizado en Costa Rica, a partir del cual se creó el libro “Las Garantías Constitucionales y Convencionales Aplicadas al Proceso”. Como se puede observar de la lacónica reseña sobre los antecedentes del tema, se han realizado esfuerzos principalmente en

los últimos años para analizar la figura y generar interrogantes sobre las potestades del juez ordinario para aplicar el control de convencionalidad y el nivel de impacto de su uso en nuestro medio que se destaca como se indicó, por el tipo de sistema de interpretación constitucional que ostentamos. Empero, resulta apropiado continuar reflexionando académicamente sobre el tópico a efectos de buscar soluciones óptimas para los retos que presenta la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en América Latina.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema del trabajo de investigación se deriva de la disparidad de criterios en nuestro medio jurídico para la aplicación del control de convencionalidad en materia penal, siendo que la doctrina se encuentra dividida y las consecuencias de avocarse a una u otra línea de pensamiento son importantes en la resolución de los casos y en la hermenéutica jurídica.

El planteamiento de este problema se origina a partir del auge del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el orbe latinoamericano, siendo que al ser un tópico de reciente data, se encuentra en constante cuestionamiento. Esta figura jurídica exige la reflexión de cómo incide el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en nuestro propio Sistema Jurídico, siendo que es indispensable el estudio de los criterios de nuestra Sala Constitucional, a efectos de determinar cuál ha sido su posición al respecto en el tratamiento de normas que puedan resultar inconvencionales. Se trata pues de un análisis sobre las competencias de la cámara constitucional, de los jueces comunes, y acerca de la capacidad práctica de esta figura en nuestro país de cara al antagonismo de criterios doctrinarios y jurisprudenciales en su aplicación. Lo anterior por cuanto un sector determinado de la doctrina costarricense aboga por la aplicación difusa del control de convencionalidad, al dotar en consecuencia a todas las personas juzgadoras de capacidades importantes para desaplicar normas *–con efectos inter partes–* en miras de la aplicación de la normativa y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. Sin embargo, el otro sector discrepa de ese criterio, sosteniendo en yuxtaposición que la figura del control de convencionalidad no puede ser aplicada de forma tal que ignore la existencia de un control concentrado a cargo de la Sala Constitucional, debiéndose inexorablemente ante cualquier duda o incluso certeza de una norma inconvencional, plantear la consulta judicial de rigor.

Se pretende entonces hacer notar mediante el trabajo la existencia de este problema legal para abordarlo con mayor énfasis por la comunidad jurídica nacional y así, procurar el establecimiento de una línea mayoritaria de seguimiento ante ciertos casos que involucra la aplicación del Control de Convencionalidad.

III. JUSTIFICACIÓN

El trabajo encuentra justificación al estudiar la figura del Control de Convencionalidad desde un punto de vista pragmático en la realidad jurídica costarricense. Dicho de otra manera, no solo se debe rescatar el estudio de este instituto jurídico de no tan vieja data, sino que además, se torna relevante examinar su naturaleza jurídica para verificar las posibilidades de aplicación en nuestro Sistema Judicial propiamente en materia penal y consecuentemente, observar cómo existe disparidad de criterios al respecto en la doctrina y jurisprudencia.

Por otra parte, se cuenta con material didáctico que permite dicho estudio, libros, leyes, convenciones, estatutos, resoluciones nacionales e internacionales y de esta manera se estima factible la investigación.

IV. OBJETIVO GENERAL

Determinar la disparidad de criterios doctrinarios y jurisprudenciales en Costa Rica sobre la aplicación del Control de Convencionalidad en nuestro país para reflexionar sobre cuál de las propuestas resulta más adecuada en la realidad jurídica que nos ocupa en la sede penal.

V. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

I.- Analizar la figura del control de constitucionalidad.

II.- Determinar cuáles son las clases de control de convencionalidad que existen.

III.- Verificar qué tipo de control de convencionalidad se aplica en nuestro país.

IV.- Investigar la posición jurisprudencial de la Sala Constitucional acerca del Control de Constitucionalidad en Costa Rica.

V.- Examinar cuáles son los sistemas de interpretación que se plantean en torno a la figura del Control de Convencionalidad...

VI.- Señalar los principales antecedentes jurisprudenciales sobre control de convencionalidad basado en el (caso “*Almonacid Arellano vrs Chile*” y el caso “*Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú*”) emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VII.- Establecer la posición de la Sala Constitucional de Costa Rica mediante el estudio de sus resoluciones acerca del Control de Convencionalidad.

VIII.- Determinar la eficacia teórica de la consulta judicial sobre la constitucionalidad de las normas (artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) para dirimir conflictos de convencionalidad por parte de las personas juzgadoras dedicadas a la materia penal.

IX.- Investigar casos suscitados en Costa Rica en donde se haya requerido de la aplicación del control de convencionalidad.

CAPITULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

1.- El Control de Constitucionalidad

El estudio del Control de Constitucionalidad es trascendental para la comprensión del tema, pues figura como un factor de vital importancia en la aplicación de las normas derivadas de la Carta Magna así como de las convencionales. Debe rescatarse el análisis de esta figura, que refiere en palabras sencillas a la potestad de interpretación y aplicación de las normas constitucionales por encima del resto del ordenamiento jurídico. Al respecto se debe agregar entonces que la existencia de una *Carta Política* no es suficiente para garantizar los derechos y garantías que en ella se contemplan, sino que deben existir formas de vigilar constantemente el cumplimiento de sus normas, así como se debe asegurar una interpretación coherente y prístina de sus preceptos ante los posibles supuestos de hecho que se puedan presentar en la cotidianidad y que no en todas las ocasiones son de fácil solución.

Ergo, en una sociedad, la emisión de leyes por parte de la Asamblea Legislativa, decretos y reglamentos por parte del Poder Ejecutivo, la realización de actos administrativos, incluso hasta ciertas actuaciones del Poder Judicial, se encuentran al margen del control en estudio en pro de una eficiente defensa del bloque de constitucionalidad. Por ello, cada nación debe establecer la forma en que se aplica ese poder decisivo de tanta envergadura, y de igual manera, quienes se encuentran llamados a poseer y ejercer ese rol. Empero, la historia nos ha

presentado principalmente dos formas de Control de Constitucionalidad (difuso y concentrado) como defensa de la Carta Magna, siendo que a ambas categorías se les ha achacado ventajas y problemas en la praxis.

1.1. Sistema Difuso de Control de Constitucionalidad

Este modelo de interpretación de las normas constitucionales nace del derecho anglosajón, atribuyéndole su creación a la sentencia dictada por John Marshall en el caso *Marbury vrs Madson* en el año 1803, el que reconoció que se tornaría ilógica la aplicación de la norma jurídica en *contrario sensu* con las disposiciones constitucionales por parte de cualquier juez ordinario, lo que le capacita para velar por la ejecución del mandato constitucional y por ende, ser capaz de emitir un pronunciamiento contrario al raigambre de normas jurídicas pero acorde con el bloque constitucional, generando un incisivo control de constitucionalidad. Dicha sentencia en lo que interesa esboza lo siguiente (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, sentencia, caso 5 US 137, 1803):

un acto legislativo contrario a la Constitución no es derecho; si la segunda proposición es verdadera, las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable.

El texto transcrito de la sentencia emitida por John Marshall pone en manifiesto la necesidad de que exista *coherencia* en el sistema jurídico de un país, de tal suerte que si existen normas contrarias al Texto Constitucional, estas deben perder su eficacia jurídica y cualquier juez se encuentra en la obligación de hacer valer dicha supremacía. En este sistema de interpretación, la superioridad de la Carta Magna ante el resto del cuerpo normativo es muy evidenciada, ya que es precisamente su excelsa posición la que le permite restarle valor a cualquier disposición en contra. A dicha labor están llamados los jueces federales, estatales o judiciales, pues en su trabajo por fungir como centinelas de la norma suprema se tornan en jueces constitucionales. Pese a lo anterior, se ha logrado determinar que de previo a la sentencia mencionada el control difuso ya había aparecido en los Estados Unidos, pues tal y como lo hace ver Ortiz, E. (1991),

En *Hayburn's* (1792) un Juez federal rechazó por inconstitucional la aplicación de una ley que le permitía al Ministro de Guerra no registrar, para efectos de pensión, a quien

era veterano inválido (...) Más claro es el caso *Ware vs Hylton* (1796). En éste, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley estadual de Virginia, que permitía a los deudores de acreedores británicos liberarse pagando, en su lugar, a aquel Estado, contra lo que posteriormente dispuso el tratado de paz entre Inglaterra y los EEUU (1783), al garantizar a los dichos acreedores la inexistencia de impedimentos legales en EEUU para el pleno cobro de sus créditos (...) Y en *Calder vs Bull* (1798) la Corte Surepam sostuvo que era constitucional una ley de Connecticut impugnada como retroactiva, por haber ordenado se abriera nuevamente un proceso sucesorio ya fallado y fenecido (p-24).

De lo anterior se desprende que antes del año 1803 en el que se dictó la sentencia de John Marshall, ya existían precedentes de la existencia de un control difuso de interpretación constitucional, lo que únicamente permite concluir que este modelo es propio del sistema norteamericano indistintamente del momento en que apareció. Ergo, señalada la génesis de esta figura conviene reconocer que si bien a este modelo de control se le pueden aplaudir sus incisivos y céleres efectos, lo cierto también es que se le achacan una serie de críticas que se pueden detallar de la siguiente manera:

-Al no existir una cámara que defina la interpretación de las normas unificadamente, corre el peligro que varios jueces ordinarios tengan criterios encontrados respecto del tema y a la postre, en casos análogos se emitan resoluciones contradictorias, generando inseguridad jurídica.

-En el sistema difuso la potestad del juez es a todas luces judicial, pues los efectos de sus pronunciamientos son *inter partes*, lo que si bien le permite desaplicar una norma por considerarla inconstitucional, no podría declararla contraria a la Carta Magna con efectos *erga omnes*. Esto permitiría la vigencia de la disposición normativa y la posibilidad concomitante de que otro juez la aplique por echar de menos la incompatibilidad que otro juzgador quizás sí haya advertido de previo (Solís, A, 2008, p-45).

-Desde una perspectiva académica, se requieren de importantes conocimientos de los derechos fundamentales y dependiendo del país derechos humanos para que los administradores de derecho puedan alegar la inconstitucionalidad de una norma, lo que en un sistema difuso

exigiría un buen nivel de conocimientos en el juez para tomar una decisión tan relevante como ignorar una disposición ante la vanguardia de la Carta Magna (Jinesta, E, 2015, p-126).

-Al ser una tarea estrictamente judicial y no política, los jueces no pueden partir de presupuestos que no sean de facto, lo que limita la labor política de un control cuyo radio de aplicación sea mucho más amplio y con efectos vinculantes para la validez de la norma (Solís, A, 2008, p-45).

Así las cosas, se evidencia que ciertamente este modelo de interpretación de las normas aplicable en países como Noruega, Suecia, Canadá, Japón, *inter alia*, propone una forma mucho más celerada de fiscalizar la defensa constitucional, no obstante, los problemas detectados a este sistema hacen que pierda armonía entre sus pronunciamientos y a la postre genere inseguridad jurídica. El poder no puede ser absoluto, sin embargo tampoco es prudente que sea deliberado, habida cuenta que las facultades de un juez constitucional en manos de un juez ordinario puede generar un impacto social de gran magnitud, ya que además de las facultades judiciales que goza el juez para el caso en concreto, ostentaría prerrogativas de índole constitucional que lo convertirían en una figura con un poder indomitable.

1.2.Sistema Concentrado de Constitucionalidad

Conviene ahora adentrar el estudio al sistema concentrado de constitucionalidad, que es aplicado en nuestro país. Este modelo de interpretación constitucional deviene del orbe europeo, al cual se le denomina a su vez austriaco “porque arranca de la Constitución austriaca de 1920, si bien ya había sido insinuado en la de Weimar de 1919. Este sistema se ha expandido, principalmente, por los países de Europa, entre los cuales se pueden citar: Italia, Alemania, España, Turquía, Chipre y Austria” (Solís, A, 2008, p-48).

Este modelo parte de la atribución única y exclusiva de la interpretación y aplicación *erga omnes* de las normas constitucionales a un órgano determinado, al imposibilitar en consecuencia al juez ordinario a realizar dicha tarea como sí sucede en el sistema difuso ya explicado. Esta figura se deriva de la concepción jerárquica de las leyes de Hans Kelsen, que al situar a la Constitución por encima del resto del ordenamiento jurídico, resguarda su vigilancia estricta en un órgano concentrado.

Concretamente en Costa Rica, antes de la reforma al numeral 10 de la Carta Fundamental, le correspondía a la Corte Suprema de Justicia la labor que actualmente realiza la Sala Constitucional, pues dicho canon señalaba que “*Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo*” (Constitución Política, 1949). Así pues nuestro país en esa coyuntura se caracterizó por seguir un modelo concentrado, sin embargo la justicia constitucional costarricense ha tenido importantes transformaciones conforme avanza el tiempo. Cambios que han impactado de forma positiva el modelo constitucional, pues varias críticas se le realizaron a la entonces Corte Suprema de Justicia en funciones de interpretador de las normas constitucionales, dentro de ellas la carencia de un personal profesional capacitado para resolver las controversias que se planteaban, pues al no ser un órgano estrictamente especializado en la materia constitucional, se adolecía de jueces constitucionales que tuviera conocimientos específicos sobre la materia, sobre los Derechos Humanos o bien, sobre el derecho público. Otra de las aseveraciones en contra, realizadas era la inoperancia del órgano, pues la demanda de asuntos en donde se alegaban violaciones a la Carta Magna era considerable, siendo que este órgano al poseer la competencia de otros asuntos administrativos propios del Poder Judicial, se tornaba impotente de resolver las gestiones constitucionales planteadas por los administrados de forma célere.

Actualmente, nuestra Constitución Política gracias a la reforma generada en el año 1989, establece en el numeral 10 el otorgamiento de la interpretación de las normas fundamentales en una sala especializada, creándose por ende la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Dicho canon reza lo siguiente:

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. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley. Le corresponderá además: a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que

indique la ley. b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley (Ley N°7128, 1989).

Empero, se observa del texto transcrito que nuestra justicia constitucional versa sobre un modelo concentrado a cargo de la Sala Constitucional, la cual posee plenas competencias y grandes facultades para desarrollar no solo una labor jurídica de verificar si el raigambre de normas jurídicas costarricenses es congruente con la Carta Fundamental, sino que además, ostenta innegablemente una función política importante pues el contenido de sus pronunciamientos incide sin lugar a dudas en la labor legislativa y en los intereses políticos del Estado en ciertos supuestos, lo cual corresponde a un tema que excede los propósitos del presente trabajo.

Partiendo de las normas internas, se cuenta con la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley N°7135, 1989), de la cual se desprende el numeral 1 que establece como objetivo la regulación de la jurisdicción respectiva a efectos de garantizar la supremacía de la normativa constitucional y detalla: *su uniforme interpretación y aplicación*. El canon 2 determina las competencias de esta jurisdicción, verbigracia la protección del bloque constitucional a partir de herramientas como el recurso de amparo y el hábeas corpus, ejercer el control de constitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad, consultas judiciales o legislativas, resolver conflictos de competencias entre Poderes del Estado, *inter alia*. Y especial importancia reviste el numeral 4 *ibídem* pues establece en lo que interesa que “La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política...” Se denota cómo se ha reconocido insistentemente por la misma ley (Ley de la Jurisdicción Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial) que la Carta Fundamental posee disposiciones supremas, que deben ser respetadas siempre y desde cualquier ámbito del derecho, no solo el judicial. Sin embargo, conviene específicamente analizar el tema en lo atinente a la administración de justicia penal por ser el tópico de este trabajo.

Así, es menester entonces considerar las potestades de la Sala Constitucional de cara a las facultades de los jueces ordinarios; por ello es imprescindible señalar que la Ley Orgánica

del Poder Judicial también contempla una disposición de vital importancia para el estudio del control de constitucionalidad y por ende, del control de convencionalidad que se analizará más adelante. El numeral 8 del citado cuerpo normativo dispone en lo que interesa lo siguiente:

Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. *Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional.* Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional (...) (la negrita y el subrayado se suplen) (Ley N° 8, 1937).

Al socaire de lo expuesto, conviene necesariamente realizar un estudio de este numeral a la luz del pronunciamiento que tuvo nuestra Sala Constitucional al respecto, todo lo cual se analizará en el siguiente párrafo.

1.3. Voto 1185-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Tal y como se adelantó líneas atrás, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en su numeral 8 los deberes de los funcionarios públicos en relación con ejercicio de sus funciones en cumplimiento de la ley. Por ende, siendo los administradores de justicia los principales llamados a la aplicación de la normativa, se genera una inquietud en relación con sus capacidades para interpretar una norma y de considerarla inconstitucional desaplicarla para el caso en concreto. Al respecto, el canon ya citado dispone que cuando *se tuviere alguna duda sobre la constitucionalidad de una norma, necesariamente se deberá consultar ante la jurisdicción constitucional*, sin embargo no quedó claro qué sucedía cuando la persona juzgadora tenía **certeza** de la inconstitucionalidad o bien, in-convencionalidad de la norma que se pretende desaplicar. De acuerdo con una lectura exegética del numeral 8 ibídem pareciera que la consulta judicial de constitucionalidad se debería efectuar únicamente en los casos en los que quien juzga tenga **dudas** de la norma, pero no certeza.

Notándose entonces la existencia de una situación jurídica no contemplada en dicho artículo, ante una consulta judicial facultativa presentada, la Sala Constitucional emitió criterio mediante el voto 1185-95, en el cual se desarrolló el tema que nos ocupa (control de constitucionalidad), definió una línea de pensamiento que hasta el momento no ha sido variada

categoricamente y además, marcó los márgenes de la facultades del juez ordinario y del juez constitucional al resaltar la importancia de la supremacía constitucional y la labor de la judicatura en ella.

De trascendental importancia es el principio de legalidad en el tema en estudio, pues la posibilidad de arrogarse competencias que la ley no concede es una clara conculcación a dicha premisa contemplada en el numeral 11 de la Constitución Política que indica: “*Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y **no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella...***” (la negrita se suple) (Constitución Política, 1949). En consecuencia, si ni la Constitución ni la ley le otorga la facultad al juez ordinario de desaplicar una norma por considerarla inconstitucional -pues esa misma *consideración* no es más que la interpretación de la normativa conforme al bloque constitucional- entonces este juez común no está facultado para realizar dicha tarea en un sistema concentrado como ya se explicó líneas atrás.

La Sala Constitucional en dicho voto señala que “*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*” (Sala Constitucional, voto 1185, 1995). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia costarricense no se encuentra del todo unísona al respecto.

Al examinar el tema se ha concluido por un sector de la doctrina costarricense que en nuestro medio opera un sistema semidifuso en donde el juez ordinario puede desaplicar la norma con efectos *in casu et inter partes* y a su vez coexiste con las competencias *erga omnes* de la Sala Constitucional. En esta línea de pensamiento, Solís, A (2008) ha indicado que:

La ley que creó la jurisdicción constitucional, en 1989, consagró, sin lugar a dudas, en aquel primer momento, un sistema concentrado de justicia constitucional en manos de la Sala Constitucional, como único órgano competente para desaplicar normas... No obstante, ese sistema fue sensiblemente atenuado; primero con la reforma ya comentada de la Ley Orgánica del Poder Judicial... y segundo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional... Lo anterior permite afirmar que en Costa Rica se está ante un incipiente sistema de justicia constitucional difuso, paralelo y concurrente con el

sistema concentrado en la jurisdicción constitucional, a cargo de la Sala Constitucional (p-110).

Aunado a lo anterior, Piza, R (2004) ha esbozado una posición coherente con la emitida por Alex Solís, atinente a que en Costa Rica contrario a lo dicho por el voto en estudio, impera un sistema semidifuso de interpretación de las normas fundamentales. El autor Piza, R (2004) ha manifestado que

De este modo, a la luz del precedente, el sistema costarricense de Justicia Constitucional tiene hoy dos dimensiones paralelas: una, “concentrada” en la propia Sala Constitucional y mediante procesos y procedimientos específicos de esa Jurisdicción; otra, “semidifusa”, en manos de todos los tribunales de justicia, que no les faculta para desaplicar por sí mismos leyes o normas de cualquier rango que consideren incompatibles con el Derecho de la Constitución... (p-101).

Pese a la diversidad de criterios existentes en relación con el tipo de control de constitucionalidad que se aplica en nuestro país, la Sala Constitucional mediante el voto en estudio declaró inconstitucional la interpretación que se le realice al numeral 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el tanto permita al juez ordinario interpretar y desaplicar la ley cuando la considere inconstitucional, debiendo plantear la consulta judicial aun cuando tenga certeza de la inconstitucionalidad de la norma. Esta decisión fue tomada entre otros motivos, con base en las siguientes consideraciones:

- Una disposición legal no puede invalidar un precepto constitucional (artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vrs artículo 10 de la Constitución Política)
- Incongruencia en obligarle al juez común a realizar una consulta cuando tiene la potestad de resolverla él mismo en caso que se aplicara el control difuso.
- Por seguridad jurídica, toda vez que si existe eventualmente un roce constitucional, el alcance del juez es *inter partes* mientras que la facultad *erga omnes* de la Sala resuelve en definitiva la controversia.

-No todos los jueces ordinarios poseen los conocimientos que se requieren para declarar una norma inconstitucional, siendo la Sala especializada en materia de derecho constitucional, derechos humanos y derecho público.

Así pues, concluye la Sala en dicha resolución aludiendo a que *“los jueces del orden común, en el sistema de justicia constitucional costarricense actual, no pueden desaplicar para el caso concreto ningún acto o norma que estimen inconstitucional, pues si al momento de decidir, y por tanto de aplicar una norma cualquiera, llegaren a cuestionarse su constitucionalidad, deberán formular la consulta motivada ante la Sala Constitucional”* (Sala Constitucional, voto 1185, 1995). Queda claro para la mayoría de la Sala que el juez común no posee las capacidades legales ni constitucionales para ponderar la constitucionalidad de una norma al punto de desaplicar una disposición normativa.

A pesar de lo anterior, debe rescatarse con sumo respeto la posición del voto salvado compuesto por el entonces magistrado Dr. Rodolfo Piza Escalante y Dr. Luis Paulino Mora Mora. De la lectura del voto salvado se desprenden algunas líneas de pensamiento yuxtapuestas a las emitidas por mayoría, las cuales se resumen en lo siguiente:

-Se estimó que es posible interpretar del numeral 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la posibilidad de desaplicar una norma de acuerdo con una lectura literal de la norma.

-Consideran que si hay certeza de la inconstitucionalidad de la norma se debe desaplicar pues el numeral 5.2 de la ley citada impone que *“... Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes...”* ello en correlación con los numerales 1y 3 del Código Civil así como el 6 y 7 de la Ley General de la Administración Pública

- Se consideró en el voto que *“en el conflicto entre el Derecho de la Constitución y las leyes u otras normas o actos infraconstitucionales, debe siempre preferirse la primera, incluso desaplicándose los demás, así se trate de la propia ley formal, de la misma manera que, en el conflicto entre leyes y cualesquiera otras normas o acto de diverso rango, deben siempre aplicarse los que lo tengan superior, incluso desaplicando los del inferior”*. Lo anterior trayendo a colación el principio de la supremacía constitucional.

-Se advierte que en Costa Rica, el Tribunal Contencioso Administrativo así como el Tribunal Supremo de Elecciones en sus competencias son claros ejemplos de la difusión del poder constitucional, por lo que no es del todo cierto que se encuentra concentrado en la Sala Constitucional ” (Sala Constitucional, voto 1185, 1995).

Empero, es válido afirmar que el tema aún se encuentra en la palestra de discusión pues no se trata de un tópico pacífico. Este punto es nuclear para el entendimiento del control de convencionalidad, pues la forma de aplicar éste responde a cómo se conciba el primero en el nivel interno, al generar ulteriores discusiones que en la actualidad persisten que se pretenden en este trabajo demostrarlas y buscar una solución apropiada.

2. Control de Convencionalidad

Es menester ahora avocar el estudio a la figura del Control de Convencionalidad, siendo que el mismo nace como consecuencia de los esfuerzos traídos desde mediados del siglo XX cuando se anunciaba la *internalización del derecho constitucional* y en las últimas décadas de la *constitucionalización del derecho internacional* (Haideer, M. 2015, p-103). En ambos supuestos lo que se evidencia es la interacción que ha tenido el derecho público internacional en materia de Derechos Humanos con el bloque constitucional de cada país; sea en el reconocimiento del bloque constitucional sobre la injerencia de esta corriente internacional y a su vez la manera en que ubica ese *corpus iure* internacional en la jerarquía interna de normas, o bien, en la transferencia de insumos constitucionales al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así pues, se debe entonces admitir que en el orbe latinoamericano se han dado múltiples episodios de abusos de los Derechos Humanos a poblaciones de vulnerabilidad frente al poder estatal, muchas de estas violaciones generadas a partir de las dictaduras latinoamericanas. Esta situación ha revestido de inigualable importancia el reconocimiento de los Derechos Humanos y la creación de medios para hacerlos respetar. Por tanto, a la luz del derecho internacional si bien por disposición de la Carta de las Naciones Unidas únicamente el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas puede emitir resoluciones de acatamiento obligatorio, lo cierto del caso es que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha desarrollado una vinculatoriedad de las resoluciones que se dicten al amparo de los Derechos Humanos, condición que si bien no está reconocida en el texto de la Carta de

las Naciones Unidas, si se ubica en la Convención Americana de los Derechos Humanos por decisión unilateral de los países que hayan querido formar parte de esta organización. Por ende, esa interacción que se señalaba líneas arriba ha sido consecuencia inmediata de la existencia de un Sistema Regional de Derechos Humanos en nuestro continente, y por supuesto de la imperiosa necesidad que exista coherencia y vinculatoriedad de los pronunciamientos que pueda emitir la Corte Interamericana de Derechos Humanos de cara a las actuaciones tanto administrativas como judiciales de los países miembros.

Empero, si bien existen modelos de interpretación de las normas constitucionales tal y como se estudió ex ante, también se han planteado cuestionamientos acerca de la necesidad de establecer algún modelo de interpretación de las normas internacionales en materia de Derechos Humanos, al nacer así el Control de Convencionalidad. El nacimiento conceptual de esta figura se le atribuye mayoritariamente al caso *Almonacid Arellano y otros Vrs. Chile*, en el cual el juez Sergio García Ramírez determinó dicho concepto a la obligación de cada Estado de velar por el cumplimiento del raigambre de normas internacionales y jurisprudencia atinente a los Derechos Humanos; dicho voto señaló en lo que interesa:

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas 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 último de la Convención Americana (voto *Almonacid Arellano y otros vrs Chile*, 2006).

No obstante, en resoluciones previas del mismo juez se desprendían aproximaciones al instituto en estudio, como en los votos que de seguido se expondrán. Es importante acotar que en todas las resoluciones que se indicarán infra se reconoce por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aquella interacción de la que se hablaba al inicio, que permite en consecuencia que la Corte pretenda por parte de los Estados sometidos a la jurisdicción interamericana, acatar el ordenamiento jurídico internacional y la correspondiente interpretación indistintamente del estado actual de su normativa interna. Verbigracia se puede mencionar el caso *Myrna Chang versus Guatemala*, en el cual se indicó por el juez García Ramírez lo siguiente:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-y sustraer a otro de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional (Caso Myrna Mack Chang Vrs. Guatemala, año 2003)

Se desprende del extracto anterior el reconocimiento por parte de la excelsa cámara interamericana de la integridad del Estado para ejercer a través de cualquiera de sus Poderes lo que se le llamó *control de convencionalidad*, siendo que los impactos de sus resoluciones no se supeditan a una parte de la composición estatal, sino que afecta al Estado como un todo. Este punto es de vital importancia pues a como se podrá verificar más adelante, se cuestionaba a partir del caso Almonacid Arellano Vrs Chile si únicamente el Poder Judicial se encontraba supeditado a realizar este control, o si incluso cualquier actuación administrativa también se contemplaba como objeto de este control. Por otra parte, se cuenta con el caso Tibi Vrs Ecuador, en el cual la Corte Interamericana indicó lo siguiente:

Si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal interamericano de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos (Caso Tibi Vrs. Ecuador, 2004)

Aquí se admite la necesidad del control de convencionalidad, pues la existencia de un control de constitucionalidad refleja que ese marco normativo internacional requiere de sujetos a quienes les corresponda la interpretación de sus normas. Se trata entonces de una necesidad emergente de la sola existencia de ese cuerpo normativo a como sucede naturalmente en cada país. A mayor abundamiento, el juez Sergio Ramírez también esbozó en el caso López Álvarez Vrs. Honduras aspectos relacionados con el control de convencionalidad, acotando lo siguiente:

Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”- debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso (Caso López Álvarez Vrs. Honduras, 2006)

En este caso, se señala por parte del juez Ramírez ciertos alcances del control de convencionalidad concentrado (a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), situando el análisis de los casos al escrutinio de aspectos fácticos y jurídicos, siendo menester tanto en casos sencillos como en los complejos, realizar un examen para determinar si lo investigado posee bemoles en la apreciación del derecho, en la interpretación de normas o en la no aplicación de algún precepto de índole internacional.

Como se puede observar con meridiana claridad, ha sido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la encargada de desarrollar en sus inicios el instituto en estudio a partir de sus votos. Adicional a los esfuerzos jurisprudenciales por conceptualizar dicha figura, en nuestro medio Rubén Hernández Valle ha definido por control de convencionalidad “*en su primera faceta...la incorporación de los tratados en el parámetro de constitucionalidad para controlar la legitimidad de la legislación ordinaria*” (Hernández, R, 2017, p-196).

Ahora bien, debe acotarse que existen diversos modelos de interpretación de las normas internacionales, es decir, existen formas distintas de ejercer el control de convencionalidad. Al respecto, existe un *control de convencionalidad concentrado* que ha sido el incontrovertido y reconocido desde la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, el *control de convencionalidad difuso* es el que trae consigo un reciente reconocimiento jurisprudencial y además, implica problemas prácticos que serán posteriormente estudiados. Se torna entonces necesario definir cada uno de ellos, pues implican distintos sujetos a cargo de ejercer el control y diversos impactos.

2.1. Control de Convencionalidad Concentrado

Esta forma de ejercer el control de convencionalidad nace inmediatamente luego de crearse la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el Pacto de San José establece en su numeral 64 que le corresponde a esta cámara la interpretación de la Convención misma, así como de los tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en el orbe Americano. Asimismo se le faculta para resolver consultas sobre la compatibilidad del ordenamiento interno de cada país frente al bloque convencional. De igual manera dicha potestad nace de además de los ordinales 1.1, 2, 63, 67 y 68.1 de dicho pacto. (Convención

Americana de Derechos Humanos, 1969). Así, se puede válidamente afirmar que este control se generó por primera vez en el caso Velásquez Rodríguez Vrs. Honduras en el año 1988, el cual refiere a su primer pronunciamiento de fondo.

Empero, el control de convencionalidad concentrado no es más que la facultad que tiene *de iure* la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar la Convención que le da origen, pudiendo resolver consultas en tal sentido y aplicar sus disposiciones en los casos en que se les denuncie la conculcación de algún Derecho Humano por parte de un Estado. Lo anterior es reconocido por Miranda, H (2015), el cual al respecto indica:

se considera que la interpretación constitucional presenta una especificidad particular respecto a la interpretación de otro documento jurídico como una ley ordinaria o un reglamento. Tal especificidad aplica también para la interpretación que llevan a cabo los jueces interamericanos del texto de la Convención Americana, aunque los criterios de interpretación de ambas jurisdicciones no necesariamente son los mismos (p-114 y 115)

Nótese entonces que se trata de una competencia propia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el mismo sentido, el juez Ferrer Mac-Gregor señaló que

el “control concentrado de convencionalidad”, lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, al someter a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este “control concentrado” lo realizaba fundamentalmente, la Corte IDH (Caso Cabrera García y Montiel Flores Vrs. México, 2010)

En suma, el control concentrado de convencionalidad es un poder inexorable dotado por el Pacto de San José a la Corte que resuelve sus asuntos, de tal suerte que debe tenerse muy claro que este control no se puede ceder o delegar a ningún órgano, pues se concentra en el alto Tribunal que dirime las controversias que en materia de Derechos Humanos suceden en nuestro continente.

2.2. Control Difuso de Convencionalidad

Este modelo de interpretación de las normas internacionales ostenta importantes cuestionamientos jurídicos que en la actualidad no encuentran consenso ni en la jurisprudencia ni en la doctrina costarricense. Si se parte en un inicio de que el control concentrado de convencionalidad es propio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entonces ¿a quién le corresponde el ejercicio de un control difuso? Esta interrogante es vital para demostrar que en nuestro medio no existe consenso aún sobre su respuesta. Debe antes conceptualizarse la figura, siendo para ello necesario traer a colación lo dicho por el juez Ferrer Mac-Gregor, el cual en lo que interesa manifestó:

Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana” cuando no se logra la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno (Caso Cabrera García y Montiel Vrs México, 2010)

En este voto, el juez internacional categóricamente le arroga la interpretación última del Pacto de San José a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero admite que en una primera fase, el juez nacional debe ejercer una labor interpretativa de la Convención para respetar los principios y disposiciones que en ella se contemplan y así, evitar que los asuntos lleguen hasta la instancia internacional pudiendo ser resueltos desde cada nación.

Interesante es la posición esbozada por Garay, N, (2016), pues el mismo asevera que lo indicado arriba por parte del juez Ferrer Mac-Gregor rompe los esquemas establecidos en nuestra nación sobre el rol del juez ordinario, ya que a su criterio, con el voto en mención el juez ordinario se vería capacitado para ejercer una labor de interpretador difuso de las normas convencionales. Señala el autor lo siguiente:

es viable derivar como punto medular del control difuso de convencionalidad que alcanza a todos los jueces nacionales, así esta ampliación de los destinatarios de dicho control, lleva como principal consecuencia que, independientemente del control de constitucionalidad que impere en el Estado, es decir, concentrado o difuso, al aplicar el control de convencionalidad, el mismo debe ser aplicado por cada juez de la República,

así el mismo no pueda ejercer un control de constitucionalidad por desempeñarse en un sistema donde este sea concentrado (Garay, N, 2016, p-67 y 68).

Empero, no se comparte la posición del autor pues el voto del juez Ferrer Mac-Gregor si bien alude a la posibilidad de que todo juez nacional realice dicho control, lo cierto del caso es que se echan de menos los extremos del voto 1185-95 de la Sala Constitucional analizado ex ante en el cual se monopoliza por la cámara constitucional costarricense la interpretación de la Carta Magna.

Ahora bien, un tema trascendental para continuar la línea de pensamiento en lo relacionado con el control de convencionalidad difuso lo es la *supremacía de las normas*. Tradicionalmente Costa Rica ha venido utilizando el sistema trazado por Kelsen al representar por medio de una pirámide la jerarquía de las fuentes normativas. En nuestro país, la Constitución Política contempla en su numeral 7 que los Tratados y Convenios Internacionales tendrán autoridad por encima de las leyes, más no por encima de la Carta Fundamental. Por ende, situándose en dicha disposición, el primer cuerpo legal con autoridad suprema lo sería la Constitución Política, seguida por los Tratados y Convenios Internacionales. Luego se encuentra la ley y por debajo de ésta, los reglamentos, decretos *inter alia*. Sin embargo, esta concepción normativa de la jerarquía de las normas se ve seriamente afectada por las corrientes del derecho internacional, pues indistintamente de su posición en esa aclamada pirámide, cuando se trata de los Derechos Humanos cobra total relevancia.

Si bien la Constitución Política no admite dicha supremacía del derecho internacional sobre sus disposiciones, se debe recordar que la Sala Constitucional en el final de cuentas es la intérprete única de la Carta Fundamental. Dicho en otras palabras, se puede válidamente afirmar que *la Constitución Política dice lo que la Sala Constitucional dice que dice*; siendo esto un aforismo con frecuencia utilizado para explicar las funciones de la más excelsa cámara costarricense. Sin embargo, la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional ha venido a aperturar la entrada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro país con una vinculatoriedad que sobrepasa incluso las mismas facultades de dicho órgano.

El Tribunal Constitucional costarricense mediante su jurisprudencia ha reducido la aplicación de su numeral 7 a casos en donde no se discutan Derechos Humanos, pues en los

casos en donde sí se vea inmerso algún conflicto al respecto, cede ante el cuerpo jurídico internacional. Así se dijo por dicha cámara que

los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente 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 (Sala Constitucional, voto 2313, 1995)

De igual manera, dicho criterio lo ha sostenido en otras resoluciones como la número 3435-1992 o bien el voto 5759-1993. Incluso, la misma cámara amplió el radio de acción del *corpus iure* internacional en nuestro sistema jurídico al aceptar los instrumentos que aún no hayan sido aprobados por el filtro constitucional. Al respecto, se dijo por la Sala lo siguiente

En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convencionales, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo... sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no hayan sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país (Sala Constitucional, voto 9685-2000)

Empero, se desprende de lo anterior que esa fuente prístina de normas jurídicas que en su momento se consideraba inquebrantable (Carta Magna), en los últimos tiempos pierde fuerza jurídica ante el advenimiento del Derecho Internacional, siendo necesario recordar las palabras de Hernández, R (2017), el cual en lo conducente indicó: “...*Hoy día la Constitución ha dejado de ser, en el mejor de los casos, la cúspide normativa de tal pirámide para compartir ese status con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y, en algunos casos como el de Guatemala y excepcionalmente en los de Costa Rica y Venezuela, se ubica en el segundo escalón de la pirámide...*(p.32)”. Ergo, la tradicional concepción sobre la supremacía de las normas según Kelsen se ha visto seriamente afectada, por lo que las personas juzgadoras en el momento de examinan sus casos y voltean la mirada hacia la principal fuente de normas, encontrarán ya nuevos insumos por parte del orbe internacional en materia de Derechos Humanos.

En suma, se concluye que la soberanía costarricense no es más que una ficción jurídica, pues el derecho internacional ha venido a romper fronteras y a introducirse en cada ordenamiento jurídico de los países, esto con la finalidad de que las normas y las resoluciones de los Tribunales Internacionales tengan un efecto pragmático. De lo contrario, si se piensa en una soberanía absoluta impermeable de las influencias del derecho comunitario o internacional, en nada vendría a servir la inclusión en un Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En consecuencia, desde el momento en que Costa Rica y el resto de países de América decidieron conformar parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, indefectiblemente perdieron su soberanía, pues en ese instante extendieron las fronteras de lo jurídico y abrieron las puertas a nuevas corrientes. Ahora bien, la forma en que se pretende por parte de la Corte Interamericana que cada país racionalice sus votos y los aplique en casos en concreto, depende mucho de la naturaleza jurídica del sistema que cada nación haya adoptado, por lo que al ostentar nuestro país un sistema de interpretación concentrado de las normas constitucionales, se generan diversas disyuntivas al respecto.

3. Sustento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los votos: “Almonacid Arellano Vrs Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso Vrs Perú”

Corresponde ahora avocar el estudio a las resoluciones más importantes emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Control de Convencionalidad, pues a pesar de que se han emitido distintos votos atinentes al instituto de rigor, lo cierto del caso es que estos dos pronunciamientos definen alcances de vital importancia en la praxis de dicho control. Lo anterior cobra aún mayor importancia si se nota que la misma cámara internacional aún no logra definir con exclusión de cualquier duda, la intensidad del control de convencionalidad en sistemas como el nuestro, al generar en consecuencia inseguridad jurídica.

3.1.) Voto “Almonacid Arellano Vrs Chile”

La resolución en análisis fue dictada el veintiséis de septiembre del dos mil seis con ocasión a una demanda internacional presentada contra el Estado de Chile principalmente por no haber realizado una investigación que permitiera esclarecer la ejecución extrajudicial de quien en vida fue Luis Alfredo Almonacid Arellano. Sin ánimos de ahondar en los pormenores

del asunto por considerarlos fuera del objeto de esta investigación, la resolución en cita, aporta una esencial información sobre el reconocimiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la existencia de un Control de Convencionalidad y el carácter imperativo que tiene su aplicación en los países miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos. La resolución en lo que interesa indica lo siguiente:

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 (voto Almonacid Arellano y otros vrs Chile, 2006) (la negrita se suple del original)

Nótese como el voto en estudio reconoce categóricamente la existencia de este control de interpretación del *corpus iure* internacional y más importante aún, su obligatoria aplicación por parte de los Estados a través de sus jueces. Interesante es recalcar que en esta aproximación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quedan excluidos otros destinatarios del Control de Convencionalidad en la Administración Pública de un Estado, al hacer mención únicamente a las personas juzgadoras pues claro está, es en las personas juzgadoras en quienes recae por primera vez la aplicación o desaplicación de una norma interna frente a su eventual componente inconveniente en casos sujetos a la discusión vía judicial.

Por otro lado, se hace relevante destacar del voto que esta figura posee la virtud de ser imperativa en su aplicación, siendo que en esta oportunidad la cámara internacional no hace distinción entre uno u otro sistema de interpretación interno de las normas, sino que categóricamente exige a la judicatura el análisis de las normas que se aplican de cara al raigambre de normas internacionales con su correspondiente interpretación jurisprudencial por parte de la cámara dedicada a dicha labor (control concentrado de convencionalidad).

Arguye la Corte Interamericana en el voto de rigor que los efectos de las disposiciones de la Convención no se pueden ver mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, pues desde un inicio carecerían de efectos jurídicos. Este punto es muy interesante pues desde lo estudiado líneas arriba en nuestro país, únicamente la Sala Constitucional es capaz de producir con sus resoluciones un efecto *erga omnes*, siendo los pronunciamientos jurisdiccionales comunes generadores de un efecto *inter partes*. Amén de lo anterior, la Corte Interamericana pretende que al ser reconocida una norma inconvencional por parte de un juez común, se podría extender ese carácter que sólo posee la Sala Constitucional, toda vez que de forma enfática señala que esas normas contrarias al bloque convencional carecerían de efectos jurídicos desde un inicio, al trasladar así una potestad de gran peso en la actividad jurisdiccional ordinaria.

A mayor abundamiento, el citado voto también esboza que esa labor jurisdiccional por acatar el bloque normativo y jurisprudencial de carácter internacional nace con ocasión de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, se señaló lo siguiente:

En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “***según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno***”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (voto Almonacid Arellano y otros vrs Chile, 2006) (la negrita y la cursiva se suplen del original)

En virtud de lo expuesto se concluye que la labor que se realiza mediante el Control de Convencionalidad no solo debe ser una obligación de los aplicadores del Derecho, sino que además proviene de un acto de buena fe derivado de la Convención de Viena de 1969, de tal suerte que el invocar una norma interna no justifica la inaplicación del derecho internacional, lo cual genera un grave problema cuando en nuestro medio contamos con una Sala destinada a la protección de los derechos constitucionales de las personas, concretamente cuando esta excelsa cámara otorga su venia para la aplicación de alguna norma que desde algún punto de vista pueda refutarse como inconvencional. Problemas como el señalado son los que no encuentran una solución pacífica en nuestro país por la disparidad de criterios que existen al respecto.

Como se puede observar entonces el caso Almonacid Arellano vrs Chile aportó grandes insumos para el desarrollo de esta figura, sin embargo *naturalmente* al ser el primer pronunciamiento que se aventuraba de una forma tajante en reconocer el instituto, sus alcances aún no eran claros, al generar en consecuencia muchas dudas que debían ser aclaradas otrora. Para tales efectos se torna indispensable analizar otro de los votos según se detalla seguidamente.

3.2.) Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia nuevamente sobre el Control de Convencionalidad, al aportar nuevos insumos que de alguna forma pretenden resolver muchas de las incógnitas generadas a partir del caso Almonacid Arellano vrs Chile. El voto data del veinticuatro de noviembre del dos mil seis, siendo que en lo que interesa indica:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. ***En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*** (voto Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú, 2006) (la negrita y la cursiva se suplen del original)

En esta resolución el Tribunal Interamericano clarifica de alguna manera el panorama dubitativo que generó el caso Almonacid Arellano vrs Chile, pues si bien reconoce que el Poder Judicial está llamado a ejercer ese Control de Convencionalidad, también admite que el mismo dependerá de la estructura jurídica interna de cada país en el tema de las competencias que le corresponde a cada juzgador.

Así pues, el “Control de Convencionalidad Difuso” va a depender en gran medida del modelo de interpretación de las normas que tenga cada nación parte del Pacto de San José. Sin embargo, pese a que el voto con meridiana claridad limita el ejercicio del Control de Convencionalidad al marco de las competencias de cada país, no han hecho falta las críticas a dicho texto y en consecuencia, la interpretación que descarta cualquier tipo de disminución de

fuerza jurídica al instituto en estudio como se expondrá más adelante. Por otro lado, respecto a la misma resolución, el Juez Sergio García Ramírez emitió un voto razonado, en el cual aporta datos relevantes al indicar que

Si existe esa conexión clara y rotunda --o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones--, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea --que he reiterado-- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional (voto Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú, 2006).

Se desprende del texto transcrito que el primer llamado a la protección inmediata de los derechos humanos es el ámbito interno de cada país, pues las autoridades nacionales son las primeras en tener la facultad de decidir sobre la aplicación de una norma que pueda contrariar el bloque internacional o bien, determinar la desaplicación de la misma en atención al *corpus iure* convencional. Sin embargo, esa tarea que aclama del voto de cita no se logra realizar con facilidad por parte de los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues aunque la Convención de Viena impone esa labor de buena fe, lo cierto del caso es que aún existen vacíos relacionados con las competencias de las personas juzgadoras para atribuirse una facultad tan importante y a su vez tan polémica, como lo sería resolver contrario a la ley por alzar el estandarte de los Derechos Humanos, concretamente en situaciones donde el panorama jurídico no es del todo claro.

El texto citado es categórico cuando asevera que la conexión de los casos es clara, rotunda o inteligible siendo ahí donde el Control de Convencionalidad debe ser aplicado de forma interna pues la *batalla* por el respeto de estos derechos se gana desde adentro. No obstante, esa ponderación de *conexión de casos*, a la postre puede generar situaciones de inseguridad jurídica, pues uno de los problemas en el ejercicio del Control de Convencionalidad, consiste en la superflua formación académica de los aplicadores del

derecho en materia de Derecho Constitucional o Derechos Humanos, al aperturar así la posibilidad de que los análisis de ponderación (*test de convencionalidad*) no sean los más oportunos, máxime cuando incluso se ha podido constatar en la historia costarricense que incluso la misma Sala Constitucional en ciertas ocasiones ha errado en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los casos internos, verbigracia el tema de la fecundación in vitro o la condena recibida por el no aseguramiento de una doble instancia en el caso de Mauricio Ulloa. Continúa por su parte el voto de interés indicando:

Este “control de convencionalidad”, *de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener --como ha sucedido en algunos países-- carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales* cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos (voto Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú, 2006) (la negrita y la cursiva se suplen del original).

Finalmente como insumo de interés, extraído del voto en análisis, se encuentra el texto arriba señalado, en donde se reconoce que los buenos resultados del Control de Convencionalidad dependen de la capacidad de difusión que tengan en los países cuando estos tienen un régimen de garantías difuso, lo cual a todas luces no es el caso de Costa Rica. Este tema es meritorio de reflexión académica, pues actualmente se vive como consecuencia de la interacción que se aludía anteriormente entre el derecho internacional y el derecho interno, una corriente de pensamiento que aboga por la aplicación de un Control de Convencionalidad Difuso recaído en cada juez ordinario, al romper con ello no solamente los linderos de la estructura jurídica interna en materia de interpretación de las normas, sino que además, al permitir el paso a valoraciones jurisdiccionales no siempre atinadas al bloque internacional.

4. Disparidad de criterios sobre la aplicación del control difuso de convencionalidad

Examinados los principales pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde se aporta información relevante para la comprensión y aplicación del Control de Convencionalidad, ahora conviene realizar un análisis de la *disparidad de criterios* que en nuestro medio existe en lo conducente al contenido pragmático del test de convencionalidad. Así pues, valga aclarar que se trata de alguna doctrina recopilada en los

últimos años con relación del tema en estudio pero que poderosamente llama la atención por existir posiciones encontradas.

Es menester iniciar el estudio con relación en quienes propugnan que en Costa Rica se cuenta con posibilidades de aplicar el Control de Convencionalidad Difuso por parte del juez común. Para tales efectos, Mora, J (2015) señala lo siguiente:

No se comparte la posición vertida por Ferrer, en el tanto se considera que el control de convencionalidad es diferente y supera al control de constitucionalidad pues equipararlos no significa más que el vaciamiento del concepto de control de convencionalidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido, dado que lo “difuso” del control, bajo esta perspectiva, sería únicamente la atribución, “concentrada”, del mismo a los Tribunales Constitucionales, manteniendo la Corte Interamericana el control concentrado, como intérprete última de la Convención, estableciéndose así un limitado margen para el juez ordinario, quien solamente podría realizar una interpretación conforme de la norma, aunque en esta labor goce de amplias facultades creativas (p-131).

La reacción antes expuesta deviene de lo esbozado por el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, el cual en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vrs México* acotó que

Así, el “control difuso de convencionalidad” si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, *tiene diferentes grados de intensidad y realización*, de conformidad con “*el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”. En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una “interpretación” de la norma nacional a la luz de la Convención Americana... así como de la jurisprudencia de la Corte IDH... en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales... En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el “control de convencionalidad” debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconventionalidad, *de conformidad con*

las respectivas competencias de cada juez nacional (Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vrs México*, año 2010).

Como se puede observar con antelación, el voto esgrimido partiendo del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú* en el que se supedita el ejercicio del Control de Convencionalidad Difuso al marco de las competencias nacionales, establece aun de forma más incisiva que no es posible una aplicación *deliberada* del test de convencionalidad, sino que en yuxtaposición la persona juzgadora deberá realizar una interpretación conforme y de no ser posible ésta, deberá proceder conforme con sus competencias. No obstante, Mora, J (2015) no comparte dicha posición de tal suerte que sugiere la aplicación del control de convencionalidad ignorando el aclamado test de constitucionalidad, por considerarlo diferente en su naturaleza y efectos.

Afirma el autor que esa primera interpretación que deba realizar la persona que administra justicia es una función creativa, lo cual se comparte pues ahondar en tema de interpretación en no pocas ocasiones permite la conculcación del principio de reserva de ley. Sin embargo, propone el autor que la aplicación del Control de Convencionalidad está destinado a los jueces comunes sin importar el modelo de interpretación nacional de las normas, precisamente por su condición de *difuso* y además por ser de otra naturaleza al control de constitucionalidad.

Otro de los autores que en nuestro medio se ha manifestado al respecto ha sido Garay, N (2016), el cual también sostiene una posición como la propuesta por parte de Mora, J (2015), pues ha señalado en relación con la posibilidad de desaplicar la norma interna cuando haya fracasado la interpretación conforme con el bloque convencional, lo siguiente:

Respecto de la segunda posibilidad, tal y como lo ha expuesto en su jurisprudencia, la Corte IDH no ha hecho distinción alguna con relación en los jueces que deben desaplicar las normas inconvenionales, sino que ha estimado que los destinatarios del control de convencionalidad, dentro del funcionamiento del Poder Judicial, son los jueces. Debe estimarse que si bien la jurisdicción internacional es complementaria a la nacional... la interpretación de la Sala Constitucional no se puede regir bajo ese principio de complementariedad, sino que en una correcta lectura desde el monismo...

lo correcto es aplicar los insumos del derecho internacional sin restricciones, en estricto respeto del principio *pro homine*, así, la aplicación del control de convencionalidad no debe verse restringida con fundamento en el derecho interno, extremo incluso avalado en los sistemas de interpretación y cumplimiento del derecho internacional al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (p-100 y 101).

Esta vez el autor trayendo a colación la doctrina del monismo en relación con la jerarquía de las leyes así como la Convención de Viena y la lectura exegética de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se avoca por defender la posición que permite el ejercicio del Control de Convencionalidad por cualquier juez común. Arguye el autor que no se ha hecho diferencia alguna entre un juez y otro en materia de competencias, por lo que válidamente se puede concluir que esa potestad es compartida. Lo anterior permitiría entonces la desaplicación de una norma por parte de una persona juzgadora sin la necesidad de formular una consulta de constitucionalidad, pues se ha transformado en un *Juez internacional* con potestades de interpretación difusa de normas y con facultades equitativas o incluso en ciertos casos, superiores a las del *Juez Constitucional*.

Ahora bien, se torna imprescindible hacer mención de la doctrina que formula una propuesta antagónica a la arriba señalada, en donde se procura el respeto por el Control de Constitucionalidad y en donde las facultades del juez común son de vigilancia y en donde ante el fracaso de la interpretación acorde con el *corpus iure* internacional, debe realizar necesariamente la consulta ante la Sala Constitucional.

Empero, se debe citar bajo esta corriente el pensamiento del autor Orozco, V (2017), el cual en lo que interesa ha manifestado:

...en el marco del sistema concentrado de control de constitucionalidad, únicamente la Sala Constitucional puede inaplicar una norma con rango de ley por razones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad. No olvidemos que si bien la Corte IDH ha señalado que los jueces ordinarios deben efectuar de oficio un control de convencionalidad de todas las normas del ordenamiento jurídico, dicho control debe ser realizado **en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones**

procesales correspondientes, con lo cual si los jueces ordinarios tienen dudas fundadas acerca de la inconstitucionalidad, o de la inconvencionalidad, de la norma que ha de aplicarse para resolver un caso concreto, tienen la obligación de plantear la consulta judicial de constitucionalidad, para que sea la Sala quien dirima el problema, en los términos en que está regulado por el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (p-243).

Al respecto, el autor señala motivos muy específicos para amalgamar su posición sobre el tema, al acotar la vinculación del sistema concentrado de interpretación de las normas a cargo de la Sala Constitucional, y trayendo a colación esa polémica frase extraída de la misma jurisprudencia internacional referente a que el control debe ser *realizado en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*, siendo que descarta la facultad del juez común por desaplicar una norma, incluso al señalar como irregular la resolución 1758-2014 del Tribunal de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en la cual se desaplicó el numeral 11 de la Ley 8204, que invoca el Control de Convencionalidad sin realizar alguna consulta judicial previa.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, se debe citar necesariamente al autor Miranda, H (2017), el cual sostiene una visión similar a la expuesta arriba. El autor ha indicado lo siguiente:

Por otra parte, en aquellos supuestos donde exista un conflicto entre la norma nacional y el parámetro de convencionalidad el juez nacional debe realizar una interpretación convencionalmente conforme. En aquellos supuestos donde el conflicto normativo no pueda ser solucionado vía interpretativa, el juez ordinario tiene la posibilidad de plantear una consulta judicial ante la Sala Constitucional de conformidad con el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional la cual se configura en la praxis como una “consulta judicial de convencionalidad” (p-156 y 157).

Como se puede observar supra, el autor desacredita la posibilidad de desaplicar la norma de cara a algún contenido inconvencional, siendo que además, ataca la resolución 1758-2014 emitida por parte del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, bajo la misma línea que Orozo, V (2017), pues se procedió de forma

inadecuada al inobservar las competencias de la Sala Constitucional en relación con la interpretación concentrada de las normas constitucionales y convencionales.

Asimismo, el autor reconoce que sobre el tema existe discrepancia de criterios, pues alude a que “En nuestro ordenamiento jurídico existe un debate en relación a si el juez ordinario en aplicación del control de convencionalidad puede desaplicar una norma nacional por ser inconvencional en la resolución de un caso en concreto sometido a su conocimiento, existiendo sobre el tema posiciones encontradas” (Miranda, H, 2017, p-157). Ergo, es notable como existe entonces una disparidad de criterios sobre la figura en estudio, situación que se mantiene vigente, generándose así gran inseguridad jurídica pues avocarse a una u otra posición trae consecuencias procesales distintas.

A mayor abundamiento, es imposible dejar de lado los aportes del maestro Hernández, R, (2017), el cual para clarificar el tema en cuestión, ha indicado que “*El control de convencionalidad en sede nacional debe ser ejercido, en principio, por todos los órganos jurisdiccionales. Como es sabido, cada país tiene su propio modelo*” (p-198). Por otro lado, adentrándose en la valoración de los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, expone lo siguiente:

De la interpretación armónica de ambas normas se deduce que la Sala Constitucional en Costa Rica ejerce simultáneamente un control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre la legislación interna por mandato expreso de la ley. Asimismo, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución, la Sala ejerce el control de convencionalidad por medio de los procesos de amparo, dado que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, vigentes en la República, forman parte del parámetro de legitimidad del recurso de amparo (Hernández, R, 2017, p-199).

Al tenor del texto citado- se sugiere por el autor - que ese aclamado Control Difuso de Convencionalidad en Costa Rica debe ser ejercido de una forma bipartita, en donde la persona juzgadora fiscalice en sus casos la posible existencia de una norma inconvencional y al contar con alguna presunción razonable o aún certeza de esa contradicción con el ordenamiento jurídico internacional, deba poner el tema en la palestra de la Sala Constitucional para que en

definitiva, por ser un sistema concentrado de interpretación de normas, bajo el monopolio del Tribunal Constitucional, se declara la norma como contraria a los Derechos Humanos con sus respectivos efectos *erga omnes*. Interesante es resaltar que el autor sugiere que el remedio para resolver el conflicto de normas consiste en el recurso de *amparo de convencionalidad* cuando en otros panoramas lo procedente es la consulta judicial.

Por otro lado, se cuenta con Jinesta, E (2015), el cual ha expuesto su posición en relación con tema en una obra venezolana que reúne varios juristas (Allan R. Brewer-Carías, Víctor Hernández Mendible, Jaime Orlando Santofimio Gamboa y el autor en cita), sin embargo, al ser el autor costarricense y además actual Presidente de la Sala Constitucional de nuestro país, se estima necesario analizar su postura al respecto. Se ha indicado por el Dr. Ernesto Jinesta lo siguiente:

Algunas legislaciones nacionales, en materia procesal constitucional, admiten que los jueces ordinarios puedan plantear una consulta de constitucionalidad cuando, en un asunto concreto que debe conocer y resolver, tengan dudas fundadas de constitucionalidad sobre la norma o acto que deben aplicar. Este es un mecanismo propio de algunos modelos de control de constitucionalidad concentrado, dado que, el juez ordinario no puede anular las normas o actos sujetos al Derecho Público o enjuiciar su constitucionalidad, ***debiendo plantear la duda fundada de constitucionalidad al órgano encargado del control de constitucionalidad*** (Jinesta, E, 2015, p-126) (la negrita y la cursiva se suplen).

En este primer extracto se reconoce por el autor la imposibilidad de los jueces comunes por ejercer deliberadamente el Control de Convencionalidad Difuso que se pretende por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, de manera que advierte como solución el deber del administrador de justicia por plantear la consulta de constitucionalidad en un país como el nuestro que se cuenta con un modelo de control concentrado. Sin embargo, la postura del autor se torna distinta a las que se han venido señalando líneas arriba, pues si bien coincide en cuanto al planeamiento de la consulta, sugiere la desaplicación de la norma, lo cual no se preveía como posible según los demás autores que siguen una línea de pensamiento similar. Así, el autor señala que:

Este mecanismo, permite obviar los efectos poco intensos del control de convencionalidad ejercido por los jueces ordinarios *–que lo que podrían es desaplicar para el caso concreto con efectos jurídicos relativos o inter partes- la norma contraria al parámetro de convencionalidad, al plantear el tema ante el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad para que destierre, definitivamente, y con efectos generales, la norma o acto local del ordenamiento jurídico.* En estos casos, el juez ordinario o de legalidad debe tener un conocimiento vasto del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y, en particular, del bloque de convencionalidad para plantear la consulta, independientemente, de que el Tribunal o Sala Constitucional ejerza, de oficio, el control de convencionalidad (Jinesta, E, 2015, p-126) (la negrita, la cursiva y el subrayado se suplen del original).

Nótese como entonces la solución que plantea el jurista vendría a ser la desaplicación de la norma con la consecuente consulta ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Hasta el momento entonces se tendrían tres posturas sobre cómo solucionar el problema. Una primera que aboga por la interpretación conforme con el bloque internacional, y ante su fracaso, se debe desaplicar la norma sin mayor consulta por ser el juez común, juez internacional. Otra segunda postura que advierte la necesidad de la interpretación conforme con el bloque convencional, y de ser imposible dicha tarea, el necesario planteamiento de la consulta judicial sin poder desaplicar la norma. Y finalmente, un tercer planteamiento señalado por el Dr. Jinesta Lobo, el cual refiere a que de no ser posible la interpretación, se deberá desaplicar la norma formulando consigo la consulta judicial ante la Sala Constitucional.

5.- Posición de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Un aspecto de interés que debe ser abordado en el estudio del Control de Convencionalidad en Costa Rica reside concretamente en la posición que ha venido sosteniendo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al respecto, toda vez que por medio de sus votos se vislumbra el criterio de los jueces constitucionales sobre la discusión propuesta en este trabajo. Como ya se había adelantado al inicio de esta investigación, el Tribunal Constitucional mediante el voto 1185-95 se arroga el juicio de ponderación sobre la constitucionalidad de las normas internas, al prohibir por ende a los

jueces comunes realizar un control del ordenamiento jurídico y desaplicar con ello una norma que se considere transgresora de las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Ahora bien, es menester entrar a conocer la posición de esta cámara en relación con el Control de Convencionalidad Difuso que debe ser aplicado en cada país según las resoluciones invocadas ex ante por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un primer avance en la jurisprudencia constitucional fue el voto 2313-1995 en donde se reconoció por dicha Sala que los instrumentos de Derechos Humanos pueden primar por sobre la Constitución Política en el tanto otorguen mayores derechos o garantías a las personas. Esta resolución es cuna de los ulteriores posicionamientos doctrinales que abogan por el ejercicio del Control Difuso de Convencionalidad en manos de los juzgadores comunes, pues claro está, a su criterio la misma Sala delegó el poder cuando se trata de temas relacionados con los Derechos Humanos. A mayor abundamiento, la misma cámara indicó lo siguiente:

...el juez interno debe ejercer lo que se ha denominado un “control de convencionalidad”, adoptando como parámetro no solamente la Convención Americana de Derechos Humanos, sino la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de sus preceptos. La tesis de la vinculatoriedad jurídica de los efectos interpretativos de las sentencias de la CIDH parte de un razonamiento lógico jurídico en el sentido de que al ser la CIDH el supremo intérprete, o el intérprete último de la CADH, esa interpretación vincula a los jueces de los Estados partes, pues, de lo contrario, se harían nugatorias las competencias que la CADH otorga, de forma exclusiva y excluyente, a la CIDH y, por consiguiente, los Estados estarían incurriendo en responsabilidad internacional al no observar las obligaciones que se derivan de ese tratado (Sala Constitucional, voto 6794, 2013)

Si bien en el citado voto la Sala Constitucional reconoce la existencia de un Control de Convencionalidad que debe ser ejercido por los administradores de justicia, echa de menos algunos bemoles que existen en esa labor y que es precisamente lo que genera controversia. Dicho de otra manera, cuando el juez analiza un caso y realiza un ejercicio intelectual para adecuar alguna norma jurídica a la plataforma fáctica, se puede encontrar con varios panoramas: el primero de ellos es verificar la conformidad de la norma interna con el *corpus iure* internacional y su jurisprudencia, el segundo es que al margen de dicha adecuación

normativa, el juzgador divise algún roce que le genere duda sobre la convencionalidad de la norma, y el tercer panorama radica cuando en esa misma actividad, el juez está seguro de la in-convencionalidad de la norma. En estos últimos dos casos es donde se plantea el problema jurídico que ha sido objeto de discusión académica en Estados como el nuestro por la existencia de un sistema concentrado de interpretación de las normas jurídicas a cargo de un solo órgano.

En consecuencia, si bien la Sala Constitucional en el voto antes señalado impone el deber de los juzgadores por aplicar el Control de Convencionalidad, lo cierto del caso es que no dirime esos *bemoles*, por lo que aun cuando es importante el acercamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional al reconocimiento de la figura en estudio, lo cierto del caso es que tampoco se brindaron herramientas que le permitieran a las personas juzgadoras conocer el camino correcto en la aplicación de este nuevo control.

No obstante, a pesar de las insuficiencias de esta resolución, la Sala Constitucional por medio del voto 16141-2013 culminó aclarando la controversia, siendo que en lo que interesa manifestó:

En este sentido, **la autoridad para conocer de las infracciones a las normas constitucionales, como las convencionales de derechos humanos, debe ser ejercida por la jurisdicción constitucional, porque se complementan unas y otras, naturalmente se atraen** (doctrina que se evidencia en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-1185). En estos casos, los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, transmutan para dar cabida al control de convencionalidad cuando la norma de derecho nacional se opone al corpus iuris interamericano u otros compromisos internacionales de derechos fundamentales (Sala Constitucional, voto 16141, 2013)(la negrita y el subrayado se suplen).

Se desprende de lo expuesto por el Tribunal Constitucional de nuestro país, que no sólo se arrogó el conocimiento de la constitucionalidad de las normas sino de la convencionalidad del ordenamiento jurídico, siendo que además, sugiere que el medio por el cual el juez en caso de dudas concorra ante la Sala Constitucional, sería la *consulta judicial* (artículos 102 y

siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). A mayor abundamiento, el citado voto indica lo siguiente:

En este sentido, la necesidad de contar con pronunciamientos judiciales congruentes y uniformes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y la de darle contenido a los pronunciamientos dictados por el intérprete principal de la Convención Americana, es que esta Sala decide resolver de esta manera... Así, **el juez estará legitimado para consultarle a la Sala cuando tuviere dudas fundadas sobre la convencionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento**. En consecuencia, si la controversia proviene de una disposición de un tratado internacional, de las leyes o reglamentos y éstos deben ser aplicados por el juzgador, si se determina de oficio alguna controversia, le corresponde elevar la consulta y resolverlas la Sala Constitucional. (Sala Constitucional, voto 16141, 2013)(La negrita y el subrayado se suplen).

Acota la citada Sala que el juez tiene plena legitimación procesal para utilizar la consulta judicial como método para dirimir cualquier *duda* (y certeza de in-convencionalidad según el voto 1185-95 de la misma cámara), de manera que ante la imperiosa necesidad de unificar criterios sobre un tema de discusión, la Sala Constitucional monopoliza el Control de Convencionalidad. En relación con la labor de los jueces comunes, el citado voto continúa indicando:

El juez debe hacer control de convencionalidad indirecto y abstracto, en el sentido de que, mediante un ejercicio intelectual, compara el texto de las normas de orden doméstico frente al internacional, sean disposiciones legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter, para determinar si existen incongruencias relevantes. (Sala Constitucional, voto 16141, 2013) (La negrita y el subrayado se suplen).

En suma, se logra concluir que el Control Difuso de Convencionalidad en sistemas como el nuestro es compartido. Por un lado lo realiza *prima facie* el juez común que es el primero en tener contacto con bases fácticas que generen los roces convencionales, y al cual le compete un control difuso de convencionalidad *indirecto*, pues se encargará de ser un vehemente centinela de la conformidad de las normas domésticas con el bloque convencional;

habida cuenta que cuando exista alguna in-convencionalidad, debe acudir ante la Sala Constitucional que es por antonomasia, la aplicadora *directa* del Control Difuso de Convencionalidad pues ostenta amplias facultades.

6.- Posición de la Jurisprudencia Penal costarricense

Además de la imperiosa necesidad de analizar las resoluciones de la Sala Constitucional, no es menos importante examinar las resoluciones dictadas por los Tribunales de menor rango que conocen recursos de apelación o bien, casación de la sentencia penal (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Así, se cuenta en Costa Rica con algunos antecedentes en materia penal que ponen de manifiesto las intenciones de las personas juzgadoras comunes por aplicar el Control de Convencionalidad y a su vez, la disparidad de criterios que existe en la misma jurisprudencia al respecto.

Valga señalar entonces que el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José en dos votos (377-2017 y 00009-2017) dio curso a una impugnación sin tomarle importancia al principio doble conforme en materia penal juvenil, siendo que la jueza Hellena Ulloa Ramírez mediante votos salvados en las dos resoluciones, se avocó al estudio del Control de Convencionalidad al indicar que si bien a criterio de la mayoría la figura no se contemplaba para el caso en concreto, se debía realizar un análisis armonioso del ordenamiento interno con el internacional, y de acuerdo con dicho análisis concluye la juzgadora que es aplicable el principio doble conforme, siendo improcedente el recurso planteado.

De igual manera, en un voto salvado por el juez Geovanny Mena Artavia (N°413-2017) del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, se indicó lo siguiente:

En nuestro sistema jurídico ese control es concentrado y no difuso; corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional. Así, si creemos que se dio una violación de esa naturaleza, lo que corresponde es hacer la consulta respectiva. Algunos tribunales han interpretado ciertos votos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un sentido que les ha permitido ejercer poderes que de otra forma no tendrían. Ahí radica el problema: el instituto se puede haber utilizado simplemente para asumir mayores poderes que los que efectivamente otorga la ley. Los jueces debemos ser celosos

vigilantes de nuestras propias limitaciones legales, resistiendo la tentación de ejercer poderes que no nos competen, aun cuando creamos hacerlo con las mejores intenciones, ya que no faltará quien aproveche la puerta abierta para procurar fines menos nobles. De ahí que me aparte del criterio de mayoría en este particular.” (Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, voto salvado 413, 2017)

En esta oportunidad el juzgador aun en discrepancia con los criterios de la mayoría, salva el voto y acota sobre la imposibilidad de desaplicar una norma, siendo lo pertinente la formulación de una consulta judicial. Como aporte de este caso en concreto, llama poderosamente la atención que en la actualidad los jueces comunes han tomado acciones en relación al Control de Convencionalidad, e invocar el estandarte de los derechos humanos y de la *valentía jurisdiccional*, han desaplicado normas penales en algunos casos, sin formular la consulta judicial de convencionalidad ante la cámara Constitucional, situación que como se demuestra ha generado la redacción de votos salvados.

Otro de los casos jurisprudenciales esta vez en el seno de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se da en el voto 330-2016 en donde la magistrada Doris Arias Madrigal salva el voto pues estima que la mayoría echa de menos los derechos que le asisten a una persona procesada pero perteneciente a un grupo con una cosmovisión distinta como lo es un pueblo indígena. En el caso, se admitió un procedimiento especial abreviado sin contar el juez en las distintas etapas esa condición especial de la parte endilgada, lo cual a criterio de la magistrada Arias Madrigal vendría a constituir una inobservancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ante esta comunidad en vulnerabilidad social. Se dijo al respecto lo siguiente:

Luego de analizar la presente causa, la suscrita arriba a la conclusión de que la inobservancia del Control Convencional por el Juez, da lugar a aceptar el procedimiento de revisión de sentencia. En ese sentido, debemos partir de lo que establece el principio *iura novit curia*, es decir, que el Juez tiene conocimiento del ordenamiento jurídico, por lo tanto de la normativa interna así como de los instrumentos internacionales. Según la lectura de los autos, se tiene que la presente causa derivó en el dictado de un fallo condenatorio, bajo la aplicación del procedimiento abreviado ... conforme la aceptación expresa de los hechos, por parte de

los coencartados ... Sin embargo, en el *subjúdice*, se evidencian dos graves infracciones al principio de Legalidad y el control de convencionalidad cometidas por las personas juzgadoras del Juzgado Penal de la Unión y del Tribunal Penal de Juicio de Cartago, ambas situaciones advertidas por la aquí recurrente en su demanda revisoria. Estos consisten en el incumplimiento del deber de resolver e interpretar sistemáticamente todo el ordenamiento jurídico, especialmente el de garantizar los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, consagrados en los instrumentos internacionales. En efecto, tal y como señala la revisionista, en su declaración indagatoria manifestó ser indígena bribri por lo que a todas luces resultaba indispensable la aplicación del Derecho convencional, concretamente se requería acudir a un peritazgo sociocultural, a fin de respetar sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y modo de vivir, lo cual no se hizo en el caso en particular. Conforme se indicó previamente, al juzgar a personas pertenecientes a poblaciones vulnerables, la persona juzgadora debe integrar los casos conforme la legislación nacional e internacional. Ello es un compromiso del operador jurídico a fin de evitar el quebranto del principio de igualdad y no discriminación (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 330, 2016).

Se desprende del texto transcrito que el tema en disputa ya no lo es la desaplicación de una norma, sino la inaplicación de una norma convencional. Al recordar lo antes indicado, el Control Difuso de Convencionalidad puede generar varios impactos, en concreto dos: el deber de aplicar una norma internacional en complemento de una interna, y el deber de desaplicar una doméstica por contrariar una internacional. En este caso en específico lo que se echa de menos por parte de la magistrada ha sido la aplicación de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual es del todo factible por parte de cualquier juez común, pues incluso le recrimina dicha inobservancia a Juez Penal de la Unión y al Tribunal de Juicio de Cartago. Distinto sería el caso de la desaplicación de la norma nacional, supuesto que requeriría mayores elementos.

Esta misma cámara en el voto 1082-2013 reconoció de forma genérica la obligación de las autoridades jurisdiccionales por realizar este control de convencionalidad, pues refiere que *“Costa Rica ha ratificado la CADH y ha reconocido la competencia de la Corte IDH, en el caso del Poder Judicial los Tribunales de Justicia están llamados no solo a aplicar la*

normativa interna, sino también a ejercer ese control de convencionalidad garantizando que en sus disposiciones se respeten las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1082, 2013).

Un caso de alguna forma polémico pues ha sido objeto de críticas académicas, ha sido el derivado del voto 1758-2014 del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, pues en él se desaplica sin una consulta judicial previa el numeral 11 de la Ley 8204 el cual impone la utilización excepcional del colaborador confidencial, cuya declaración deberá ser traída al debate por el Tribunal de Juicio en casos de duda sobre las diligencias. El voto en lo que interesa indica:

Así las cosas mientras en la norma del sistema regional, el imperativo que se crea es tener la opción de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y a solicitar la prueba que estime pertinente, en la norma del sistema universal, a que se comprometió nuestro país, la obligación del Estado es facilitarle al encartado la posibilidad de interrogar cualquier testigo de cargo como, sin duda alguna, lo es el agente encubierto o el colaborador policial. Estas disposiciones de convenios internacionales deben aplicarse, en forma directa, en nuestro país, sin necesidad de ulterior trámite, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos... De lo expuesto se concluye, entonces, que aunque no exista petición de la defensa para que se haga llegar al debate al colaborador policial, el ente fiscal, en resguardo del principio de objetividad... debe ofrecer su deposición si su caso se sustenta en ese elemento probatorio, como único de cargo, pues, de no hacerlo, estaría contribuyendo a lesionar el derecho de defensa si pretendiera que, el dicho de esa persona se introduzca, ya fuera por vía de actas o por la deposición de terceros, tal y como sucediera en este supuesto (Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 1758, 2014).

Nótese del texto transcrito que el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal desaplica lo contenido en el numeral 11 de la Ley 8204 sin plantear la consulta judicial, procediendo de una forma distinta a lo ordenado por la Sala Constitucional en el voto 16141-2013 ya analizado líneas arriba. Sin duda alguna, este repaso lacónico de la jurisprudencia penal costarricense arroja datos alarmantes acerca de las diversas formas en que se está

aplicando el Control de Convencionalidad en los casos penales, pues además de la reacción jurisdiccional por medio de votos salvados, se observan resoluciones con criterios distintos en la forma de aplicar ese instituto, generándose así inseguridad jurídica.

7.- La “Consulta Judicial de Constitucionalidad” como mecanismo procesal para el “Test de Convencionalidad”

Una de las soluciones otorgadas por un sector de la doctrina nacional e internacional que apoya el ejercicio del Control de Convencionalidad Difuso en sistemas concentrados de interpretación de las normas como el costarricense, es precisamente la utilización de una Consulta Judicial de Constitucionalidad; misma que no se encuentra libre de críticas según se verá más adelante. Conviene entonces ahondar en su naturaleza jurídica, pues su estructura permitirá determinar si es un recurso idóneo para el ejercicio jurisdiccional del Control de Convencionalidad.

Esta figura nace como una reacción de países como Italia y Alemania en los finales de la década de los años cuarenta ante el modelo clásico de control difuso anglosajón y ante el modelo clásico kelseniano que en su oportunidad solamente reconocía la acción de inconstitucionalidad como mecanismo procesal (Hernández, R, 2009, p- 671). Así pues, en sistemas concentrados, la consulta judicial resulta ser un mecanismo *a posteriori* para la fiscalización de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico; con la virtud de que este control recae por antonomasia en las manos de las personas juzgadoras. Esta legitimación procesal de los jueces para plantear la consulta reviste una significativa importancia, pues el resto de mecanismos procesales de control constitucional tienen destinatarios distintos a la figura del juzgador. Empero, al ser casualmente la persona que administra justicia la llamada a ejercer el Control de Convencionalidad, resulta claro que se le delegue a esta figura el ejercicio jurisdiccional del “Test de Convencionalidad”.

Ahora bien, conviene aclarar que el Control de Convencionalidad puede ser ejercido por cualquier funcionario de la Administración Pública como ya se aclaró en su oportunidad por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por consiguiente, cualquiera de los mecanismos procesal-constitucionales sirven de base para el ejercicio de este test. No obstante, en lo que interesa al derecho penal, siendo ésta la rama del Derecho con mayor alcance por lesionar los más apreciados derechos y libertades de las personas, es

inevitable pensar en la labor de quienes administran justicia. Por ello, el papel del juez común es de gran envergadura, pues como se indicó líneas arriba, funge como un centinela de la convencionalidad del ordenamiento jurídico.

La consulta judicial de constitucionalidad se encuentra actualmente regulada en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, propiamente en el Título IV, Capítulo III. El numeral 102 de dicha ley contempla la legitimación del juez para interponer la gestión. Se prevé en dicho ordinal que procederá la consulta cuando quien juzga tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de la norma por aplicar. Evidentemente no se contempla la convencionalidad de dicha norma, pero es aquí donde hay que aplicar el voto 16141-2013 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando refiere que las personas juzgadoras podrán plantear la discusión convencional a dicha cámara a través de la consulta judicial. La misma Sala ha considerado la importancia del juez común en un sistema concentrado, pues ha manifestado que

No se trata de una legitimación pura que se otorga al juez, sino que más bien se trata de incorporarlo al proceso de control de constitucionalidad, que entendemos como una necesidad de derecho público, pero de una manera compatible con el sistema total de justicia constitucional...ofrecer la posibilidad de que los jueces consulten al Tribunal Constitucional, cuando tengan duda verdadera y fundada sobre la constitucionalidad de la norma que deban aplicar al caso concreto, antes que debilitarlo, fortalece el papel de la jurisdicción común en la aplicación y concreción de los principios y normas constitucionales (Sala Constitucional, voto 1185, 1995).

Se concatena entonces la labor de vigilancia que ostenta el juez común mediante la consulta judicial, trabajo que no se puede supeditar únicamente al control de constitucional sino al control de convencionalidad también. En el mismo sentido, es importante lo dispuesto en el numeral 106 de la ley citada, en el cual se reza lo siguiente:

La Sala podrá evacuar la consulta en cualquier momento, cuando considere que está suficientemente contestada mediante la simple remisión a su jurisprudencia y precedentes, todo esto con las mismas salvedades previstas en el párrafo segundo del artículo 9 de esta ley. (Ley 7135, 1989).

Nótese cómo la legislación además de permitir el rechazo *ad portas* de la gestión según lo dispuesto en el numeral 9 *ibídem*, contempla la resolución de la consulta *en cualquier momento* cuando se estime que está suficientemente contestada. Este particular induce una reflexión de trascendental importancia para determinar la idoneidad de este mecanismo procesal a la luz del Control de Convencionalidad en la sede penal específicamente.

Es conocido que el “Derecho Penal” al ser una herramienta eficaz en Estados de Policía, se utiliza para atentar contra el ser humano que invoca criterios distantes de la tutela de bienes jurídicos, queriéndose con ello “*legitimar*” el uso de la represión en perjuicio de las personas por condiciones inherentes a su naturaleza u origen social. Es así como los Estados Sociales, Democráticos, y ahora Convencionales de Derecho tienen una tarea importante en la creación de la ley y en la adecuación de un procedimiento legal que permita en el respeto por el ser humano, la averiguación de la verdad forense. Dicho de otra manera, tanto el derecho penal sustantivo como el adjetivo deben ser reflejo de los principios constitucionales; habida cuenta que al derecho procesal penal se le ha llamado: *el derecho de la constitución aplicado*. Así las cosas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos inclina su mirada con vehemencia en el Sistema Penal de cada país parte del Pacto de San José, de manera que, el ejercicio del *ius puniendi* tiene que llevarse en coherencia con el *corpus iure* internacional. Sucede además que por esa especial importancia de que el proceso penal no sea arbitrario, al menos en Costa Rica se prevén plazos cortos en casos de personas privadas de libertad, con la finalidad de que su situación jurídica sea resuelta a la mayor brevedad posible y con ello asegurar que las personas procesadas no se encuentren en un *limbo jurídico*. Y es que lo anterior permite introducir uno de los mayores cuestionamientos que se han dado en el análisis del Control de Convencionalidad al margen de un Sistema Concentrado de Constitucionalidad; pues si se parte que para resolver una duda de convencionalidad se debe plantear una consulta judicial, cabe interrogarse qué sucedería en casos de urgencia por la detención provisional de una persona.

El autor Norberto Garay ha traído a la palestra dicho planteamiento, deseando acreditar desde su punto de vista lo poco eficaz que resultaría la consulta judicial en estos casos y al resaltar a su vez, la necesidad de que se aplique en nuestro medio un Control Difuso de Convencionalidad Directo en las personas juzgadas. Al respecto, en armonía con el numeral

7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone el derecho de una persona detenida a que se le revise jurisdiccionalmente su detención sin demora, el autor plantea lo siguiente:

Del extracto jurisprudencial recién referido, deriva que el juez penal, a quien se le solicita la prisión preventiva de una persona detenida, debe resolver dicha gestión sin ninguna demora. Así, claramente se vislumbra una disyuntiva: o se plantea la consulta de convencionalidad a la Sala Constitucional; opción que amerita un tiempo superior a la audiencia de solicitud de prisión preventiva, o el juez realiza el control de convencionalidad, desaplica la norma inconvencional y resuelve el fondo de lo planteado. Respecto al primero de los puntos referidos supra, realizando una consulta de convencionalidad a la Sala Constitucional, i) el juez “salomónicamente” –debería indicarse contrario a derecho –resuelve la situación jurídica de la persona detenida, ordenando su prisión preventiva o restringiendo su libertad mediante una medida menos gravosa, al esperar la solución a su consulta de convencionalidad, ii) el juez dispone la libertad absoluta de la persona detenida, entretanto se espera lo resuelto a la consulta de convencionalidad, ambas opciones tienen costos insoportables en un Estado de Derecho, la primera opción promueve una restricción a la libertad con un fundamento jurídico inconvencional, la segunda posibilidad suscita el desarrollo de un proceso que, eventualmente, podría verse afectado por disponer la libertad de una persona cuyas particularidades procesales deberían dar sustento al dictado de alguna medida cautelar (Garay, N, 2016, p- 103 y 104).

El texto transcrito es muy enriquecedor pues expone un *punto de inflación* de las dos tesis sostenidas hasta este momento en la investigación. Lleva razón el autor cuando sintetiza el problema jurídico en dos vías, una en la que se desaplica la norma para que luego se resuelva – *si se quiere*- el tema en la Sala Constitucional, o bien, resolver el caso *aún con dudas de convencionalidad*, restringiendo la libertad de una persona pero quedando pendiente el análisis convencional por parte del Tribunal Constitucional costarricense. Es aquí puntualmente donde se cuestiona la idoneidad de la *Consulta Judicial* como un mecanismo oportuno para la solución de un problema de convencionalidad, pues su estructura jurídica no dispone de una resolución pronta por parte de la Sala, siendo que no existen plazos perentorios

en la Ley de la Jurisdicción Constitucional para que el asunto sea resuelto de una manera que genere celeridad procesal y seguridad jurídica. Como respuesta al anterior planteamiento, el autor Norberto Garay sugirió lo siguiente:

Si se opta por la segunda posibilidad, es decir, que el juez realiza el control de convencionalidad, desaplicar la norma inconvencional y resuelve el fondo de lo controvertido, se resolvería lo planteado en relación con las medidas cautelares respectivas, no promoviendo un panorama de inseguridad jurídica para la persona cuya situación debe ser resuelta, dando además contenido práctico a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la CADH en los términos referidos en el último precedente interamericano expuesto, es decir, resolver sin demora la situación jurídica de la persona sometida al proceso penal. (Garay, N, 2016, p-104).

La posición del autor si bien es válida, puede ser cuestionable en virtud de lo siguiente. A través de la primera posición (la resolución pronta por el juez de las medidas cautelares solicitadas contra el imputado aunque después se conteste la Consulta Judicial) no es cierto que se resuelve contrario a derecho, pues hasta ese momento el ordenamiento jurídico interno se encuentra vigente y se presume que es constitucional (pues no hay pronunciamiento constitucional *contrario sensu*). Además, si bien se plantea la Consulta Judicial por dudas fundadas sobre la convencionalidad, el aporte del juez común está hecho, siendo de resorte exclusivo de la Sala Constitucional la resolución de la consulta y la disposición que corresponda en relación con la libertad del justiciable. De tal suerte que si bien se podría cuestionar la convencionalidad de su detención, no se podría achacar ni al juez ni al Estado responsabilidad alguna, pues el Control Difuso de Convencionalidad sí se estaría aplicando al margen de las competencias internas en un Estado cuyo sistema es concentrado. Proceder conforme lo sugiere el autor aun cuando es absolutamente respetable dicha posición, se estima contraproducente pues adelantaría un criterio sobre un asunto en donde quien juzga en primer lugar no posee las competencias legales para proceder de tal manera, y en segundo lugar, los efectos de su decisión no serían tan incisivos en contraste con el carácter *erga omnes* de las resoluciones constitucionales. Lo anterior tomando en cuenta lo grave que podría llegar a ser la libertad de una persona cuando *ex post*, se descarte aquella *presunción de inconvencionalidad* que dio origen a la consulta, tomando en cuenta que no cualquier duda da

cabida al mecanismo en cita sino solamente la que es fundada, lo cual podría contrastar con la preparación académica de muchas personas juzgadoras en nuestro país a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; siendo incluso este supuesto uno de los motivos por los cuales se creó la Sala Constitucional luego de cuestionarse la preparación de los miembros de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia para la solución de asuntos constitucionales en aquella coyuntura (tal y como se estudió anteriormente).

8.- Nociones del Control de Convencionalidad en Europa

Se considera necesario en esta oportunidad realizar algunas aproximaciones del orbe Europeo a efectos de comprender cómo se ha tratado la figura del Control de Convencionalidad en dicha región en contraste con la realidad americana. Para ello es indispensable iniciar reflexionando sobre el modelo europeo de derecho internacional.

El primer punto por recordar consiste en que Europa cuenta con un Derecho Comunitario fuertemente consolidado, pues incluso en el nivel mundial esa forma de organización económica, jurídica y política es única. Así pues, la denominada Unión Europea nace posterior al fin de la Segunda Guerra Mundial (1945), sin embargo es hasta el año 1957 con el Tratado de Roma cuando los países europeos definen jurídicamente las alianzas que les permiten superar los resabios de la guerra y fortalecer los lazos políticos con acuerdos económicos. Con el paso del tiempo esta organización comunitaria se desarrolló, al contar actualmente con veintiocho países miembros. Al mismo tiempo, se definió una estructura jurídica, de manera que se cuenta con el Parlamento Europeo encargado de la creación de las normas comunitarias, así como del Tribunal de Justicia Europea cuya sede se encuentra en Luxemburgo, encargado de administrar justicia comunitaria (Unión Europea, sitio web, 2018).

Ahora bien, es esta estructura la que genera por consiguiente una vinculación jurídica de los Estados parte de esta organización, de tal suerte que el concepto tradicional de soberanía se encuentra aún en mayor discusión en países europeos, pues además de la injerencia que pueda tener el Tribunal de Luxemburgo en el nivel de Derecho Comunitario, no se puede olvidar el Sistema Regional de Derechos Humanos Europeo, el cual dicho sea de paso, fue el primero en existir.

Se ha reconocido que uno de los principales aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo ha sido el Control de Convencionalidad, no solo como una figura jurídica de carácter internacional sino como un instituto con una naturaleza pragmática incisiva (más aún en países con un sistema difuso). Este modelo de tutela de los Derechos Humanos ha sido ejemplarizante en Europa. Se ha dicho que:

La Corte de San José, a pesar de haber dictado muchísimas menos sentencias que su homólogo europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha aportado hitos extraordinarios, tanto en lo que hace a la interpretación de los derechos convencionales como en lo que atañe a la posición de la Corte. Acerca de lo primero, recuérdese su creación del concepto de desaparición forzosa de personas. Por lo que toca al segundo, la exuberante y revolucionaria teoría y práctica del control de convencionalidad, tanto de la Corte misma como el control irradiado a los tribunales nacionales. Bien es cierto que la mayor longevidad y el mayor número de casos resueltos por el Tribunal Europeo han ejercido notable influencia en la jurisprudencia de la Corte de San José, pero no es menos cierto que las soluciones de ésta también han influido en la jurisprudencia del TEDH. Ahora bien, la última gran aportación de la Corte, el llamado “control difuso de convencionalidad”, no es fácil de recibir en el sistema europeo...” (Canosa, R, 2015, p.237).

De lo expuesto se extrae entonces que los problemas prácticos del Control de Convencionalidad se empiezan a experimentar en el orbe americano, pues esta figura no encuentra la misma acogida en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Incluso se ha reconocido la figura en estudio a partir de la incipiente vinculación que genera el Derecho Comunitario en esa región, pues predominantemente se hablaba de un Control de Convencionalidad *Comunitario* a través del caso *Administration des finances italiennes v. Simmenthal* del 9 de marzo de 1978 resuelto por el Tribunal de Justicia Europea, en el cual se mencionó lo siguiente:

que el Pretore, a la vista, por una parte, de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicabilidad del Derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por otra, de los inconvenientes que se pueden derivar de situaciones en las que el Juez, en lugar de considerar como inaplicable, por

su propia iniciativa, una ley que se oponga a la plena eficacia del Derecho comunitario, debe plantear una cuestión de inconstitucionalidad, se dirigió al Tribunal de Justicia para someterle dos cuestiones...(Tribunal de Justicia Europea, sentencia *Administration des finances italiennes v. Simmenthal*, 1978).

Se puede concluir entonces que gran parte del auge en Europa de esta figura nace con ocasión a la Unión Europea a través de las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo, pues incluso se admitió en dicha sentencia que el ordenamiento jurídico comunitario es vinculante en los países parte de esa comunidad. Y además, se rescata de esa resolución que ante inconvenientes suscitados en la hermenéutica jurídica nacional y comunitaria, se debía plantear una *cuestión de inconstitucionalidad* ante dicha cámara para resolver en definitiva el punto.

En la misma línea de pensamiento es menester señalar que actualmente se han creado ciertas figuras que pretenden armonizar la normativa doméstica de los países con la impuesta por el Parlamento de la Unión Europea. No solamente se habla del Control de Convencionalidad, sino que en aquellos casos es dable escuchar del *Margen de Apreciación Nacional* así como de la *Consulta Prejudicial*. En relación con la primera de las figuras se ha dicho por Murillo, S (2017) lo siguiente:

También existe un concepto novedoso que les permite a los Estados tener una mayor libertad al trabajar en temas de derechos humanos, entiéndase que esta libertad no significa violar la Convención Europea. A lo que se hace referencia es el denominado margen de apreciación nacional, que refiere a que en los casos en los cuales hay regulaciones incompletas en el derecho interno, los Estados pueden regular siempre y cuando no se vayan en contra del parámetro de convencionalidad. Esta aplicación pone al frente el principio de subsidiaridad, poniendo como prioridad los derechos protegidos en el país nacional del individuo. Es una construcción jurisprudencial... que permite ponderar aspectos convencionales en decisiones nacionales, toda vez que se mantengan en algunos criterios macro, como lo es el claro respeto de los derechos humanos (p. 91).

Se colige del texto transcrito que es innegable esa ponderación por parte de los administradores de justicia a efectos de verificar si el bloque normativo interno coincide con el comunitario, al dejar un margen de actuación en caso de ausencia normativa en donde se

aplica el margen de apreciación nacional. Incluso esta figura se encuentra ahora contemplada dentro del protocolo número 15 de la Convención Europea, por lo que su existencia no solo es jurisprudencial sino normativa. Por su parte, la *Consulta Prejudicial* refiere a una propuesta que implica un acercamiento interesante entre el Juez doméstico y el Juez comunitario, pues implica la elevación de una consulta ante el Tribunal de Luxemburgo para que sea dirimida. Al respecto se ha dicho que

La cuestión prejudicial de la UE constituye, pues, un instrumento de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros (puntos 1, 2 y 5 de las RTJ). Pero ésta no es su única función, ya que sirve también para proteger los intereses de los particulares y como vía de control indirecto de la legalidad comunitaria, mencionando solamente otras dos (Cienfuegos, M, 2014, p.5).

Esta figura ha encontrado críticas toda vez que no se ha determinado a todas luces si esa facultad la poseen los jueces que conocen en última instancia el asunto o bien, cualquier juez común (Murillo, S, 2017). Sin embargo, independientemente de lo anterior quedan expuestas las pretensiones del Derecho Internacional Europeo por armonizar los ordenamientos jurídicos y las decisiones jurisdiccionales aún y cuando el Control de Convencionalidad no es la figura más aclamada en la región por las vicisitudes ya señaladas.

Nótese que existe un enmarañado sistema jurídico nacional e internacional, pues no todos los países europeos poseen un sistema concentrado de interpretación interna de las normas constitucionales, y a su vez, no todos los países miembros de la Unión Europea son parte de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto conduce a la conclusión de que en Europa no es sencillo hablar de Control de Convencionalidad pues esa compleja estructura no permite la aplicación de la figura en estudio como sucede en América a pesar de los problemas expuestos en esta investigación.

Al tenor de lo expuesto, si bien en el nivel macro es difícil hablar de un criterio uniformado en Europa sobre la aplicación del Test de Convencionalidad, es innegable que aquellos altos Tribunales Nacionales, Comunitarios o Internacionales procuran de acuerdo con sus posibilidades, el establecimiento de un juicio unísono entre la norma doméstica y el raigambre normativo foráneo. Verbigracia, la Corte Constitucional Italiana mediante las sentencias número 348 y 349 del año 2007 emitió una línea de pensamiento muy importante,

pues consideró que ante la duda sobre la in-convencionalidad de una norma, el juez común debía plantear la cuestión incidental respectiva ante dicha Corte, de manera que se le prohíbe la desaplicación de la norma.

En suma, el abordaje con profundidad sobre el estado actual de Europa en materia de Control de Convencionalidad en sus distintas jerarquías normativas excede los fines de este trabajo, no obstante, las aproximaciones señaladas *a priori* tienen la finalidad de hacer ver que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos proyecta grandes aportes para la justicia internacional, de manera que resulta enriquecedor continuar desarrollando la figura del test de convencionalidad a través de la jurisprudencia, opiniones consultivas, diálogos entre tribunales, discusiones académicas, *inter alia*; de forma tal que se procure el avance en la tutela multinivel de los Derechos Humanos sin tampoco dejar de lado la realidad jurídica de cada país, procurando resaltar los obstáculos normativos que se encuentran en la praxis de dicha figura (como los aludidos en sistemas concentrados) para realizar proyectos de *lege ferenda* en pro de una mejor adaptación de ese control de convencionalidad en los países parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y así, procurar el ejercicio de un derecho penal atento de los Derechos Humanos pero respetuoso de los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

La técnica para el acopio de los datos fue concretamente la lectura y análisis de documentos como la legislación doméstica, instrumentos internacionales y la jurisprudencia tanto interna como externa, todo lo cual permitió el desarrollo y culminación del tema a través de las conclusiones obtenidas luego del procesamiento intelectual de dicha información. Empero, el trabajo de campo fue innecesario, pues se trata de una investigación estrictamente cualitativa, supeditada al análisis de los documentos que se cuentan para definir los objetivos y alcanzarlos al compás del desarrollo de la memoria.

1.- Paradigma Interpretativo

Siendo el paradigma un método de investigación que persigue la búsqueda del conocimiento sobre determinado objeto o situación (física o social) se torna indispensable acotar que el tipo de paradigma utilizado en este trabajo es el interpretativo, pues al ser éste un método estrictamente cualitativo (en el que se emplea la experiencia del investigador, la recolección, descripción, interpretación y análisis de datos para arribar a las conclusiones

sobre los hallazgos encontrados), sirve entonces como herramienta prístina la “*investigación documental*”, la cual refiere al procedimiento metodológico utilizado para la elaboración de esta memoria.

Así entonces, si se parte de que el método cualitativo provee información descriptiva de los aspectos intangibles del comportamiento propio del ser humano (vrg. las creencias y actitudes), el mismo deviene en idóneo para entender e interpretar los problemas sociales por el análisis de las relaciones entre los seres humanos en esa construcción llamada sociedad.

En suma, el paradigma interpretativo estudia la realidad como un fenómeno dinámico, siendo las ciencias sociales aptas para su estudio en virtud de lo loable que tiende a ser el ser humano en convivencia con otros. Por ende, esta realidad va relacionada con la denominación de la conducta humana, a la comprensión, a la práctica social y al significado en general. (Paradigma Interpretativo, 2016)

Dentro de sus objetivos primordiales están: estudiar, desglosar y comprender el panorama mundial de las mujeres y los hombres. El paradigma interpretativo pone especial atención en las diferencias, siendo que la acción y la investigación permanecen una interacción continua. La investigación es en sí misma una acción y la acción representa una fuente de conocimiento. En el momento de emplearse, puede usarse en pequeñas escalas o grupos (Paradigma Interpretativo, 2016)

El paradigma interpretativo se nutre del estudio, y en el caso de una investigación documental, se basa en la recopilación de material atinente al tema objeto del proyecto, a su respectiva interpretación y análisis de datos. Dentro de sus características más determinantes está: la orientación al descubrimiento y la relación de conocimientos que influyen en alguna cosa determinada, la relación que existe entre investigador y objeto hay una participación democrática y de comunicación, la entrevista representa modelo de producción de caso en la investigación (a través de ella el investigador entiende el panorama del objeto del estudio), la realidad se crea partiendo de aproximaciones continuas al objeto de investigación, tomando las argumentaciones dialógicas como punto de partida, la comprensión cualitativa de lo social es primordial, es una práctica de la sociedad de producir conocimientos cuyo objetivo es ver la

transformación social como una totalidad y parte de la interpretación común de las situaciones sociales. (Paradigma Interpretativo, 2016, *s.p*).

II.- Enfoque Metodológico

Las investigaciones pueden tener dos enfoques metodológicos, sea el cualitativo o el cuantitativo, siendo que por el tipo de recurso consultado para la elaboración del presente trabajo se requirió de un enfoque cualitativo. Nótese que para desarrollar el tema se requirió de una base importante de documentos recopilados, sean resoluciones (jurisprudencia) tanto nacional como internacional, doctrina de autores nacionales o de derecho comparado, acopio de leyes y convenios; todo lo cual permitió el estudio, escrutinio y selección de los objetivos desarrollados para el presente trabajo.

El método cualitativo o la investigación cualitativa como también se le llama, es una técnica o método de investigación que alude a las cualidades, es utilizado particularmente en las ciencias sociales, pero de acuerdo a ciertas fuentes también se utiliza en la investigación política y de mercado; este método se apoya en describir de forma minuciosa, eventos, hechos, personas, situaciones, comportamientos, interacciones que se observan mediante un estudio, y además anexa tales experiencias, pensamientos, actitudes, creencias, etc. Que los participantes experimentan; por ende, es que se dice que la investigación cualitativa hace referencia a las cualidades. De esta manera, cabe recalcar que:

“el método cualitativo suministra o provee datos descriptivos de aquellos aspectos impalpables del comportamiento del ser humano y de la vida, como las creencias y aptitudes; además que este método es sumamente útil para entender e interpretar los problemas sociales, debido a que les permite a los investigadores estudiar la relación o el vínculo entre las personas, entes sociales y la cultura. El método cuantitativo es otro método de investigación que se utiliza para buscar una aproximación matemática para lograr entender un fenómeno o a una población. (Definición de Método Cualitativo, 2015, *s.p*)

El método o investigación cualitativa, se divide en dos categorías, la primera de ellas la descriptiva y la segunda, la interpretativa. La presente memoria posee insumos predominantemente de la categoría interpretativa, pues por un lado se extrae lo preceptuado en

la ley procesal penal, en la Constitución Política y los Convenios Internacionales que tienen relación con el tema objeto de estudio, así como las consideraciones jurisprudenciales y doctrinales más relevantes, mientras que, por otro lado, se hace una interpretación y análisis de los datos obtenidos a través de un procesamiento intelectual del autor.

Los estudios interpretativos pretenden trascender al sujeto social para explicar y comprender hechos o fenómenos sociales más complejos. Todos ellos se apoyan en un acervo teórico profundo del hecho social o del fenómeno cultural sometido a estudio. La Teoría fundada descubre teorías, conceptos e hipótesis a partir de los datos. La inducción analítica pone a prueba teorías. (Metodología Cualitativa, *s.f y s.p*).

Un trabajo de investigación de tipo cualitativo, como el presente, se caracteriza por cumplir con una estructura básica de presentación, es decir, tiene que tener determinados apartados como: justificación, objetivos, método, resultados, bibliografía, entre otros. Se ha dicho que:

El investigador debe conocer los antecedentes de su problema, el motivo que le lleva a iniciar su estudio (justificación), qué objetivos se plantea, cómo va a dar respuesta a su problema, qué instrumentos usará y cómo los usará (método), qué respuesta ha obtenido al problema (resultados), qué interés tiene esa respuesta (discusión) y a dónde le ha llevado todo el proceso (conclusión). Todo debe ir referenciado y reflejado con su cita bibliográfica correspondiente (bibliografía). (Metodología Cualitativa, *s.f y s.p*).

III.- Método de Investigación Documental

Ahora bien, teniendo clara la información que antecede, es menester señalar que la presente memoria tiene como base la investigación documental, que consiste en la búsqueda y recopilación de toda la información relacionada con el tópico en estudio. Se hizo necesario entonces en primer lugar el acopio y consecuente análisis de la legislación doméstica que existe al respecto, como lo fue la Carta Fundamental Costarricense, el Código Procesal Penal, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Civil, *inter alia*. Como legislación internacional fue indispensable la Convención Americana de Derechos Humanos que es el ordenamiento jurídico sobre el cual se realizan los juicios por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; siendo que también se requirió la

referencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Se requirió acudir a distintas páginas web donde se obtuvo información de calidad para el desarrollo de los objetivos, siendo que además, el recurso jurisprudencial tanto interno como externo fue esencial para la interpretación y análisis de los temas con la finalidad de completar el objetivo general y consecuentemente dar una respuesta aceptable al problema planteado.

Así las cosas, con el presente trabajo lo que se pretende específicamente es poner en evidencia que existe un problema relacionado con la disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales con relación en la forma en que se debe aplicar el Control de Convencionalidad en la sede penal costarricense, pues del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia son palpables los criterios encontrados que existen al respecto y en consecuencia, es posible verificar la incertidumbre jurídica que atraviesa nuestro país en la actualidad con dicha figura.

IV. Descripción del contexto del sitio, en dónde se lleva a cabo

El trabajo aquí expuesto se realizó en Costa Rica, concretamente dirigido al estudio de la realidad nacional con respecto a las influencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente en la figura del Test de Convencionalidad. Se encuentra enfocado en el análisis de la doctrina y jurisprudencia doméstica con la finalidad de evidenciar las discrepancias de criterios que existen en lo atinente a la aplicación del referido control en nuestro medio a través de una investigación cualitativa.

V.- Las fuentes de información

Para los intereses del presente trabajo no se requirió el estudio de determinados participantes, sino que bastó el análisis de las principales fuentes de información como lo fueron: legislación (Constitución Política, Código Procesal Penal, Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley Orgánica del Poder Judicial, Código Civil, *inter alia*), jurisprudencia (resoluciones de distintos Tribunales de Apelación de la Sentencia Penal, votos de la Sala Tercera y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia) y doctrina nacional (autores como Norberto Garay, Jeffrey Mora, Víctor Orozco, Ernesto Jinesta, Rubén Hernández, Alex Solís, Rodolfo Piza Escalante, entre otros) en contraste con la internacional (Convenio de Viena, Convención Americana de Derechos Humanos, casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como resoluciones de otras Cortes de Justicia

(Estadounidense, Italiana, de la Unión Europea) y la doctrina extranjera (Ollero, A, Fondevila, M y otros).

VI.- Técnicas e instrumentos de la investigación documental empleados en el presente proyecto

Para la elaboración de este trabajo y en virtud del tópico propuesto se requirió de una investigación de índole documental, cuyas técnicas e instrumentos empleados para la recolección de información, se reducen a: la localización y fijación de datos, así como el análisis de documentos y de contenidos.

Así entonces se hizo necesario, en primer momento, aplicar la técnica de recolección de información, para tales efectos se procedió al estudio de la legislación costarricense a efectos de tener un punto de partida sólido primordialmente en relación al control de constitucionalidad, y con ello seleccionar los artículos de interés que explicaran la problemática planteada en lo conducente al control de convencionalidad en la actual coyuntura de Costa Rica. En igual sentido, se dio lectura a varios libros y artículos, cuyo contenido mantenía estricta vinculación con el tema de interés y se seleccionó la información más relevante. Por otro lado, también se ubicó mucha jurisprudencia, se dio lectura a la misma y conforme con la necesidad de los contenidos, se seleccionó la de mayor relevancia. La información recolectada, en su mayoría, fue utilizada como fuente para la elaboración de la fundamentación teórica, la cual da contenido a los objetivos específicos. Se ha dicho que:

El proceso de recolección de información para la construcción de un objeto de investigación o de un proyecto de tesis, la investigación bibliográfica o documental ocupa un lugar importante, ya que garantiza la calidad de los fundamentos teóricos de la investigación (Rodríguez U, 2013, *s.p*).

La segunda técnica por emplear es el análisis de la información recolectada, lo cual se hace invocando algunos principios del derecho interno (vrg. reserva de ley y legalidad) en contraste con principios internacionales (*pacta sunt servanda, pro homine, pro libertate, progresividad de los derechos humanos*, entre otros), con la intención de dar una respuesta razonada y aceptable al problema planteado como base del presente proyecto. En esta línea de pensamiento, valga acotar que:

El análisis de datos es una técnica y por medio de ésta se inspeccionan, purifican y transforman datos, con la finalidad de destacar toda la información que sea de gran utilidad, a fin de poder elaborar conclusiones que sirvan de apoyo en la toma de decisiones. (Definición de Método Cualitativo, 2015)

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Básicamente el tema se construye bajo la existencia de reciente data del Control de Convencionalidad como una figura creada jurisprudencialmente por medio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintos casos sometidos a su conocimiento. La génesis de este instituto no solo responde la injerencia con mayor intensidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los países parte del Pacto de San José desde un punto de vista relacionado con la jerarquía de las normas, sino que además deviene de la necesidad latente de que los países a través de las personas que administran justicia, logren abordar *prima facie* los casos que podrían representar alguna conculcación de estos derechos de la forma más atinada al *corpus iure* internacional.

No obstante, el inconveniente se plantea en la praxis de dicha figura concretamente en sistemas de interpretación de las normas constitucionales de carácter concentrado como el costarricense, pues se cuestiona vehementemente por la doctrina y la jurisprudencia el alcance de dicho instituto en esta forma de organización jurídica. Así pues, se polarizan las soluciones, de manera que ambas se encuentran yuxtapuestas con consecuencias jurídicas distintas y de igual trascendencia.

Por un lado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia se apoya en la posibilidad constitucional y convencional que existe para que el juez penal pueda desaplicar una norma al considerarla contraria al *corpus iure* internacional, al generar efectos *inter partes* y además, ignorando la necesidad de que el asunto sea planteado ante la Sala Constitucional por medio de una consulta judicial.

Contrario sensu, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia aboga por la imposibilidad del juez penal común por desaplicar una norma que la considere inconvencional, debiendo plantear la consulta -necesariamente- ante el Tribunal Constitucional para que la misma sea resuelta por la única cámara que tiene dicha posibilidad

y con la facultad de que su pronunciamiento tenga el carácter de *erga omnes*, resolviendo en definitiva el tema en disputa.

Empero, la discusión se torna aún más intensa cuando se cuestiona la solución más apropiada ante un caso de extrema urgencia, incluso, ante la necesidad eminente de resolver la detención provisional de una persona. Es aquí donde las consecuencias de una u otra decisión se tornan más agresivas, pues el gravamen que se pueda causar al proceso en cualquier forma puede ser irreparable. Nótese que al dejar a una persona detenida cautelarmente por un asunto en donde se cuestione la convencionalidad de la norma se podría cuestionar la validez de dicha privación de libertad, y por otro lado, dejar en libertad a una persona por un hecho delictivo solamente por una *presunción* de in-convencionalidad (que a la postre sea rechazada por la Sala Constitucional), causaría un daño irreversible al proceso pues el eventual riesgo de que se fugue u obstaculice el proceso pudo haberse materializado.

Estas dos principalmente son las posiciones generadas en relación con el tema, de la cual se construyen incesantemente argumentos en pro y en contra por quienes se acercan al estudio del tema, al generar polémica los criterios esbozados pues no son suficientes para armonizar un criterio al respecto y con ello generar seguridad jurídica, sea ésta el fin prístino del derecho.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Nuestro país actualmente afronta una crisis de soberanía que además de ser inevitable, es reflejo del avance del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. Esta crisis no es del todo bien recibida por nuestro medio, máxime cuando se trata de la discusión sobre decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con estrecha vinculación a valores éticos y morales de una sociedad (matrimonio homosexual, fecundación *in vitro*, *inter alia*). Pero, si conlleva importancia el análisis de la injerencia de esta corriente internacional sobre ciertas políticas públicas en esos tópicos, con mucha más razón se torna necesario examinar la afectación que pueda sufrir del “Derecho Penal” por el bloque internacional. De lo indicado ex ante se genera la imperiosa necesidad de estudiar la figura del “Control de Convencionalidad” en la sede penal, pues esta rama del Derecho conserva violaciones *legítimas* a los bienes jurídicos más apreciados por el ser humano. Y es esa precisamente la

tarea que se realizó en esta obra y de la cual se arriba -luego de la lectura de las páginas que anteceden- a las siguientes conclusiones.

-La comprensión del “*Control de Constitucionalidad*” es el primer paso que se requiere para comprender la realidad práctica del test de convencionalidad en nuestro país. Por ende, se logró determinar que la ponderación de constitucionalidad de la legislación doméstica recae única y exclusivamente en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costarricense por así reconocerlo dicha cámara en el voto 1185 del año 1995. Esto consolidó la existencia de un sistema concentrado de interpretación de las normas constitucionales, pues se determinó como imposible que el juez común pudiera desaplicar una norma interna por dudas o certeza de inconstitucionalidad, siendo lo procedente la presentación de una consulta judicial. Esta posición descarta categóricamente la existencia de un control difuso o mixto en nuestro medio, siendo el control concentrado el imperante.

-Una vez que se determinó la clase de sistema de interpretación de las normas constitucionales que posee nuestro país, se tornó necesario verificar el concepto del control de convencionalidad. Así pues, esta figura nació como consecuencia de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, especialmente del caso *Almonacid Arellano vrs Chile*, en el cual se reconoció el deber de los Estados partes a través del Poder Judicial, de garantizar la aplicación del *corpus iure* internacional en los casos internos, así como de la observación de los pronunciamientos de la cámara internacional al respecto. Esta labor encomendada a las personas que administran justicia se le denominó control de convencionalidad. No obstante, con el desarrollo de la jurisprudencia convencional se acotó que esta figura no es desmedida, sino que debe ser aplicada en el marco de las respectivas competencias de cada país parte de la Convención Americana de Derechos Humanos; dicho de otro modo, la aplicación del test de convencionalidad se supedita al sistema de interpretación de las normas internacionales (caso *Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú*). Por ende, el control de convencionalidad se entiende por “*concentrado*” cuando lo realiza por antonomasia el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, pero se estima “*difuso*” cuando recae en los Estados, concretamente en las personas juzgadoras. Empero, se logra concluir que este último caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú* aclaró la duda existente de las posibilidades que tuvieran los jueces comunes para desaplicar una norma

por considerarla inconvencional aun echando de menos el control de constitucional referido en sistemas concentrados.

-Se logró demostrar con meridiana claridad que en nuestro país no existe un acuerdo ni doctrinario ni jurisprudencial acerca de los efectos del control de convencionalidad en su modalidad difusa, pues se discute fuertemente sobre la posibilidad del juez penal pueda desaplicar una norma cuando no haya pronunciamiento de la Sala Constitucional al respecto. Autores como Garay (2016) y Mora, J (2015) apuntan que la persona juzgadora en materia penal pueda válidamente desaplicar la norma bajo el estandarte de los derechos humanos, siendo que en antítesis, los autores Haideer (2015), Hernández, R (2017) y Orozco, V (2017) proponen la consulta judicial para que sea la Sala Constitucional el órgano que –con efectos erga omnes- defina la posición del Estado ante la duda de in-convencionalidad por parte de la persona que administra justicia. En el nivel de jurisprudencia de la Sala Constitucional, la misma ha emitido algunos pronunciamientos aceptando el deber del Estado por realizar ese test de convencionalidad. Principalmente, se trajo a colación el voto 2313 del año 1995 en el que la Sala determinó de forma trascendental, que los instrumentos internacionales tienen superioridad jerárquica por encima de la Constitución Política cuando se trata de una mayor cobertura de los Derechos Humanos, siendo esta resolución un paso abismal hacia el futuro en el respeto de estos derechos. Además, el mismo tribunal por medio del voto 6794-2013 categóricamente admitió la injerencia del Control de Convencionalidad en nuestro medio, debiendo las personas que administran justicia, aplicarlo en todo momento. Pero subsistiendo la duda acerca de las posibilidades del juez de no aplicar una norma doméstica por sospechas de in-convencionalidad, la Sala Constitucional emitió el voto 16141 del año 2013, en el cual determinó que lo procedente en esos casos es que la persona juzgadora formule una consulta judicial ante dicha cámara. Por su parte, la jurisprudencia costarricense penal también ha tenido la posibilidad de pronunciarse al respecto. Así, en los votos 377-2017 y 00009-2017 del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José se reconoció por un voto salvado que en esa materia sí opera el principio del doble conforme aplicando instrumentos de carácter internacional. En la resolución 413-2017 del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, mediante voto salvado se alegó que el juez común no era capaz de desaplicar una norma como por mayoría se hizo. En la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por medio del voto 330-2016 a través de un voto salvado se

consideró que una condena por un procedimiento especial abreviado sujeta de revisión por dicha cámara debía ser anulada, pues nunca se realizó un peritaje cultural a la parte imputada que era indígena, siendo que su cosmovisión era distinta y en tutela de los Derechos Humanos nunca se le realizó un proceso conforme a sus circunstancias particulares. La misma cámara mediante el voto 1082-2013 reconoció que las personas juzgadas debían aplicar el Control de Convencionalidad en los casos sujetos a su conocimiento, no obstante, el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José en el voto 1758-2014 al invocar dicha figura desaplica lo dispuesto en el numeral 11 de la ley 8204 sin consulta judicial previa a la Sala Constitucional. De todo esto se colige que no existe un criterio pacífico en la jurisprudencia costarricense en lo conducente a la aplicación del control de convencionalidad, notándose incluso en reiteradas ocasiones en donde los votos salvados exponen un criterio distinto de la mayoría por la misma situación. El escenario expuesto evidencia en conclusión, la existencia no solo de la disparidad de criterios en el nivel doctrinario y jurisprudencial, sino que además acredita la inseguridad jurídica que vive el derecho penal en la actualidad pues no existe un criterio unificado al respecto. A mayor abundamiento, la disparidad de criterios genera una justicia irregular, pues no todos son tratados de la misma forma ante la misma ley.

-En otro orden de ideas, es menester concluir que el Derecho Penal particularmente se encuentra inmerso en situaciones que requieren por su naturaleza, un abordaje eficiente que permita el aseguramiento de los derechos y garantías procesales no sólo derivados de la Carta Fundamental Costarricense sino de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así entonces, cabe traer a la palestra el planteamiento hipotético realizado por Garay (2016), el cual expone una discusión de convencionalidad al margen de una solicitud de prisión preventiva. Y es que esta hipótesis no es absurda, pues incluso en nuestro medio no faltan administradores de justicia que consideren el peligro procesal de reiteración delictiva como contrario al bloque de convencionalidad. En ese plano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos únicamente ha reconocido como peligros procesales para la imposición de una prisión preventiva, el peligro de obstaculización y el peligro de fuga, más no el de reiteración por los evidentes fines preventivos que busca más que de aseguramiento procesal. Ergo, la interrogante que surge es la siguiente *¿debe la persona juzgada desaplicar los numerales 239 y 239 bis del Código Procesal Penal en lo conducente al peligro de reiteración delictiva o*

debe resolver conforme a la legislación y dejar planteada la consulta ante la Sala Constitucional? Es este el tipo de conflictos que subyacen del tema propuesto al margen de la inseguridad jurídica originada de la discrepancia de criterios. En conclusión, aún y cuando se pretenda ofrecer la consulta judicial como el mecanismo procesal idóneo para resolver el conflicto, se tiene por demostrado que el mismo no es eficiente por cuanto no contempla plazos fijos para asuntos donde lo que se discuta tenga vinculación con la libertad de una persona en armonía con el test convencional.

- Se estima que la consulta judicial no es actualmente un mecanismo procesal eficiente pues al no contar con plazos definidos para resolver consultas de convencionalidad en casos de personas privadas de su libertad, permite que la resolución se dicte en un tiempo prolongado sin garantizar por parte del Estado que el control de rigor de aplique de forma efectiva sin afectar los derechos del procesado.

-Es posible concluir además de la investigación, que la posición sostenida por parte de Garay (2016) y Mora, J (2015) así como de la jurisprudencia que sigue la misma línea de pensamiento, no es adecuada en virtud de lo siguiente. Tal y como se desarrolló líneas arriba, el Control de Convencionalidad si bien nace jurisprudencialmente con una definición que contemplaba una aplicación directa y sin bemoles por parte de la administración de justicia común de los países partes del convenio a través del caso *Almonacid Arellano vrs Chile*, lo cierto del caso es que los alcances de esta figura son clarificados en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú* en donde se terminó que el test referido no es deliberado, sino que se podrá aplicar al margen de las competencias internas de cada país. Este punto es trascendental para la solución del tópico planteado, ya que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que el Control Difuso de Convencionalidad se ve supeditado a la organización jurídica interna de las naciones. A mayor abundamiento, mediante el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vrs México*, se admitió que este control tiene distintos grados de intensidad y realización, haciendo eco de lo resuelto en el voto arriba expuesto en lo conducente al marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales del país. Incluso en el caso referido se expresó lo siguiente:

En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la

inconveniencia de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconveniencia” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de conveniencia” con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconveniente (Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vrs México*, año 2010)

Este pronunciamiento es muy importante pues deja entrever que en los sistemas concentrados de interpretación de las normas jurídicas no es posible la desaplicación inmediata del precepto legal por parte del juzgador doméstico, debiéndose proceder conforme lo establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional en lo referido a la consulta judicial.

-Es criterio de quienes abogan por la aplicación directa y plena del control de conveniencia en nuestro medio, que los controles de constitucionalidad y de conveniencia tienen naturalezas jurídicas distintas, por lo que no pueden confundirse. De igual manera se alega que sería un sinsentido reconocer la importancia del test convencional sin que a su vez existan posibilidades de que se aplique directamente cuando la persona juzgadora tenga certeza de la contrariedad de la norma penal doméstica con la internacional. A todo lo anterior es válido asegurar en conclusión, que la consulta de constitucionalidad y sistema concentrado de constitucionalidad sería una ficción jurídica en nuestros tiempos, pues si el mismo derecho fundamental consagrado en la Carta Magna lo conserva un instrumento de carácter internacional en materia de Derechos Humanos, resta importancia la consulta judicial o incluso hasta el pronunciamiento de la misma Sala Constitucional, pues al ser un Derecho Humano, deliberadamente se pone en práctica el bloque convencional, al posibilitar en consecuencia la desaplicación de una norma penal. No es posible derivar ese razonamiento de todo el recurso analizado en esta memoria, ya que la virtud de un sistema concentrado como el costarricense es precisamente la unificación de criterios en relación con el tema con la inherente capacidad de la Sala Constitucional por definir *erga omnes* la situación jurídica de una norma, resolviendo así en definitiva el conflicto. Nótese incluso que, si se plantea la consulta ante la Sala Constitucional, aun y cuando ésta emita un criterio contrario al bloque convencional, ya se estaría cerrando la vía interna del Estado para aperturar la discusión ante la sede internacional, lo cual no sucedería si el asunto queda *inter partes*. El mismo Tribunal

Constitucional costarricense ha reconocido la necesidad de plantear la consulta judicial como así lo expuso en el voto 16141 del 04 de diciembre del 2013.

-Al socaire de la presente memoria, se puede concluir que ciertamente la consulta judicial actualmente no ofrece una respuesta inmediata al problema planteado, pues ha de reconocerse que la organización jurídica actual de Costa Rica no permite aplicar -de la forma en que se pretende- el test de convencionalidad. Sin embargo, la posición que defiende las potestades del juez común como juez internacional para realizar un examen convencional de los hechos y tomar decisiones libres sobre el asunto no puede prosperar en nuestro medio por las circunstancias propias del Estado Costarricense. En suma, el juez común puede realizar un Control de Convencionalidad Difuso *indirecto* como centinela del ordenamiento jurídico interno, siendo que ante duda o certeza deberá remitir la consulta judicial ante Sala Constitucional, órgano que aplicaría un Control de Convencionalidad Difuso *directo* sobre la norma, imponiendo efectos declarativos *erga omnes*.

-Finalmente se torna indispensable acotar que el sistema jurídico costarricense debe velar por el respeto de los derechos fundamentales y en consecuencia, de los Derechos Humanos, pues éstos tienden a garantizar la dignidad del ser humano como eje del sistema jurídico, de tal suerte que las eventuales penas o procedimientos por realizar tengan que apearse estrictamente a una legislación armónica con los principios *pro homine* y *pro libertate*. La existencia de un Sistema Regional de Derechos Humanos deviene de la sangre de muchas personas aniquiladas industrialmente en la Segunda Guerra Mundial, holocausto que motivó la génesis de un Derecho Internacional que velara por el ser humano ante cualquier pretensión punitiva. Así pues, siendo el Derecho Penal la más efectiva herramienta en un Estado totalitario o bien, en Estados aparentemente democráticos con sintomatologías totalitarias, es vital la aplicación de estos derechos. Sin embargo esta tarea tampoco debe difuminar el norte del Sistema Jurídico Nacional, pues si bien es cierto el respeto de los instrumentos internacionales nace del principio *pacta sunt servanda*, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control de convencionalidad) y del Tratado de Viena, lo cierto es que esa labor de atender el bloque jurídico internacional y la respectiva jurisprudencia debe ser realizada como bien se reconoció en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú*, en el marco de las respectivas competencias de cada país; lo cual no puede

ser entendido como una disminución del poder práctico de los derechos humanos, sino como una forma segura y coherente con el sistema doméstico de resolver las controversias de esta índole. De esta manera se generaría seguridad jurídica en el Sistema Penal Costarricense pues se estaría corrigiendo la producción de sentencias por parte de los Tribunales de Justicia que emitan criterios encontrados sobre ciertos puntos de la normativa penal sustantiva o adjetiva; siendo que se obtendría mayor seguridad en los administrados, fin primordial del derecho, pues tal y como señala Oropeza, A, (2000) citando a Luis Recasens Siches en su Tratado General de Filosofía de Derecho “*los hombres han establecido el derecho motivados no por los valores éticos superiores, sino en virtud de un valor de rango inferior que es el de la seguridad en la vida social, ya que el derecho no ha surgido por virtud del deseo de rendir culto a la justicia, sino para colmar una urgencia de seguridad y certeza en la vida social*” (p-62).

CAPÍTULO VI: PROPUESTAS

-En primer instancia se establece como una propuesta a largo plazo que, si la Sala Constitucional ya ha emitido criterio sobre el monopolio que posee sobre la interpretación de las normas jurídicas desde la constitucionalidad o desde la óptica convencional, deberá dicha cámara ser vehemente en sus resoluciones sobre el alcance que posee el test en estudio propiamente en el Estado Costarricense con la finalidad de erradicar cualquier duda que exista en la academia y en el mismo Poder Judicial sobre los efectos de dicho instituto en nuestro medio.

-Sabiendo de antemano que el inconveniente expuesto en la presente investigación puede ser resuelto de *lege ferenda*, como segunda propuesta del problema se considera apropiado un proyecto legislativo en el que se reforme la Ley de la Jurisdicción Constitucional a efectos de fijar plazos perentorios para la resolución de asuntos en los cuales se encuentre una persona privada de su libertad y se discuta la in-convencionalidad de una norma. Esto a efectos de dotar de mayor eficiencia a la consulta judicial y superar esos óbices temporales que motivan la emisión de críticas en contra del mecanismo procesal-constitucional en cita.

-Como una última y no menos importante forma de disipar el inconveniente suscitado por el Control de Convencionalidad en el Sistema Penal Costarricense, se estima muy oportuno el reforzamiento académico de las personas administradoras del Derecho en

materia penal, a efectos de que no solamente tengan claridad sobre el tema y los bemoles aquí apuntados, sino que además sepan cómo proceder ante una duda de in-convencionalidad. En consecuencia, deberá el Poder Judicial de Costa Rica invertir en mayor capacitación al personal jurisdiccional para el conocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues tal y como lo señaló Jinesta, E (2015), un aspecto que influye en gran medida para el planteamiento de una consulta judicial es precisamente el conocimiento del juez sobre el *corpus iure* internacional.

BIBLOGRAFÍA

Libros

- Cienfuegos Mateo, Manuel. “La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”. In Miami-Florida European Union Center of Excellence, 2014.
- Garay, N, “*El Control de Convencionalidad y la Pena de Prisión*”, Investigaciones Jurídicas S.A, Primera Edición, Costa Rica, 2016.
- Haideer, M, “*Derechos fundamentales en América Latina*”, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, Costa Rica, 2015.
- Hernández, R, “*Derecho Procesal Constitucional y Control de Convencionalidad*”, Investigaciones Jurídicas S.A, Primera Edición, Costa Rica, 2017.
- Hernández, R, “*Derecho Procesal Constitucional*”, Editorial Juricentro S.A, Tercera Edición, Costa Rica, 2009.
- Jinesta, E, “*Control de Convencionalidad Difuso Ejercido por las Jurisdicciones Constitucional y Contencioso-Administrativa*”, artículo dentro del libro “*Estudios sobre el Control de Convencionalidad*”, Editorial Jurídica Venezolana, Colección estudios Jurídicos N°109, 2015-.
- Mora, J, “*Prisión Preventiva y Control de Convencionalidad*”, Editorial Juricentro, Primera Edición, Costa Rica, 2015.
- Orozco, V, “*Justicia Constitucional y Convencional*”, Investigaciones Jurídicas S.A, Primera Edición, Costa Rica, 2017.
- Piza, R, “*La Justicia Constitucional en Costa Rica*”, Investigaciones Jurídicas S.A, Primera Edición, Costa Rica, año 2004.
- Solís, A, “*La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*”, Editorial Juricentro S.A, Primera Edición, Costa Rica, año 2008.

Material electrónico

Canosa, R, “*¿Es posible el Control de Convencionalidad en España?*”, artículo del libro “*Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*” tomo V, vol. 1, año 2015. Recuperado el 20 de febrero del 2018 de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3960-estado-constitucional-derechos-humanos-justicia-y-vida-universitaria-estudios-en-homenaje-a-jorge-carpizo-derechos-humanos-tomo-v-vol-1>.

Definición de Método Cualitativo, 2015, página web “ConceptoDefinición”, consultado el 06 de marzo del 2018 de: <http://conceptodefinicion.de/metodo-cualitativo/>

Fondevila, M, “*Control de Convencionalidad y Tutela Multinivel de Derechos*” Revista Estudios Deusto, Vol. 64, N° 1, año 2017, Universidad Deusto, España. Recuperado el 20 de febrero del 2018 de <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1326/1602>.

Metodología Cualitativa, Universidad de Jaén, página web consultada el 06 de marzo del 2018 de: http://www.ujaen.es/investiga/tics_tfg/enfo_cuali.html

Murillo, S, “*Análisis de Derecho Comparado entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Europeo de Derechos Humanos a fin de determinar cuáles características instrumentales de la experiencia europea se pueden implementar - parcial o totalmente- en el Sistema Interamericano*”, Tesis de grado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, año 2017. Recuperada el 19 de febrero del 2018 de: <http://ij.ucr.ac.cr/wp-content/.../Tesis-Sara-Murillo-Versión-Final-Empastes-de-Lujo.pdf>

Ollero, A, “*La protección de los derechos humanos en España y Europa*”, Recuperado el 20 de febrero del 2018 de: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion.../128-DH-E-EU.pdf.

Oropeza, A, “*La Seguridad Jurídica en el Campo del Derecho Privado*”, año 2000, artículo de la revista de la E.L. de D. de Puebla N° 2, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 02 de marzo del 2018 de: <https://revistas-colaboración.jurídicas.unam.mx/index-php/jurídica-libre-puebla/article/download%570/520>.

Ortiz, E, “*El Control de Constitucionalidad en Costa Rica. Antecedentes Históricos*”, Ivtitia. Año 5, N°50, año 1991. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15291/14612>

Paradigma Interpretativo, revista educativa “MasTiposde.com”, equipo de redacción profesional, 2016. Página web consultada el 06 de marzo del 2018 de: https://www.mastiposde.com/paradigma_interpretativo.html.

Rodríguez U, 2013, “*Acerca de la investigación bibliográfica y documental*”, sitio web: Guía de Tesis consultado el 06 de marzo del 2018 en: <http://guiadetesis.wordpress.com>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Recuperado el 20 de febrero del 2018 de: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_es

Unión Europea, *¿Qué es la UE?*, sitio web consultado el 20 de febrero del 2018 en: https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es

Tesis Universitarias

Murillo, S, “*Análisis de Derecho Comparado entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Europeo de Derechos Humanos a fin de determinar cuáles características instrumentales de la experiencia europea se pueden implementar - parcial o totalmente- en el Sistema Interamericano*”, Tesis de grado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, año 2017. Recuperada el 19 de febrero del 2018 de: <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/.../Tesis-Sara-Murillo-Versión-Final-Empastes-de-Lujo.pdf>

Convenios Internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969

Constitución Política

Constitución Política, Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 08 de noviembre de 1949.

Legislación Nacional

Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 11 de octubre de 1989.

Ley de Reforma Constitucional N° 7128, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 18 de agosto de 1989.

Ley Orgánica del Poder Judicial N° 8, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 29 de noviembre de 1937

Ley General de la Administración Pública N° 6227, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 02 de mayo de 1998.

Código Civil Ley N° 63, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 28 de setiembre de 1887.

Código Procesal Pena Ley N° 7594, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 10 de abril de 1996.

Resoluciones nacionales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2313 del nueve de mayo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 1185 del dos de marzo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 9685 del nueve de mayo del 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 16141 del 04 de diciembre del 2013.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 3435 del 11 de noviembre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 5759 del 10 de noviembre de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 6794 del 21 de mayo de 2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 330, del 15 de abril del 2016.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1082, 23 de agosto del 2013.

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, voto salvado 413, del 18 de abgos del 2017

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 1758, 11 de septiembre del 2014.

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 377 del 24 de octubre del 2017.

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 00009 del 12 de enero del 2017)

Resoluciones internacionales

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, caso 5 US 137, año 1803, sentencia dictada por John Marshall.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros Vrs Chile*, caso C N°154, sentencia del 26 de septiembre del 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang Vrs. Guatemala*, caso C N°101, sentencia del 25 de noviembre del 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi Vrs. Ecuador*, caso C N°114, sentencia del 07 de septiembre del 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez Vrs. Honduras*, sentencia del 01 de febrero del 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vrs México*, caso C N°220, sentencia del 26 de noviembre del 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vrs Perú*, 2006, sentencia del 24 de noviembre del 2006.

Corte Constitucional de la República Italiana, resolución 348, 22 de octubre del año 2007.

Corte Constitucional de la República Italiana, resolución 349, 03 de octubre del año 2007.

Tribunal de Justicia Europea, Caso *Administration des finances italiennes v. Simmenthal*, asunto 106/77, sentencia del 9 de marzo de 1978.