

# LA NECESIDAD DE CREAR UN REENVÍO DE CONVENCIONALIDAD ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Dr. Haideer Miranda Bonilla<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El presente estudio tiene como finalidad analizar de manera introductoria el diálogo judicial institucional, así como la competencia consultiva tanto en la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular con la entrada en vigor del *Protocolo n.º 16* a la Convención Europea de Derechos Humanos, con la finalidad de plantear la necesidad de que, en el Sistema Interamericano de Protección, se formalice la existencia de un reenvío de convencionalidad que les permita a los jueces y las juezas nacionales -constitucionales y supremos- acudir a la Corte Interamericana cuando tengan serias dudas sobre la compatibilidad de la normativa interna con el parámetro de convencionalidad.

**Palabras claves:** diálogo judicial, opinión consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, control de convencionalidad, reenvío de convencionalidad.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze in an introductory manner the institutional judicial dialogue, as well as the advisory jurisdiction both in the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights and in the European Court of Human Rights, particularly with the entry into force of Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights, in order to raise the need for the Inter-American Protection System to formalize the existence of a preliminary ruling of conventionality that allows national judges - constitutional and supreme - to go to the Inter-American Court when they have serious doubts about the compatibility of domestic regulations with the conventionality parameter.

**Keywords:** judicial dialogue, advisory opinion, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, conventionality control, preliminary ruling of conventionality.

Recibido: 10 de marzo de 2024    Aprobado: 14 de mayo de 2025

---

<sup>1</sup> Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional, y especialista en Estudios Internacionales, ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Profesor de Derecho Constitucional en grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Profesor especialista en Justicia Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico: [haideer.miranda@ucr.ac.cr](mailto:haideer.miranda@ucr.ac.cr).

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

**Sumario:** 1. Introducción. – 2. El diálogo judicial institucional. – 3. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. – 4. La posibilidad de las juezas y los jueces nacionales de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. – 5. La necesidad de crear un reenvío de convencionalidad ante la Corte de San José como instrumento para fortalecer el control de convencionalidad, el diálogo judicial y el *ius commune* interamericano. – 6. Conclusiones. – 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El diálogo judicial es uno de los temas de mayor actualidad en la protección de los derechos humanos, así como en el constitucionalismo contemporáneo y latinoamericano<sup>2</sup>. A partir de mediados del siglo XX, se empezó a hablar de la “internacionalización del derecho constitucional” y, más recientemente, de la “constitucionalización del derecho internacional”.

La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado.

Por su parte, la constitucionalización del derecho internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional; es decir, son constitucionales del orden internacional que implica el respecto por los derechos humanos<sup>3</sup>.

El primero de los fenómenos opera en el ámbito interno, en la medida que cada Estado fija de forma autónoma el rango o la jerarquía que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, en el segundo de los fenómenos, se puede evidenciar cómo el derecho internacional de

- 
- 2 Sobre el tema existe una vasta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: Cartabia, Marta. “Taking dialogue seriously. The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union”. En Jean Monnet working papers. Número 2/2007. Cassese, Sabino, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Einaudi, Torino 2009. ID. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009. De Vergottini, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010. ID. *Il dialogo transazionale tra le corti*, Scientifica, Napoli, 2010. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.). *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial, una visión desde América Latina y Europa*. Porrúa, México, 2012. ID. (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Herrera García, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. García Roca Javier, Canosa Usera Raúl, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Santolaya Machetti, Pablo, (coord.). *El Diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Civitas, Madrid, 2012. Groppi, Tania. “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali”. En *Rivista Quaderni Costituzionali*. Número 11, Il Mulino, Bologna, 2011, p.199 – 207. Miranda Bonilla, Haideer. *Diálogo judicial interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2016. Pegoraro, Lucio. “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”. En Ferrer Mac Gregor Eduardo, Herrera García Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 33 – 80. Pertici, Andrea, Navarretta, Emanuella, *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Edizioni Plus, Pisa, 2004. Pizzorusso, Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Giappichelli, Torino, 2008. Zagrebelsky, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Il Mulino, Bologna, 2008.
- 3 Corte IDH. Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Sentencia del 30 de noviembre de 2007. Serie C n.º 174, párr. 6.

los derechos humanos se ha nutrido de institutos jurídicos propios del derecho constitucional. En este sentido, puede existir una similitud entre el control concentrado de constitucionalidad que llevan a cabo las cortes o tribunales constitucionales y el control concentrado de convencionalidad que lleva a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante la Corte IDH—, pues, en términos generales, ambos tienen como finalidad limitar el poder arbitrario del Estado y la tutela de la dignidad de la persona humana<sup>4</sup>.

Asimismo, en el sistema interamericano de protección, en la formalización del control de convencionalidad en sede nacional, a partir de la sentencia “*Almonacid Arellano vs. Chile*”, la jurisdicción interamericana tomó como referencia la jurisprudencia de órganos de justicia constitucional de la región, quien desde hace tiempo viene ejerciendo ese tipo de control en sus respectivos ordenamientos<sup>5</sup>. Lo anterior evidencia la existencia de una viva interacción, es decir, un *judicial dialogue* entre las jurisdicciones convencional y constitucional en la región que no está ajena a los conflictos entre ordenamientos, lo importante es que ello no llegue a desencadenar una guerra entre cortes<sup>6</sup>.

El presente estudio tiene como finalidad analizar a manera introductoria el diálogo judicial institucional, así como la competencia consultiva tanto en la jurisdicción de la Corte IDH como

en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante Tribunal EDH—, en particular con la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos, con la finalidad de plantear la necesidad de que, en el Sistema Interamericano de Protección, se formalice la existencia de un reenvío de convencionalidad que les permita a las personas juzgadas nacionales -constitucionales y supremas- acudir a la Corte de San José cuando tengan serias dudas sobre la compatibilidad de la normativa interna con el parámetro de convencionalidad, tal y como se va exponer más adelante.

## 2. El diálogo judicial institucional

Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de «derecho constitucional global» habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos», o bien, la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al derecho internacional y de sentencias de otras Cortes Constitucionales<sup>7</sup>.

Es por ello que la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios y las ideas) se produce hoy, en gran medida, por vía jurisprudencial, gracias sobre todo a las aportaciones de las cortes constitucionales y de las cortes internacionales

4 Hitters, Juan Carlos. (2009) “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En *Estudios Constitucionales*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca. Año 7. N.º 2, pp.109-128.

5 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costa*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

6 Miranda Bonilla, Haideer. (Enero-abril de 2023). “Tensiones y conflictos entre las Cortes y Tribunales Constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 160. Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados de Costa Rica, pp .1 – 33.

7 Entre los múltiples estudios de derecho constitucional comparado que surgieron en esa época, se puede mencionar: L’Heureux, Dube C. (2001). “The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”. En *Harvard Law Review*, pp. 2049 ss. Slaughter, Anne. (2003). “Global Community of Courts”. En *Harvard International Law Journal*, pp.191 ss.

y transnacionales<sup>8</sup>. Ello evidencia la importancia que ha asumido cada vez más la utilización de la comparación jurídica en el ámbito de la protección de los derechos humanos<sup>9</sup>.

El derecho comparado es la rama de las ciencias jurídicas que estudia los sistemas jurídicos (en su mayoría estatales) comparándolos entre sí, mediante un análisis de sus similitudes y diferencias<sup>10</sup>. La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo<sup>11</sup>. Hacer derecho comparado es (también y no solo) crear (o utilizar) clases y modelos, operar confrontaciones por analogías y diferencias, indagar sobre la circulación, la exportación o la importación de las instituciones, así como considerar su capacidad de adaptación a contextos diferentes<sup>12</sup>.

La palabra diálogo viene del latín *dialōgus* que significa discurso racional o ciencia del discurso, hace referencia a (dos y logos), cuya interpretación suele referirse al discurso racional o el intercambio de palabras entre dos o más personas. El diálogo es la plática entre dos o más

personas, que alterativamente manifiestan sus ideas<sup>13</sup>.

En el ámbito jurídico, evidentemente, esta temática hace referencia a la comunicación entre autoridades judiciales en las cuales existen diferentes instancias de protección; es decir, un constitucionalismo multinivel<sup>14</sup>. El diálogo judicial permite la creación de espacios de intercambio y colaboración entre las distintas jurisdicciones en aspectos relacionados con la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En esta materia, se debe distinguir entre el diálogo horizontal, vertical y el institucional, entre otros. El diálogo horizontal se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre cortes, salas o tribunales constitucionales, o a nivel convencional entre la Corte IDH y sus homólogos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Africana de Derechos Humanos. A este propósito, hay ordenamientos que demuestran una apertura en la utilización del derecho comparado y la jurisprudencia de tribunales internacionales como la Corte Constitucional Sudafricana y, en sentido opuesto, hay casos de ordenamientos donde esta apertura

---

8 Pegoraro, Lucio. “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”. En Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Herrera García, Alfonso (coords.). (2013). *Diálogo Jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 61.

9 Sobre la utilización de jurisprudencia extranjera por parte de jurisdicciones constitucionales, se puede consultar el estudio pionero de Pegoraro, Lucio. (2006). *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica Condividi*. CLUEB, Bolonia.

10 Kotz, Heinz, Zweigert, Konrad. (1992). *Introduzione al diritto comparato*. Giuffrè. Milán, p. 6.

11 De Vergottini, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. CEDAM. Milán. 2013, p. 52.

12 Pegoraro, Lucio. *Diritto costituzionale comparato. Aspetti Metodologici*. Milán. 2013, p. 21.

13 *Diccionario de la lengua española*. Real Academia Española. Término diálogo.

14 Romboli, Roberto. “Prólogo” al libro de Miranda Bonilla, Haideer. (2016). *Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 17. Bogotá: Nueva Jurídica, p.7.



es muy limitada, como la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>15</sup>.

El diálogo vertical es aquel que se lleva a cabo en la relación entre jurisdicciones nacionales, internacionales o supranacionales, pudiéndose realizar de arriba abajo o viceversa. En este ámbito, se estudia, por ejemplo, la relación que existe entre las Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales y la Corte IDH en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección. Por su parte, en el ámbito de la tutela multinivel en Europa se analiza la relación de las jurisdicciones constitucionales con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a nivel supranacional con la Corte de Justicia de la Unión Europea (U. E.).

Por su parte, el diálogo institucional es aquel que se encuentra regulado a nivel normativo y que se halla circunscrito a un determinado ordenamiento jurídico. En esta temática, se puede hacer referencia a la “cuestión” o “reenvío prejudicial” previsto en el artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (*ex* artículo 234 del Tratado C.E.E.), el cual permite que cuando el juez o la jueza nacional tenga serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria pueda plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea –órgano jurisdiccional de la integración europea–, siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para las restantes personas juzgadoras.

Este procedimiento permite a un órgano jurisdiccional nacional consultar a la Corte de

Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto<sup>16</sup>. En el derecho comunitario transnacional, el reenvío prejudicial ha sido formalizado en el artículo 22 k) del *Protocolo de Tegucigalpa*, en el cual se ha previsto que la cuestión prejudicial sea planteada ante la Corte Centroamericana de Justicia. Asimismo, en el ámbito de la Comunidad Andina, este instrumento ha sido formalizado en los artículos 32 y 36 del *Protocolo de Cochabamba*. En el ámbito convencional europeo, es de gran importancia la entrada en vigor del *Protocolo* número 16 adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 2 de octubre de 2013, el cual crea un novedoso procedimiento que permite a los tribunales nacionales supremos solicitar “opiniones consultivas” al Tribunal EDH cuando tengan dudas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### 3. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su artículo 64.1 que cualquier Estado miembro de la O.E.A. o los órganos de esta pueden consultar a la Corte IDH, acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. La Corte puede emitir también, a solicitud de cualquier Estado miembro de la organización, una opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales anteriormente mencionados<sup>17</sup>.

15 Groppi Tania. (2011). “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali”. En *Rivista Quaderni Costituzionali*. Número 11. Bologna: Il Mulino, p. 201.

16 Romboli, Roberto. (2014). “Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo”. En *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Número 3, pp. 3-5.

17 Sobre la función consultiva de la Corte IDH, se puede ver: Ventura, Manuel y Zovatto, Daniel. (1989). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Pacheco Gómez, Máximo. (2003). “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En AA.VV. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Corte IDH. 2.a ed. Tomo I. San José, pp. 93 – 106.

Dicha función permite a la Corte de San José interpretar cualquier norma de la Convención Americana o de otros tratados que conforman el parámetro de convencionalidad, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la jurisdicción interamericana tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la convención, incluso aquellas de carácter procesal, y que es el organismo más apropiado para hacerlo, por ser el “intérprete última de la Convención Americana”<sup>18</sup>. El tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo<sup>19</sup>.

Los órganos legitimados para solicitar una opinión consultiva son los Estados miembros de la O.E.A. —independientemente de que hayan suscrito la Convención Americana o ratificado la competencia contenciosa—, así como una serie de órganos de la O.E.A., dentro de los que destacan: la Comisión Interamericana, la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Secretaría General de las Conferencias Especializadas y los organismos especializados.

No obstante, en la actualidad, ningún órgano jurisdiccional puede solicitar una opinión consultiva, a pesar de que, en la arquitectura institucional del sistema convencional, la jueza o

el juez nacional es la primera jueza o el primer juez interamericano y tiene un rol fundamental en la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.

En relación con la solicitud de una opinión, es necesario que se formulen con precisión las preguntas planteadas a la Corte de San José, especificando las disposiciones que deben ser interpretadas, así como indicar las consideraciones que las originan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte. Por ello, la competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva<sup>20</sup>.

En el procedimiento de tramitación de una consulta consultiva, la Corte IDH da audiencia a los Estados miembros de la O.E.A., al secretario general y al presidente del Consejo Permanente de la O.E.A., así como a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que presenten, en un determinado plazo, observaciones por escrito y documentos relevantes relacionados con la solicitud mencionada<sup>21</sup>.

Asimismo, la Secretaría de la Corte invita, a través de su sitio web, a diversas organizaciones y sociedad civil en general, además de instituciones académicas de la región, así como a cualquier

18 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, párr. 124, y *Caso la Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162, párr. 173.

19 Corte IDH. Opinión consultiva OC-7/87 del 29 de agosto de 1987. “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A n.º 7, párr. 14; OC-18-03 del 17 de septiembre de 2003. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, párr. 64 y OC-19-05 del 28 de noviembre de 2005. “Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 18.

20 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 16). *Opinión Consultiva OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño del 28 de agosto de 2002*. Serie A n.º 17, párr. 35.

21 Artículo 67.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

persona interesada en remitir su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. El anterior procedimiento de consulta se encuentra regulado en el artículo 67.3 del Reglamento de la Corte que se denomina *amicus curiae*<sup>22</sup>. Posteriormente, la Corte IDH lleva a cabo una audiencia pública con la presencia de todas las partes quienes presentan sus argumentos.

A través de las 29 opiniones consultivas emitidas a enero de 2024, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre temas esenciales como lo son: tratados internacionales objeto de la función consultiva; efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana; restricciones a la pena de muerte; propuesta de modificaciones a la Constitución Política de un Estado parte; colegiación obligatoria de periodistas; exigibilidad de rectificación o respuesta; *habeas corpus* bajo suspensión de garantías judiciales en estados de emergencia; interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención; excepciones al agotamiento de los recursos internos; compatibilidad de un proyecto de ley con la Convención; ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana establecidas en la Convención; responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención; informes de la Comisión Interamericana; derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; condición jurídica y derechos de los migrantes; control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana y el artículo 55 de la Convención Americana.

En la opinión OC-21 del 19 de agosto del 2014, se pronunció sobre los derechos y garantías de

niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Posteriormente, en la OC-22 del 26 de febrero del 2016, analizó la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En la histórica OC-23 del 15 de noviembre de 2017, se pronunció sobre medio ambiente y derechos humanos, en particular sobre las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

En la opinión consultiva OC-24 del 24 de noviembre del 2014, se refirió a la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana.

En la OC-25 del 30 de mayo de 2018, se refirió a la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección. Además, se ha pronunciado más recientemente sobre la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sobre los

22 Sobre los orígenes de esta figura en el derecho internacional público y la necesidad de su implementación en sede constitucional, se puede consultar: Bazán, Víctor. (2010). “La importancia del *amicus curiae* en los procesos constitucionales”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica*. Número 3, Ecuador, pp. 123 – 148.



enfoques diferenciados respecto a determinados grupos de personas privadas de la libertad.

A pesar de llamarse opinión y que para un sector de la doctrina no tienen un carácter vinculante para el Estado u órgano consultante, lo cierto es que tienen innegables efectos jurídicos, pues, en la praxis, algunas de las interpretaciones más importantes sobre los alcances de normas concretas de la Convención Americana se han realizado por medio de opiniones consultivas<sup>23</sup>.

Nótese que, en algunos ordenamientos, se ha determinado su carácter vinculante, y algunas jurisdicciones constitucionales las han utilizados en sus sentencias cuando han realizado un control difuso de convencionalidad<sup>24</sup>.

Así, por ejemplo, en Costa Rica<sup>25</sup>, la Sala Constitucional de manera pionera les ha reconocido un carácter vinculante a las opiniones consultivas, tal y como lo ha sostenido desde la sentencia número 1995-2313, en donde dispuso: “*las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, tratándose de Derechos Humanos, sus decisiones vinculan al Estado costarricense*”<sup>26</sup>.

En esa resolución, la Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por vulnerar la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte IDH sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva n.º OC-5-85 del 13 de noviembre de 1985<sup>27</sup> en el sentido de que: “*que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”<sup>28</sup>.

El fallo resalta la importancia de que no solo se cumpla con lo dispuesto en el texto de la Convención Americana, sino también en los criterios interpretativos que son los que le dan vida a esta.

Esa construcción realizada a nivel constitucional fue reconocida posteriormente por la Corte IDH en la sentencia de supervisión de cumplimiento en el caso Gelman, en la que realizó la distinción entre los efectos directos e indirectos de las sentencias convencionales<sup>29</sup>.

23 Hernández Valle, Rubén. (2012). *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, España, p. 24.

24 Miranda Bonilla Haideer. (2024). “El control difuso de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección”. En Crispín Sánchez, Arturo (coordinador). *Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional. Gaceta Jurídica*. Lima, pp. 73 – 101.

25 Para el connotado constitucionalista costarricense Hernández Valle, el control difuso de convencionalidad fue formalizado expresamente en los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional promulgada en 1989, lo cual en esa época era impensable hasta para el CIDH. Estas dos normas son de las mejor logradas que tiene la citada ley y constituyen un orgullo para Costa Rica, pues nos adelantáramos 17 años a la CIDH para establecer el control interno de convencionalidad a nivel latinoamericano. En Hernández Valle, Rubén. “Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional”. En *Revista de la Sala Constitucional de Costa Rica*, p.15.

26 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 1995-2313.

27 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas. (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A n.º 5.

28 Sala Constitucional. Sentencias números 1682, 3043 y 4276 del 2007.

29 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013.



Posteriormente, en las sentencias **números** 2018-12782 y 2018-12783, la Sala Constitucional hizo referencia en su motivación a la Opinión Consultiva OC-24/17 para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo **y la unión de hecho**, respectivamente en el ordenamiento jurídico interno<sup>30</sup>.

Por otra parte, la Corte IDH en el ejercicio de su competencia desempeña un control de convencionalidad preventivo y abstracto. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las opiniones consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo<sup>31</sup>.

Por ejemplo, en la opinión consultiva OC/484 “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”, la Corte de San José se pronunció sobre la incompatibilidad de un proyecto de reforma constitucional con la Convención Americana, en particular que *“sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges”*<sup>32</sup>.

Tal observación fue tomada en cuenta por la Asamblea Legislativa de Costa Rica en el texto de la Reforma Constitucional número 7065 que se aprobó el 21 de mayo de 1987. Este instrumento es de indudable valor, pues los Estados tienen la posibilidad de consultar a la Corte IDH sobre la compatibilidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional con la Convención Americana de previo a su aprobación.

#### **4. El Protocolo número 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El *Protocolo número 16* fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre de 2013, fue sometido a ratificación por los países que han suscrito la Convención Europea y entró en vigor el 11 de agosto del 2018 cuando fue ratificado por Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania. Este instrumento normativo creó un novedoso procedimiento que permitió a las “altas jurisdicciones nacionales” solicitar al Tribunal EDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales, motivo por el cual pudo ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”, pues pretendía reforzar a través de un instrumento normativo institucional el diálogo judicial entre

- 
- 30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A n.º 24.
- 31 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del *Protocolo de San Salvador*). Serie A n.º 22, párr. 26.
- 32 Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”. Serie A, n.º 4.

la jurisdicción convencional con los tribunales nacionales.

En este sentido, el expresidente del Tribunal EDH, DEAM SPIELMANN lo caracteriza como el “Protocolo del diálogo”<sup>33</sup>, pues es un instrumento que desarrolla un diálogo o interacción entre la jurisdicción convencional y las cortes nacionales en la óptica de una siempre mayor implementación de la Convención Europea, según los principios de subsidiaridad y complementariedad. Este instrumento fue plasmado, no obstante, las numerosas diferencias miran a la cuestión o reenvío prejudicial que los jueces nacionales pueden plantear ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (UE), y definido por esta razón como el “hermano mayor”<sup>34</sup>.

La opinión consultiva puede ser planteada por un juez nacional cuando en la tramitación de un proceso judicial tiene dudas en relación con la aplicación e interpretación de un derecho reconocido en la Convención Europea o en alguno de sus protocolos. Se trata de una competencia diferente a la tramitación de un caso en la jurisdicción contenciosa en donde se cuestiona la responsabilidad internacional del Estado, pues pretende *chiarire le disposizioni della Convenzione e la giurisprudenza della Corte, fornendo in questo modo ulteriore attività di indirizzo al fine di aiutare gli Stati parte ad evitare future violazioni*<sup>35</sup>.

En este sentido, con la introducción de la opinión consultiva, se ha querido:

*creare un percorso di confronto immediato, seppur nell’ambito di un giudizio pendente, di modo da contribuire a rafforzare l’uniforme applicazione ed interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo attraverso la lettura combinata formulata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dalle autorità giurisdizionali nazionali*<sup>36</sup>.

Se le asignó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una nueva competencia que lo acercaría a las Cortes o Tribunales Constitucionales nacionales, por lo menos en lo que concierne a aquellas funciones desarrolladas a través de las tipologías de decisiones que, sin declarar necesariamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, proporcionan un principio (más o menos general y genérico, según la circunstancia) al que la actividad del legislador y del juez tiene que atenerse<sup>37</sup>.

En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación —de manera distinta respecto a lo que, en muchas ocasiones, ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea— de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde distintas perspectivas.

33 Discurso del juez Dean Spielmann, expresidente de la Corte EDH en la 123 sesión del Comité de Ministros del 16 de mayo del 2013. El texto del discurso se puede consultar en el sitio web del Tribunal Europeo: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

34 Conti, Roberto. (2014). “La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea”, p. 6, disponible en <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>

35 Rivera, Ilaria. (2016). “Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione”. En *Studi sull’integrazione europea*. Número 2-3, p. 455.

36 Rivera, Ilaria. “Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione”. En *Studi sull’integrazione europea*, p. 460.

37 Romboli, Silvia. (2019). “El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos?”. En *Revista Advocacia Pública Federal*. Volumen 3, p. 32. Disponible en <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>

En primer lugar, por la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo, gracias a la superación de las dificultades que acarrea para los jueces y las juezas nacionales obtener principios y reglas generales de una jurisprudencia casuística y, la mayoría de las veces, sujeta al supuesto concreto, favoreciéndose así, de un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, de otro, que la tutela de los derechos contenidos en este se cumpla principalmente a nivel “local”, convirtiéndose en excepcional el recurso a la Corte de Estrasburgo<sup>38</sup>.

No obstante, lo anterior dependerá claramente de la aplicación práctica que tendrán las opiniones consultivas por parte de los sujetos legitimados y de la jerarquía de la Convención Europea en el sistema de fuentes internas y su utilización en la resolución de casos concretos.

En cuanto a los sujetos legitimados, el artículo 1.1. del *Protocolo número 16* señala: “Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, de acuerdo con lo especificado en el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”.

En este sentido, los Estados serán quienes determinarán “las altas jurisdicciones” legitimadas para presentar la opinión consultiva. Cabe suponer, en todo caso, que los Estados que ratifiquen el *Protocolo* reservarán esa posibilidad

a sus jurisdicciones supremas o constitucionales o a aquellos órganos jurisdiccionales que, aunque sean de nivel inferior a esos tribunales, sean de especial importancia, al ser “los más altos” órganos jurisdiccionales para cierta categoría de asuntos<sup>39</sup>.

En relación con esa discrecionalidad, un sector de la doctrina italiana plantea si podrían establecerse límites a dicha discrecionalidad y ejercerse unos controles “desde el exterior”, en los casos en que, por ejemplo, se adviertan abusos o instrumentalizaciones como la exclusión de las Cortes o Tribunales Constitucionales<sup>40</sup>.

Es fundamental que, dentro de la noción de jurisdicciones supremas, se incluya a las Cortes o Tribunales Constitucionales, pues son actores privilegiados del diálogo judicial multinivel. Por otra parte, la limitación a los “más altos tribunales” de los Estados busca sin duda evitar una “proliferación de peticiones” que podrían llevar a complicar el sistema de tutela de la Convención Europea<sup>41</sup>.

En este sentido, las únicas posibilidades para los órganos judiciales “inferiores” serían entonces esperar que, a través del sistema de recursos, la más alta jurisdicción se demuestre sensible ante la misma duda, de un lado o, de otro, plantear al juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de la opinión consultiva al TEDH, creando una suerte de vínculo virtuoso entre la prejudicial constitucional y la europea<sup>42</sup>.

38 Romboli, Silvia. (2019). *El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “diálogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 32.

39 López Guerra, Luis. (Enero-marzo de 2014). “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 49, p.23.

40 Rivera, Ilaria. *Il protocollo n.º. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione*, p. 560.

41 López Guerra, Luis. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, p. 21.

42 Romboli, Silvia. *El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “diálogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 36.

La opinión consultiva puede ser presentada por las “altas jurisdicciones” que hayan sido elegidas como sujetos legitimados en el momento de la ratificación por los Estados, lo cual conlleva que tengan un carácter facultativo y no obligatorio, pudiendo incluso la autoridad judicial renunciar en cualquier momento a la petición. Las razones de esta elección que diferencian la cuestión prejudicial europea de aquellas constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se averiguan en la distinta tipología de las normas objeto de estos instrumentos.

En el caso del derecho de la Unión Europea, por ejemplo, se trata de una regulación muy específica que necesita una interpretación uniforme para todos los Estados miembros. Las normas del Convenio Europeo, sin embargo, se caracterizan por un contenido más amplio e imponente, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el “resultado” y no averiguar una solución igual para todos<sup>43</sup>.

Por su parte, el artículo 1.2. del *Protocolo* señala que: “el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo”.

En este sentido, es un requisito fundamental que la norma que se considera inconvencional tenga que ser aplicada en la resolución del caso en concreto que tiene que resolver, pues de no ser así, no se encuentra facultada para presentar la opinión.

Al respecto, el artículo 1.3. del *Protocolo* determina: “El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos

pertinentes del asunto del que esté conociendo”. Ello evidencia el “carácter incidental” de este tipo de competencia, pues el juez *a quo* no solo debe fundamentar la solicitud, sino también suspender la tramitación del proceso judicial nacional hasta tanto no se pronuncie la jurisdicción convencional europea.

En cuanto al procedimiento, el artículo 2 del *Protocolo* determina:

1. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala se pronunciará sobre la aceptación de la solicitud de opinión consultiva, a tenor de lo estipulado en el artículo 1. El colegio motivará toda negativa a aceptar la solicitud.
2. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala emitirá la opinión consultiva.
3. El juez elegido por la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud será miembro de pleno derecho del colegio y de la Gran Sala previstos en los párrafos anteriores. En su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, actuará en calidad de juez una persona designada por el Presidente del Tribunal a partir de una lista presentada previamente por dicha Parte Contratante.

En este sentido, el rechazo de la solicitud de opinión consultiva deberá ser motivada. En el supuesto de que la solicitud sea admitida será resuelta por la Gran Sala del Tribunal EDH compuesta por 18 jueces. En el procedimiento, lo dispuesto en el artículo 3 es de gran importancia y determina:

el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte

---

43 Romboli, Silvia. *El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “diálogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 32.



Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal podrá igualmente, en interés de una buena administración de justicia, invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias.

De conformidad con el artículo 4 del *Protocolo*, las opiniones consultivas serán resueltas a través de una resolución motivada pudiendo los jueces poner notas o votos particulares. Además, la resolución será comunicada al órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud y al Estado que representa. Luego, las opiniones serán publicadas.

Por su parte, en relación con los efectos de la decisión, el artículo 5 del *Protocolo* determina que las opiniones consultivas no serán vinculantes. En la guía explicativa del *Protocolo*, se afirma que las opiniones se insertan en un contexto de diálogo entre el TEDH y las autoridades jurisdiccionales nacionales y que “el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional”<sup>44</sup>.

Asimismo, si bien las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelaciones sucesivos, sí formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. La interpretación de la Convención Europea y de sus protocolos contenida en dichas opiniones consultivas tendrá los mismos efectos que los principios interpretativos establecidos por el tribunal en las sentencias y en las decisiones”.

La interpretación conforme provenga de Estrasburgo no puede llegar a tener los efectos de una resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; es decir, no podrá claramente consentir al juez nacional inaplicar, con fundamento en una opinión consultiva, el derecho interno. No obstante, la lectura proporcionada por el Tribunal Europeo podrá sin duda orientar una interpretación del juez ordinario conforme al Convenio o inducir a este a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el constitucional denunciando la violación de las obligaciones internacionales<sup>45</sup>. Lo anterior evidencia que la existencia de un reenvío de convencionalidad fortalecerá el diálogo judicial y la tutela multinivel de los derechos humanos en Europa.

### **5. La necesidad de crear un reenvío de convencionalidad entre el juez nacional y la Corte de San José como instrumento para fortalecer el control de convencionalidad, el diálogo judicial y el *ius commune* interamericano**

El Sistema Interamericano de Protección tiene un carácter subsidiario y complementario en la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, motivo por el cual los Estados son los primeros garantes de estos. Al respecto, la Corte de San José en su jurisprudencia ha indicado:

*El principio de complementariedad, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad*

44 El texto integral puede ser consultado en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines\\_P16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf)

45 Romboli, Silvia. *El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “diálogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 39.

*(también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”<sup>46</sup>.*

En virtud de lo anterior, en la arquitectura institucional del sistema convencional los jueces nacionales se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación y las actuaciones internas con los parámetros interamericanos con fundamento en el principio de subsidiariedad. En este sentido, tal y como indicó el exjuez interamericano GARCÍA RAMÍREZ: *“Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales*

*de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos”<sup>47</sup>.*

La protección multinivel de los derechos humanos garantiza que los tribunales nacionales sean los primeros en actuar, permitiendo que la jurisdicción convencional sea complementaria y subsidiaria solo en aquellos casos en que la tutela interna sea insuficiente.

En la interacción entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales de la región, se evidencia el surgimiento de un “diálogo judicial vertical” que se encuentra en constante evolución y perfeccionamiento, el cual tiene como finalidad la tutela efectiva del ser humano a través de la creación de estándares mínimos de protección<sup>48</sup>.

El juez constitucional en el ejercicio de sus funciones no solo utiliza como parámetro la Constitución, sino también la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad, situación que evidencia que es un actor privilegiado en el ejercicio del control difuso de convencionalidad y en la protección de grupos vulnerables<sup>49</sup>.

Para el expresidente del Tribunal Constitucional Alemán, ANDREAS VOBKHULE, los

46 Corte IDH. *Caso de la masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones*. Sentencia del 30 noviembre de 2012. Serie C n.º 105, párr. 142. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 157, párr. 66. *Caso comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 1.º de septiembre de 2015. Serie C n.º 299, párr. 159.

47 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

48 Miranda Bonilla, Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad. *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*. Número 17. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

49 Cruz Castro, Fernando. (Julio de 2020). “El juez constitucional como garante del control de convencionalidad”. En *Revista Judicial*. Número 128. Corte Suprema de Justicia, San José, p. 21.

Tribunales Constitucionales deben actuar como “mediadores”, pues de algún modo son los obligados junto a los legisladores nacionales a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos humanos a las demás autoridades domésticas<sup>50</sup>.

En este sentido, es interesante como, en algunos ordenamientos de nuestra región, existe la posibilidad de un acceso incidental a las cortes y tribunales constitucionales por parte de las juezas y los jueces ordinarios.

Así, por ejemplo, la Sala Constitucional tiene dentro de sus competencias resolver aquellas consultas judiciales que le formulen las juezas y los jueces ordinarios cuando tengan dudas fundadas sobre la constitucionalidad 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<sup>51</sup>. Al respecto, en la sentencia número 2013-16141, la Sala Constitucional determinó:

*[...] 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. 1995-2313), y, en consecuencia, los mismos mecanismos que tienen los jueces para elevar consultas de constitucionalidad, pueden utilizarse para las consultas por convencionalidad (según los criterios señalados 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. Esta transformación de las normas de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no proviene de una decisión en el vacío, sino en atención a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso, que impone este control a los jueces, y en consecuencia el Estado, debe actuar conforme.*

Lo anterior conlleva a la existencia de una “consulta judicial de convencionalidad” a la que la jueza o el juez ordinario se encuentra obligado a plantear en los supuestos indicados, pues no se le permite la desaplicación de la norma por considerar que es inconvencional.

Por su parte, en la últimas décadas, la Corte IDH ha ampliado el espectro comparativo, pues encontramos referencia expresa a sentencias de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como Corte Supremas de América Latina, en particular de la Corte Constitucional Colombiana, la Sala Constitucional de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Ecuador, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Argentina, la Suprema Corte de la Nación de México y el Tribunal Constitucional del Perú, en la motivación de las resoluciones de fondo y, en

50 García Roca, Javier, Canosa Usera Raúl, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Santolaya Machetti, Pablo, (coord.). (2012). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Madrid: Civitas, p.16.

51 Artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

algunos casos, en notas separadas o en los votos particulares.

En este sentido, la utilización de jurisprudencia de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como de cortes supremas de la región tuvo un peso importante en la formalización y perfeccionamiento del control difuso de convencionalidad, así como en el reconocimiento de una serie de nuevos derechos como la orientación sexual, la fecundación *in vitro* y el derecho a la salud de las personas ancianas y su protección especial<sup>52</sup>.

Sin embargo, no existe a nivel normativo un mecanismo de “diálogo judicial institucional” con reglas claras y precisas que permitan aclarar los espacios recíprocos de intervención y sobre todo al que la jueza o el juez nacional pueda acudir cuando tiene serias dudas sobre la aplicación, interpretación y validez de la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad con la normativa interna.

En este sentido, es fundamental crear un “reenvío de convencionalidad” que establezca un procedimiento normativo regulado que les permita a los jueces y las juezas nacionales acudir ante la Corte IDH cuando en la resolución de un caso en concreto tengan dudas razonables sobre la aplicación, interpretación y validez de algún instrumento que conforma el parámetro

de convencionalidad con la normativa interna<sup>53</sup>. Este es un procedimiento que, en términos generales, se asemeja a la consulta judicial de convencionalidad que existe en la justicia constitucional de Corte Rica.

Por su parte, el profesor JIMENA QUESADA afirma que, ante dicha eventualidad de colisión de controles constitucional e internacional, cabría prever esa doble prejudicialidad (con precedencia del control internacional sobre el control de constitucionalidad) en las normas constitucionales o infraconstitucionales domésticas, pudiendo completarse paralelamente esa previsión normativa doméstica mediante la adopción de un instrumento regional interamericano similar al *Protocolo n.º 16* al CEDH (conocido como *Protocolo del diálogo jurisdiccional*)<sup>54</sup>.

La posibilidad de presentar una opinión consultiva debería ser obligatoria para las jurisdicciones supremas y los órganos de justicia constitucional de cada país de la región cuando, en la resolución de un caso en concreto, tengan dudas razonables sobre la interpretación de la Convención Americana o algún instrumento que conforma el parámetro de convencionalidad, en particular, debe tratarse de algún tema novedoso sobre el cual no existe un gran desarrollo jurisprudencial o haya dudas razonables sobre la inconvencionalidad de una norma o de una interpretación interna. Ello crearía un “reenvío de convencionalidad” similar al establecido en la

52 Miranda Bonilla, Haideer. (Diciembre de 2020). “La utilización de derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista Judicial*. Número 129. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, p. 238.

53 Esa fue una de las conclusiones a las que llegué en mi tesis doctoral titulada “La tutela de los derechos fundamentales en América Latina, a través del fortalecimiento del dialogo jurisprudencial. (Una visión comparada a la luz de la experiencia europea)” que realicé bajo la extraordinaria guía del profesor Roberto Romboli en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa y que defendí el 17 de enero de 2014.

54 Jimena Quesada, Luis. (Julio – diciembre de 2022) “La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)”. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. In Memoriam* Antônio Augusto Cançado Trindade. Número 76. San José, p. 127.



experiencia convencional europea con la entrada en vigor del *Protocolo n.º 16* que potenciaría aún más el diálogo judicial interamericano<sup>55</sup>.

La creación de un reenvío de convencionalidad cumpliría una tarea de carácter nomofiláctica<sup>56</sup>, resolviendo dudas interpretativas relativas al parámetro de convencionalidad, esclareciendo el significado de estas y, con ello, garantizando una mayor seguridad jurídica.

Esto permitiría que la jueza o el juez nacional pueda solicitar que se especifique un punto relacionado con la interpretación de la Convención Americana para poder aplicarlo correctamente o solicitar que controle la validez de un acto interno incluso de un proyecto de ley o de una reforma constitucional o interpretación de una norma interna con el parámetro de convencionalidad.

Esto tendría la utilidad de que el órgano judicial no tenga que recurrir a algunos de los órganos legitimados de la OEA para presentar la opinión consultiva, lo cual es sumamente difícil realizarlo en la práctica, pues, en el ámbito de la separación de poderes, no sería bien visto que la persona juzgadora recurra a otro poder del Estado y, en el caso de que lo haga, no hay ninguna obligación de que estos presenten la opinión consultiva o esperen a que alguna de las partes del proceso judicial denuncie su caso a los órganos del sistema interamericano de protección donde la justicia es muy lenta.

El reenvío de convencionalidad vendría no solo a fortalecer el diálogo judicial entre las juezas y los jueces interamericanos y nacionales, sino también el mismo control difuso de convencionalidad y su carácter preventivo. Es un instrumento procesal que permitiría una mayor implementación de la Convención Americana en actuación de los principios de subsidiaridad y complementariedad, lo que incluso permitiría que a futuro disminuyan las denuncias ante el sistema interamericano de protección y promueva la convivencia armónica entre la esfera jurídica nacional y convencional, cuya relación no hay que verla en términos de jerarquía, sino de cuál de ellas ofrece el mayor nivel de protección.

La formalización de este instrumento se podría llevar a cabo a través de una reforma del artículo 64 de la Convención Americana ampliando los sujetos legitimados para presentar una opinión a las jurisdicciones supremas y constitucionales de cada país parte del sistema o por medio de la promulgación de un protocolo adicional<sup>57</sup>. Sin embargo, en lo personal, me inclino por la primera solución.

Además, es importante que lo que resuelve la Corte de San José sea vinculante para el juez del Estado solicitante y para las demás autoridades; es decir, que tenga un efecto interpretativo directo e indirecto. La formalización de un instrumento de este tipo es claro que fortalecería el control de convencionalidad, el *ius commune*

55 Miranda Bonilla, Haideer. (2016). *Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Número 17. Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.

56 Barbareschi, Simone. (2022). *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*. Nápoles: Editoriale Scientifica.

57 Jimena Quesada, Luis. (Julio - diciembre de 2022) “La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)”. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. In Memoriam Antônio Augusto Cançado Trindade*. Número 76. San José, pp. 107 – 135.

*interamericano*<sup>58</sup>: de un patrimonio constitucional interamericano<sup>59</sup>.

## 6. Conclusiones

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene importantes retos en el ámbito sustancial y procesal. En este último aspecto, es claro que la creación de un reenvío de convencionalidad ante la Corte IDH vendría a fortalecer no solo el principio de subsidiaridad y complementariedad, sino también el diálogo judicial institucional en la región, pues les permitiría a las jurisdicciones supremas y constitucionales solicitar opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad.

Esto tendría un efecto preventivo, pues reafirmaría su rol de interprete auténtico del texto de la Convención Americana que, sin lugar a dudas, permitirá a la autoridad nacional tener la certeza de qué interpretación llevar a cabo cuando existan en la jurisprudencia convencional tesis diferentes o, incluso, contradictorias, motivo por el cual favorecería el diálogo judicial, la certeza del derecho, la seguridad jurídica y la uniformidad de los criterios interpretativos en materia de derechos humanos a nivel interamericano.

La introducción de ese instrumento vendría a fortalecer además el control difuso de convencionalidad y la creación de un *ius commune* interamericano o de un patrimonio constitucional en la región y, con ello, el protagonismo de la

jueza o del juez nacional como primera persona juzgadora interamericana, la cual es un pilar fundamental en la arquitectura institucional del sistema regional de protección.

La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte IDH como nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad de ella con las Cortes superiores nacionales se erigirá inexorablemente en baluarte de sinergias en favor del principio *pro personae*<sup>60</sup>.

## 7. Bibliografía

Bazán, Víctor. (2010). “La importancia del *amicus curiae* en los procesos constitucionales”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica*. Número 3. Ecuador, pp. 123 – 148.

Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (coords.). (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomos I y II. México: UNAM.

Conti, Roberto. (2014). *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, pp. 1 – 27. Disponible en <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>

Cruz Castro, Fernando. (Julio de 2020). “El juez constitucional como garante del control de convencionalidad”. En *Revista Judicial*. Número

58 Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (coords.). (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomos I y II. México: UNAM,

59 Ulate Chacón, Enrique (coord.). (2015). *Del patrimonio constitucional centroamericano al derecho constitucional centroamericano. Estudios de Derecho Comparado*. San José: Insolma.

60 Jimena Quesada, Luis: “La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las Cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)”, p. 133.

128. Corte Suprema de Justicia, San José, pp. 11 – 26.

De Vergottini, Giuseppe. (2013). *Diritto costituzionale comparato*. Milán: CEDAM.

García Roca, Javier, Canosa Usera Raúl, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Santolaya Machetti, Pablo, (coord.). (2012). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Madrid: Civitas.

Groppi Tania. (2011). “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali”. En *Rivista Quaderni Costituzionali*. Número 11. Bolonia: Il Mulino, pp. 199 – 210.

Hernández Valle, Rubén. (2012). *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, España.

Jimena Quesada, Luis. (Julio – diciembre de 2022) “La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las Cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)”. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. In *Memoriam Antônio Augusto Cançado Trindade*. Número 76. San José, pp. 107 – 135.

López Guerra, Luis. (Enero-marzo de 2014). “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 49, pp. 11 – 29.

Miranda Bonilla, Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad. *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*. Número 17.

Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.

Miranda Bonilla, Haideer. (Diciembre de 2020) “La utilización de derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista Judicial*. Número 129. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, pp. 211 – 241. Miranda Bonilla Haideer. (2024). “El control difuso de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección”. En Crispín Sánchez, Arturo (coord.). *Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional*. *Gaceta Jurídica*. Lima, pp. 73 – 101.

Pegoraro, Lucio. (2013). *Diritto costituzionale comparato. Aspetti Metodologici*. Milán.

Pegoraro, Lucio. (2013). “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”. En Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Herrera García Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 33 – 82.

Romboli, Roberto. (2016). “Prólogo” al libro de Miranda Bonilla, Haideer. *Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*. Número 17. Bogotá: Nueva Jurídica, pp. 7 – 18.

Romboli, Roberto. (2014). “Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo”. En *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Número 3, pp. 2 – 34.

Romboli, Silvia. (2019). “El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “diálogo entre tribunales” para la protección de los derechos?”. En *Revista Advocacia Pública Federal*. Volumen 3, pp. 29-45. Disponible en <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>

Rivera, Ilaria. (2016). “Il protocollo n. 16 Cedue la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione”. En *Studi sull’integrazione europea*. Número 2-3, pp. 455-476.

Ulate Chacón, Enrique (coord.). (2015). *Del patrimonio constitucional centroamericano al derecho constitucional centroamericano. Estudios de derecho comparado*. San José: Insolma.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos Opiniones consultivas**

La colegiación obligatoria de periodistas. (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5.

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, n.º 4.

Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del *Protocolo de San Salvador*). Opinión Consultiva

OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22.

Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24. En relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Serie A n.º 24.

### **Casos contenciosos**

*Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114.

*Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costa*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

*Caso la Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162.

*Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*. Sentencia del 30 de noviembre de 2007. Serie C n.º 174.

*Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución del 20 de marzo de 2013.

### **Sala Constitucional de Costa Rica**

Sentencia número 1995-2313.

Sentencia número 2007-1682.

Sentencia número 2007-3043.

Sentencia número 2007-4276.

Sentencia número 2013-16141.

Sentencia número 2018-12782.

Sentencia número 2018-12783.