

La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: El resultado de una consulta estratégica

*William Vega-Murillo**
*Esteban Vargas-Mazas***

Introducción

El objetivo de este artículo es analizar el uso de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CorteIDH) para suprajudicializar la megapolítica.

La judicialización de la política es desarrollada por Hirschl como “la constante y acelerada dependencia en los tribunales y medios jurisdiccionales para abordar dificultades morales, asuntos de política pública y controversias políticas”¹. Este

* Ha laborado en el Centro por la Justicia Internacional y el Derecho Internacional (CEJIL Mesoamérica); asesor en materia de derechos humanos en el Ministerio de la Presidencia de Costa Rica; consultor de agencias del Sistema de Naciones Unidas. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica; actualmente realiza una maestría en Derechos Humanos y Justicia Internacional en la Universidad de Valencia.

** Enseñante universitario en la Universidad de Toulouse 1 Capitole desde 2012; interviene principalmente en el marco de la licenciatura de Derecho y Mundo Hispánico, así como en los Dobles Diplomas Francia-España que organiza la Escuela Europea de Derecho; magíster en Derecho Público por la Universidad de Toulouse 1 Capitole; actualmente realiza su tesis doctoral en esta misma casa de estudios.

1 Hirschl, Ran. “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, N° 2, 2006, Vol. 75, pp. 721-753. Traducción de los autores para “the ever-accelerating reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies”.

autor distingue tres tipos de judicialización: (i) la difusión del discurso legal, la jerga, las reglas y los procedimientos en la esfera política y los foros y procesos de formulación de políticas; (ii) la judicialización de la creación de políticas públicas por vías administrativas o judiciales “ordinarias”; y, (iii) la judicialización de la “política pura” o megapolítica, que consiste en la transferencia a los estrados judiciales de asuntos de total naturaleza política y significado, incluyendo cuestiones sobre la legitimidad del régimen central y la identidad colectiva que definen y –según sus palabras– con frecuencia dividen las organizaciones políticas². Para Hirschl, la principal diferencia entre los dos últimos tipos de judicialización radica en que el primero aborda principalmente cuestiones de justicia procesal, mientras que la megapolítica aborda dilemas morales o políticos de gran relevancia que pueden llegar a enfrentar a un país entero. No sin antes relativizar que cada *polis* considera lo político y controversial de distinta manera. Por ejemplo, el tema del matrimonio igualitario puede no ser megapolítica en un país como lo sería en otro.

Es posible afirmar que en Costa Rica el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos así como el de los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero, intersexuales y demás categorías (en adelante LGTBI+), es un tema de megapolítica. Este es uno de los últimos países del continente en contar con una religión oficial de Estado: la católica, apostólica y romana³. Asimismo, mayoritariamente, su población considera que la religión es muy importante en sus vidas⁴. La principal denominación es la católica (un 69.71 % de

2 Cfr., *ibid.*, p. 723.

3 Artículo 75 de la Constitución Política costarricense.

4 Cfr. Centro de Investigación y Estudios Políticos. *Segundo informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en marzo de 2017*, disponible en <https://ciep.ucr.ac.cr/images/INFORMESUOP/Informe-encuesta-marzo-parte->

las personas consultadas), seguida por la evangélica o pentecostal (13.42 %) y la protestante (1.798 %)⁵. Adicionalmente, también la mayoría de la población costarricense se opone a las uniones civiles entre personas del mismo sexo⁶, a la supresión o reforma de la confesionalidad del Estado⁷, al aborto⁸ y a la legalización de la marihuana⁹.

En efecto, la consulta formulada por el Poder Ejecutivo costarricense a la CorteIDH es un ejemplo de suprajudicialización de la megapolítica. Lo es pues, frente a la insuficiencia de las vías institucionales nacionales como la Asamblea Legislativa y la Sala Constitucional, dicho órgano estatal la realizó ante esa entidad jurisdiccional supranacional competente para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH). Ahora bien, es sobre todo el impacto de sus decisiones a nivel interamericano y los efectos que estas tienen en el derecho interno de sus Estados parte –en algunos países más

II.pdf (acceso 18/03/2018). Resulta interesante señalar que, aunque un 77.59 % de las personas encuestadas considera que la religión es muy importante en sus vidas, solamente un 55.3 % se pronuncia a favor de mantener la norma que fija una religión oficial de Estado; mientras, un 29.7 % está a favor de su supresión y un 7 % de su modificación.

- 5 *Cfr., ibid.* Un 12.03 % no profesa ninguna religión.
- 6 *Cfr.* Centro de Investigación y Estudios Políticos. ¿Qué pasó el domingo 4 de febrero?, disponible en <https://ciep.ucr.ac.cr/index.php/noticias/81-que-paso-el-domingo-4-de-febrero> (acceso 18/03/2018). En enero de 2018, un 31 % de los consultados apoyaba el reconocimiento civil de parejas formadas por personas del mismo sexo, contra un 69 % que lo rechazaba.
- 7 *Cfr., ibid.* Esta encuesta revela que un 30 % de la población apoyaría la eliminación de la norma que indica que la religión católica es la oficial del Estado costarricense y que “el 60 % de las personas dice estar a favor de mantener la confesionalidad del Estado”.
- 8 *Cfr., ibid.* Según dicha encuesta, un 60 % de las personas entrevistadas desapruueba el aborto en casos de violencia sexual.
- 9 *Cfr., ibid.* Cerca de un 80 % está en desacuerdo con la legalización de la marihuana con fines recreativos.

profundamente que en otros— lo que convierte a esta jurisdicción supranacional en un actor regional sin equivalente.

Por ello, se estudiarán una serie de condiciones normativas, jurisprudenciales, políticas e institucionales que se reunieron en el caso de Costa Rica y que permitieron que se suprajudicializara la megapolítica. Además, se hará énfasis en la supervisión del cumplimiento de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) contra Costa Rica¹⁰.

Las particularidades del diseño institucional costarricense explican la interacción que se desarrolla entre su Poder Ejecutivo (en adelante el Ejecutivo), su Poder Legislativo (en adelante el Legislativo) y su Poder Judicial (en adelante el Judicial), en particular la Sala Constitucional (en adelante la Sala o el Constitucional), la cual surge con posterioridad a la condena. Se analizará cómo los efectos jurídicos del fallo y su cumplimiento, desencadenan un reacomodo del equilibrio de las relaciones entre estos poderes. En el centro del conflicto se encontraba la solución aportada por el Ejecutivo: el Decreto N° 39210-MP-S (Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria)¹¹. Dicho Decreto lo declaró inconstitucional la Sala por violación al principio de reserva de ley y democracia, con lo que se agotaron las soluciones nacionales¹². El Ejecutivo decidió informar a la CorteIDH de la decisión del Constitucional en el marco de la supervisión de cumplimiento de sentencia.

10 CorteIDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 noviembre de 2012.

11 Poder Ejecutivo. *Decreto N° 39210-MP-S*, Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, 10 de septiembre de 2015.

12 *Cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia N° 2016-001692*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 3 de febrero de 2016, Exp. 15-013929-0007-CO, párr. V.

Posteriormente se analizará también cómo la CorteIDH, en su resolución de dicha supervisión, ordenó al Estado mantener este Decreto sin perjuicio de emisión de norma de rango legal¹³. Las particularidades del bloque de constitucionalidad¹⁴ del Estado costarricense, le reconoce a la CorteIDH la “interpretación real y suprema” de la CADH¹⁵. La Sala manifestó su voluntad de cooperar, tras la emisión de la resolución de supervisión de sentencia¹⁶. El Ejecutivo identificó, así, la posibilidad de acudir a la vía supranacional interamericana y resolver conflictos jurídico-políticos nacionales.

Asimismo, se estudiará la función consultiva de la CorteIDH pues el Gobierno costarricense –ante un bloqueo institucional que afectaba los avances en materia de derechos humanos– decide explorar los alcances de esta. Aprovechó las ventajas y la receptividad que le brinda su bloque de constitucionalidad y, en

13 Cfr. CorteIDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 4.

14 Cfr. Favoreu, Louis y otros. *Droit constitutionnel*, Edición 20, Dalloz, París, 2018, pp. 135 a 441. La expresión se inspira de la noción “bloque de legalidad”, elaborada por la doctrina de derecho administrativo francés; fue utilizada por primera vez en la doctrina constitucional francesa por el decano Favoreu en 1974. Ha sido exportada a otros países, donde le dan significados distintos. Por ejemplo, en España se emplea para dirimir conflictos en la repartición vertical de competencias entre el Estado central y las comunidades autónomas. El Consejo Constitucional francés no utiliza la expresión, aunque emplea la fórmula “normas de constitucionalidad”.

15 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 2014-18643*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 12 de noviembre de 2015, Exp. 14-009379-0007-CO, párrs. V y VI.

16 Cfr. Avendaño, Manuel A. *Magistrado Luis Fernando Salazar: Es momento de que la Sala IV se haga a un lado*, La Nación, Costa Rica, 1 de marzo de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/salud/magistrado-luis-fernando-salazar-es-momento-de-que-la-sala-iv-se-haga-a-un-lado/KXMCQE7VEZGW7PQPFTGDR25JKU/story/> (acceso 01/02/2018).

particular, el valor supraconstitucional que su jurisprudencia le otorga a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

No obstante, también se hará un diagnóstico al respecto de lo que significa el recurso a esta herramienta especial como lo es la consulta. Revela los límites orgánicos de los acuerdos logrados durante la Asamblea Constituyente de 1949. Da cuenta también de un nuevo reacomodo del diseño institucional que había favorecido en 1989 a la Sala Constitucional, pero que ahora –en materia de derechos humanos– parece oscilar en favor del Ejecutivo. Además, se demostrará cómo el Constitucional –en coherencia con su interpretación amplia de los instrumentos internacionales de derechos humanos– acepta colaborar con el órgano jurisdiccional especializado en la interpretación de la CADH: la CorteIDH.

El enfoque metodológico

Las herramientas teóricas para el análisis reconocen los límites de la dogmática o la técnica jurídica para comprender la dinámica de los poderes. De ahí la necesidad de abordar la problemática, expuesta desde un prisma interdisciplinario. Por eso, a los elementos de las teorías realistas¹⁷ y para poder dar cuenta de la realidad social, se le sumarán otras herramientas que provienen también del institucionalismo¹⁸. Ya que se reconoce la dimensión política del derecho y de los diferentes operadores jurídicos, como las jurisdicciones y el impacto que sus decisiones pueden tener en una sociedad.

17 Cfr. Guastini, Ricardo. “Interpretación y construcción jurídica”, *Revista Isonomía*, N° 43, 2015, pp. 11 a 48.

18 Cfr. Millard, Éric. “Hauriou et la théorie de l’institution”, *Droit et société*, N° 30-31, *L’environnement et le droit*, 1995, pp. 381 a 412.

Según la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018¹⁹ por el Centro de Investigación y Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica, el anuncio de la opinión consultiva (en adelante la OC-24/17) de la CorteIDH “tuvo un alto seguimiento mediático” ya que “tres cuartas partes de la población se enteraron” de la misma²⁰. Los datos aportados muestran que un 59 % de las personas consultadas no aprobaron su contenido, un 29 % se pronunció a favor y un 12 % prefirió no opinar sobre el tema. Entre las diferentes apreciaciones esbozadas sobre la OC-24/17, algunas consideraron que violentaba la soberanía costarricense y que representaba una intromisión²¹.

Estas opiniones parecieran ser producto de una lectura que no toma en cuenta la historia del diseño institucional costarricense, su bloque de constitucionalidad y las actuaciones que con base en este se llevaron a cabo.

I. Las particularidades del diseño institucional de la Constitución costarricense de 1949

Desde 1949, año de entrada en vigor de la Carta Magna, el sistema constitucional costarricense –parafraseando las palabras del decano Louis Favoreu sobre el origen del principio de

19 Cfr. Centro de Investigación y Estudios Políticos. *Informe de resultados de la encuesta de opinión sociopolítica realizada en enero de 2018*, Escuela de Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2018, disponible en <https://www.ciep.ucr.ac.cr/images/INFORMESUOP/EncuestaEnero/Informe-encuesta-ENERO-2018.pdf> (acceso 10/02/2018).

20 Cfr., *ibid.*, pp. 8 a 11.

21 Cfr. Alfaro, Josué. “¿Cómo reaccionaron los candidatos a la opinión de la Corte IDH?”, *Semanario Universidad*, 10 de enero de 2018, disponible en <https://semanariouniversidad.com/pais/reaccionaron-los-candidatos-la-opinion-la-corte-idh/> (acceso 24/03/2018).

separación de poderes— ha mostrado que las relaciones entre los poderes públicos son más el producto de su historia particular que la prolongación de una doctrina europea específica²². Aunque las teorías de separación de poderes²³ —como construcciones intelectuales— nutrieron la reflexión de los constituyentes en las distintas etapas del constitucionalismo costarricense, han encontrado una traducción propia para una realidad distinta a la de Inglaterra del siglo XVII y a los contextos revolucionarios estadounidense y francés del siglo XVIII. Algunas de las características del diseño institucional de Costa Rica, como el desequilibrio a favor del Legislativo en detrimento de un Ejecutivo cuyo presidente —jefe de Estado y de Gobierno— es elegido por sufragio universal, son prueba de esto. También lo es la creación del Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE)²⁴. Así es como, desde 1949, coexisten lo que materialmente son cuatro poderes: el Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial y el Electoral, formando lo que algunos han llamado un régimen

22 *Cfr.* Favoreu, Louis y otros. *Droit constitutionnel*... p. 411.

23 *Cfr.* Hamon, Francois y Troper, Michel. *Droit constitutionnel*, Edición 38, L.G.D.J. Lextenso, *Issy Les Moulineaux*, París, 2017, p. 111. Según estos autores, se habla de separación de poderes en sentido amplio cuando se emplea la distinción tradicional entre las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional para designar ya sea el grado, la especialización del poder o su independencia; es decir, el término se usa con fines teóricos o prácticos para justificar o criticar algunas prácticas de aquellos. En otras palabras, cuando se usa el término separación de poderes puede significar, por un lado, la especialización del órgano —separación funcional— o, por otro lado, la independencia o separación orgánica. Y cuando se emplea en el marco de la clasificación habitual de regímenes políticos, se dice que el presidencial es un régimen rígido de separación de poderes para señalar su grado de independencia mutua, no su especialización. Ahora bien, cuando se emplea para calificar un régimen parlamentario —que se dice que tiene una separación flexible de poderes— se hace para indicar que estos son más o menos especializados.

24 Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Costa Rica*, 8 de noviembre de 1949, artículo 9. Varios países en América Latina han constituido este tipo de tribunales que en Europa no encontraron inspiración.

semiparlamentario o –en su práctica– un presidencialismo parlamentario o atenuado, o sistema híbrido²⁵. Las relaciones entre estos poderes han mostrado ser dinámicas y evolutivas. En casi 70 años de vigencia de la Constitución, ha habido importantes reacomodos del diseño institucional que muestran la permeabilidad del sistema constitucional a los cambios sociales y políticos.

Así, durante un primer periodo de cuatro décadas, por voluntad del constituyente originario el Legislativo fue preponderante. Su Carta Magna fue el producto de la desconfianza hacia la “extrema concepción presidencialista”²⁶. A diferencia de sus predecesoras, es la “que más realiza la preocupación de crear un mecanismo de frenos y contrapesos”²⁷. Desde entonces, gran parte de las funciones del Ejecutivo las ejercen el presidente y sus ministros de manera conjunta. Además, debe gobernar junto a las instituciones autónomas y el Legislativo, que aprueba su presupuesto y realiza un importante control político. De ahí que se afirme que el Ejecutivo costarricense es de los más débiles de América Latina²⁸. A pesar de ello, este primer periodo se

25 Cfr. Jiménez, Mario Alberto. *Desarrollo constitucional de Costa Rica*, 3ª edición, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1979. pp. 154-169; Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre los tipos de gobierno presidencialista y semipresidencial en la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], jan. 2008; y Rojas, Magda Inés. *El Poder Ejecutivo en Costa Rica*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1980, p. 13. El sistema híbrido cuenta tanto con características de un régimen presidencial como parlamentario, salvo que la moción de censura del Legislativo a miembros del Ejecutivo no provoca su destitución, lo que atenúa la responsabilidad política frente al Parlamento.

26 Jiménez, Mario Alberto. *Desarrollo constitucional...*, pp. 154 a 169.

27 *Ibid.*

28 Cfr. Wilson, Bruce M., *Enforcing Rights and Exercising an Accountability Function: Costa Rica's Constitutional Chamber of the Supreme Court*, en Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio (coordinadores), *Courts in Latin America*, Cambridge University Press, 2011, p. 64. “[...] unlike many Latin

caracterizó por la estabilidad política y la continuidad “con una interesante alternabilidad en el poder”²⁹ entre los principales partidos políticos que conformaron el bipartidismo.

En 1989 inició un segundo periodo; el constituyente derivado da un nuevo reacomodo al equilibrio institucional, en este caso conveniente para el Judicial. Fue favorecida, en particular, la recién creada Sala Constitucional. De 1989 hasta 1998 se mantuvo el bipartidismo³⁰ y la alternabilidad en el poder³¹.

La Sala Constitucional se convirtió en un instrumento para judicializar la política no resuelta en el Congreso. Para Alex Solís, el Constitucional es un “superpoder”³² ya que “mediante la interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución, se impone a todos los poderes públicos”³³. Se disminuyó considerablemente la capacidad del Legislativo y se empoderó a los partidos pequeños allí representados³⁴ con las herramientas de judicialización brindadas³⁵. Las prácticas obstruccionistas, como el abuso de las consultas de constitucionalidad, se volvieron comunes y confirmaron el desequilibrio de los poderes en favor de la Sala. En el 2002 acaba el bipartidismo que inició en 1949

American, hyperpresidential executives [...] Costa Rica's executive branch is relatively weak and not able to dominate the other branches of government”.

29 Salazar Mora, Orlando y Salazar Mora, Jorge. *Partidos políticos en Costa Rica*, Editorial UNED, Costa Rica, 1991, p. 83.

30 Representado por el Partido Liberación y posteriormente por el Partido Unidad Social Cristiana.

31 Cfr. Wilson, Bruce M. *Enforcing Rights...* Es interesante señalar que la legislatura 1990-1994 fue la última que conoció un partido de Gobierno que contara con una mayoría de diputados (29), que equivalen a la mayoría simple.

32 Fallas, Alex Solís. “La dimensión política de la justicia constitucional”, *Revista Parlamentaria*, Vol. 7, N° 2, agosto 1999, p. 73.

33 *Ibid.*

34 Cfr. Wilson, Bruce M. *Enforcing Right...*, p. 65.

35 Cfr., *ibid.*, p. 68.

y surgen nuevas fuerzas políticas. Se pasó entonces a un sistema pluripartidista que no encontró en el plenario del Legislativo una vía eficaz para canalizar la deliberación política y lograr acuerdos³⁶.

En 2010, el Constitucional se consolidó como “el árbitro supremo de las competencias constitucionales”³⁷. Ante un caso que parecía invadir las competencias del TSE, anuló la autorización para la recolección de firmas sobre el referéndum a iniciativa ciudadana cuyo objetivo era consultar al electorado el proyecto de ley sobre unión civil de personas del mismo sexo. La expansión de competencias de la Sala alcanzó nuevas dimensiones³⁸.

De igual forma, por casi treinta años el Constitucional privilegió en sus fallos el valor de la libertad sobre el principio democrático³⁹. Y se afirma que la reforma de 1989 instauró al Constitucional como un “gobierno de los jueces”⁴⁰.

36 Cfr., *ibid.*, p. 62.

37 Solís Fallas, Alex. “La dimensión política de la...”, p. 73.

38 Cfr. Arias Ramírez, Bernal. “Límites de competencia entre el TSE y la Sala Constitucional”, *Revista Derecho Electoral*, N° 12, 2011, pp. 1 a 13.

39 Cfr. Quesada Alpízar, Tomás. *¿Gobierno por los jueces? Interpretación de la teoría democrática liberal por parte de la jurisdicción constitucional en Costa Rica*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 2008.

40 *Ibid.*, p. 157. “[...] como consecuencia un traspaso del poder político y democrático del Poder Legislativo al Poder Judicial, en un inicio producto de una ‘delegación’ de la Asamblea Legislativa misma, y posteriormente como una profundización de ese poder por parte de la Sala Constitucional. Esto permite arribar a la conclusión de que en Costa Rica sí existe un gobierno por los jueces. Un gobierno que, al carecer de las potestades de un gobierno democrático y de su legitimación, ha terminado por entrabar el sistema democrático de toma de decisiones, ha significado un desmejoramiento en la calidad de las resoluciones constitucionales producto del altísimo activismo judicial, ha traído frustración a los magistrados constitucionales y a los legisladores, y ha coadyuvado en el proceso de desencanto que guarda la mayoría de la población costarricense con

En 2017 inició lo que parece ser un nuevo reacomodo institucional, esta vez en beneficio del Ejecutivo. Cohabita uno favorable a los derechos humanos, con un Legislativo en manos del directorio de la oposición conservadora en materia de derechos humanos. Asimismo, coincide con una composición del Constitucional que ante ciertos temas –casualmente impopulares⁴¹– decidió dar un giro y privilegió el principio democrático sobre el valor de la libertad. Esto llevó al Ejecutivo a controlar, con fundamento en el bloque de constitucionalidad, la conformidad de sus actuaciones con la CADH. Cuando le asistieron dudas sobre los alcances de los derechos protegidos por la CADH, en pleno ejercicio de su función de dirección política y sus atribuciones político-internacionales⁴², activó la función consultiva de la CortelIDH. Con ello se erigió el Ejecutivo como el principal promotor y garante efectivo de los derechos protegidos por la CADH en Costa Rica⁴³.

el sistema democrático costarricense”.

41 Ver información de las encuestas del Centro de Investigación y Estudios Políticos antes evocadas.

42 Rojas, Magda Inés. *El Poder Ejecutivo...*, pp. 137 a 192; y Hernández Valle, Rubén. *Constitución Política de la República de Costa Rica, comentada y anotada*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1998, pp. 388 a 422.

43 Esto parecer ser solo posible cuando el Ejecutivo es más favorable a los derechos humanos que el Legislativo o el Judicial; así, los actos tendientes a buscar regresiones en derechos humanos difícilmente prosperarían frente a los diversos mecanismos de control jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

II. Las características de un sistema complejo de normas

Según Claudio Nash⁴⁴, los sistemas normativos constitucionales así como los sistemas normativos internacionales vinculados con derechos humanos se expresan mediante sistemas complejos de normas, que comprenden principios⁴⁵ y reglas⁴⁶. A su criterio, Costa Rica corresponde a un ejemplo de este sistema. Sus principios provienen tanto de fuentes constitucionales como internacionales, que son integrados al ordenamiento interno para articularse como se explicará a continuación.

44 Nash, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, 1ª edición, Distribuciones Fontamara, México, 2010, pp. 90 a 118.

45 Nash, a partir de las ideas de Robert Alexy, define los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado –en la mayor medida de lo posible– de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también deben tener en consideración los sistemas opuestos.

46 Nash define las reglas, también a partir de las ideas de Robert Alexy, como mandatos definitorios que siempre estarán cumplidos o no. Contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica y material, entre otras).

1. El bloque de constitucionalidad y el sistema interamericano

La doctrina del bloque de constitucionalidad⁴⁷ es adoptada por el Constitucional como un mecanismo de armonización entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁸. La ausencia de reformas relativas a la jerarquía normativa del sistema jurídico ha permitido, en la práctica jurisdiccional, la incorporación de los tratados de derechos humanos en el parámetro constitucional⁴⁹. Existen dos disposiciones constitucionales de relevancia: el artículo 7, que reconoce la autoridad superior de los convenios internacionales sobre las leyes, y el artículo 48 que regula lo relacionado con el recurso de amparo de derechos contenidos en instrumentos internacionales.

Desde 1990, el Constitucional ha sostenido que los instrumentos de derechos humanos “en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman

47 Góngora Mera, Manuel. “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale* latinoamericano”, en *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Serie Doctrina Jurídica*, N° 688, México, 2014. La doctrina del bloque de constitucionalidad reconoce jerarquía constitucional a las normas no incluidas en la Constitución Política, para interpretarlas sistemáticamente con el texto constitucional. La inclusión de dichas normas tiene tres efectos jurídicos: los tratados de derechos humanos suelen prevalecer sobre la legislación interna, un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley puede resultar en inconstitucionalidad, y los derechos protegidos internacionalmente pueden ser invocados en acciones de tutela constitucional.

48 Cfr., *ibid.*, p. 309.

49 Cfr., *ibid.*, p. 304.

por sobre la Constitución”⁵⁰. Este es el caso de la CADH⁵¹. La Sala ha reconocido que la CorteIDH es el órgano natural para interpretarla y que la fuerza de sus decisiones, sea en ejercicio de su función contenciosa o consultiva, tiene el mismo valor de la norma interpretada⁵².

La experiencia de Costa Rica en materia consultiva no es nueva; data de 1984. Ha activado el mecanismo consultivo de la CorteIDH en cinco ocasiones: la OC-04/84, la OC-05/85, la OC-07/86, la OC-12/91 y la OC-24/17, siendo el Estado parte de la CADH que lo ha hecho en más ocasiones (20 %)⁵³. En este sentido, el ordenamiento jurídico costarricense se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la relación de las opiniones consultivas con el bloque de constitucionalidad y este, como se demostrará, no es un análisis ajeno para la Sala Constitucional.

A manera de referencia, la opinión emitida por la CorteIDH en la OC-05/85 –según la cual la colegiatura obligatoria para periodistas es incompatible con el artículo 13 de la CADH– llevó a que dicha Sala emitiera el voto 2313-1995 y a que

50 Sala Constitucional. *Sentencia número 1995-2313*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 9 de mayo de 1995, Exp. 0421-S-90, párr. VI; *cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia número 1992-3435*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 11 de noviembre de 1992, párr. II; y *cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia número 1993-5759*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 10 de noviembre de 1993, Exp. 2965-S-91, párr. II.

51 Asamblea Legislativa. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Ley número 4534, 23 de febrero de 1970.

52 *Cfr.* Sala Constitucional. *Sentencia 1995-2313*..., párr. VII.

53 En el caso de la OC-04/1984 se consultó sobre una propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica en materia de naturalización, en el de la OC-05/1985 sobre la colegiatura obligatoria para periodistas, en el de la OC-07/1986 sobre la exigibilidad del derecho de rectificación y respuesta, en el de la OC-12/1991 sobre la compatibilidad del proyecto de ley para la creación de un tribunal de casación penal y en el de la OC 24/2017 sobre los derechos derivados de la orientación sexual y la identidad de género.

declarara la anulación del artículo 22 de Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por requerirles a estos inscribirse en dicho ente profesional⁵⁴. El Constitucional no solo realizó un control de convencionalidad sobre materia consultiva, anulando una norma interna por contrariar un estándar interamericano, sino que estimó que las opiniones consultivas solicitadas por un Estado no pueden más que obligarle a su acatamiento. Lo contrario implicaría burlar el propósito normativo de la CADH y de la CorteIDH, órgano competente para su aplicación e interpretación⁵⁵.

Este no es el único caso en que la Sala se ha pronunciado sobre el valor normativo de una opinión consultiva. En la sentencia 1682-2007, el Constitucional manifestó que “las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, tratándose de Derechos Humanos, sus decisiones vinculan al Estado costarricense”⁵⁶. Así, la Sala reafirmó su jurisprudencia al asegurar que la CADH y los pronunciamientos de la CorteIDH, sean consultivos o contenciosos, son aplicables pues forman parte del bloque de constitucionalidad; también que priman sobre la Constitución cuando brinden mayor cobertura o protección⁵⁷. De esa manera, se confirma la jerarquía supraconstitucional de las sentencias y opiniones consultivas de la CorteIDH.

54 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia 1995-2313...*, último párrafo.

55 La Sala manifestó que “si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquella [sic] fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella [sic] ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia”. Sala Constitucional. *Sentencia 1995-2313...*, párrs. VI y VII.

56 Sala Constitucional. *Sentencia número 2007-1682*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 9 de febrero de 2007, Exp. 07-001145-0007-CO, párr. V.

57 Cfr., *ibid.*, párr. VIII.

La jurisprudencia citada evidencia la posición del juez constitucional: las interpretaciones hechas por la CorteIDH no solo forman parte del bloque de constitucionalidad, sino que lo hacen en una jerarquía superior a la Constitución misma cuando brinden una mejor protección. Esto coincide con lo esbozado por Claudio Nash en su análisis de la tendencia jurisprudencial de dicho tribunal, al concluir que sus estándares normativos hacen “uso de los principios constitucionales e internacionales como fuente de derechos fundamentales y cuando se enfrenta a principios generales, que necesiten de concreción normativa para ser operativos, ha recurrido al derecho internacional de los derechos humanos para darles contenido normativo”⁵⁸.

A continuación se estudiará el carácter vinculante de las opiniones consultivas para Costa Rica.

2. La función consultiva de la CorteIDH

La competencia consultiva reconocida a la CorteIDH faculta a los Estados y demás órganos del capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a solicitar la interpretación de la CADH u otros tratados de protección de los derechos humanos, o bien a consultar la compatibilidad de legislación interna con la CADH⁵⁹. Como parte de sus funciones jurisdiccional y consultiva, la CorteIDH posee la facultad de determinar el alcance de su propia competencia, aplicable igualmente a su función consultiva no contenciosa⁶⁰.

58 Nash, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales*, p. 117.

59 Cfr. Asamblea Legislativa. *Convención Americana...*, artículo 64.

60 Cfr. CorteIDH. *Opinión consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, párr. 56.

La CorteIDH ha resuelto 24 opiniones consultivas que en sus inicios se enfocaron en temas procedimentales, para luego incluir gradualmente asuntos de fondo⁶¹. Ahora bien, las resoluciones de la CorteIDH han ido modificando gradualmente el marco normativo de la función consultiva, creando una distancia entre la intención por la que fue concebida y su construcción como ejercicio actual. Para Roa, dicha distancia ha generado una serie de fisuras o “deficiencias que surgen del pronunciamiento de la Corte Interamericana ante las lagunas de la Convención y de su propio reglamento, respecto de la función consultiva”⁶².

Las fisuras de mayor relevancia son la no definición de los efectos de las opiniones consultivas⁶³ y la ampliación de la competencia consultiva⁶⁴. La llamada falta de definición de los efectos, está relacionada con la eficacia de las resoluciones. En el artículo 64 de la CADH se omite señalar los efectos o la fuerza vinculante de las resoluciones, llevando a la CorteIDH a pronunciarse sobre dichos los mismos en el sentido de que poseen “efectos jurídicos innegables”⁶⁵; tal consideración no

61 Cfr. Roa, Jorge Ernesto. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Temas de Derecho Público*, N° 94, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales, 1ª edición, Colombia, pp. 67 y 68.

62 *Ibid.*, p. 95.

63 Cfr., *ibid.*, pp. 96 a 100.

64 Cfr., *ibid.*, pp. 100 a 106.

65 Cfr. Nikken, Pedro. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1999, pp. 171 a 176. El autor señala los siguientes argumentos en favor de la fuerza vinculante absoluta. En el Estatuto de la CorteIDH se hace una diferenciación entre la función consultiva y la jurisdiccional, que parte de un término restringido de lo “jurisdiccional” como sinónimo de lo contencioso. Sus criterios consultivos son interpretaciones auténticas y con autoridad que crean normas internacionales; sus interpretaciones son un criterio cierto y final de la interpretación de la CADH. La CorteIDH usa

aclara la citada fisura. Los autores se posicionan desde dos teorías contrapuestas: la fuerza vinculante absoluta⁶⁶ y la fuerza vinculante relativa⁶⁷ de las opiniones de la CorteIDH. Un análisis a partir de los criterios de la CorteIDH, no basta para crear una hipótesis sobre la fuerza vinculante de las opiniones consultivas; no obstante, sí hay claridad respecto de su relación con la función consultiva pues “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”⁶⁸. Esto permite concluir razonablemente que las opiniones consultivas no producen los efectos de una sentencia que, de conformidad con el artículo 68 de la CADH, establece la obligación de cumplimiento de la sentencia para los Estados parte y la posibilidad de ejecutarla por el procedimiento interno⁶⁹.

A pesar de dichas discusiones teóricas, se puede decir que la jurisprudencia constitucional costarricense ha sido clara en afirmar que las opiniones consultivas son de acatamiento obligatorio y vinculan al Estado⁷⁰. La jurisprudencia constitucional tiene el rasgo indudable del reconocimiento de la fuerza vinculante absoluta de las opiniones consultivas. De igual

sus opiniones como fuente para resolver casos contenciosos.

66 Cfr., *ibid.*, pp. 171 a 176.

67 Cfr. Faúndez Ledezma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1996, pp. 450 a 454. El autor sostiene que la CorteIDH ha debilitado la fuerza vinculante de sus opiniones consultivas, al usar definiciones ambiguas y establecer que se trata de una función asesora.

68 CorteIDH. *Opinión consultiva OC-1/82*, 24 de septiembre de 1982, párr. 51.

69 Cfr. Roa, Jorge Ernesto. “La función consultiva de la Corte Interamericana...”, p. 95.

70 Sala Constitucional. *Sentencia número 1995-2313...*, párr. VI; y Sala Constitucional. *Sentencia número 2007-1682...*, párr. V.

forma, el argumento de la fuerza vinculante absoluta se fortalece a partir del criterio recientemente esgrimido por la CorteIDH en la OC-21/14, según el cual el control de convencionalidad debe hacerse también sobre la base de la competencia consultiva⁷¹.

3. El deber de llevar a cabo un control de convencionalidad

La doctrina entiende el control de convencionalidad como el mecanismo institucional interamericano de solución de antinomias, según el cual –ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme– las autoridades nacionales tienen el deber de inaplicar o invalidar, de acuerdo con sus competencias, aquellas normas internas contrarias a los estándares del control de convencionalidad⁷².

Por su parte, la jurisprudencia interamericana lo define como el deber de los Estados de ejercer de oficio un control entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales. En dicha tarea deben tener en cuenta no solo el tratado, sino la interpretación que la CorteIDH ha hecho del mismo. Dicha obligación es extensible a todos los órganos del Estado y supone el hecho de velar por la eficacia de los efectos de las disposiciones convencionales frente a la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin⁷³.

71 CorteIDH. *Opinión consultiva OC-19/05*, 28 de noviembre de 2005, párr. 31.

72 Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana...*, p.137.

73 *Cfr.* CorteIDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 193; y *cfr.* *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

La jurisprudencia constitucional costarricense ha realizado control de convencionalidad desde sus orígenes. No obstante, durante la mayor parte de su existencia, fue implícito y fundado en disposiciones constitucionales⁷⁴. Sin embargo, en 2006 la CorteIDH inició la producción jurisprudencial en torno a la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad y la ha sostenido hasta la actualidad en más de 25 casos⁷⁵. El concepto interamericano no tardó en impregnar la jurisprudencia constitucional: en 2013 la Sala emitió el voto número 6247 y consideró que “todos los órganos del Estado, incluidos el Ejecutivo y el Legislativo, deben ser garantes del control de convencionalidad, a fin de hacer respetar y garantizar una tutela y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales en el ejercicio de una magistratura independiente”⁷⁶.

Un año más tarde, el 1 de agosto de 2014, la Sala resuelve el amparo 12703-2014 y extiende sus consideraciones sobre el control de convencionalidad al señalar que “es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales,

74 Además del 7 y el 48, el artículo 10 de la Constitución Política costarricense establece la competencia de la Sala para declarar la inconstitucionalidad de normas de cualquier naturaleza y de actos de Derecho Público; el artículo 1 de la Ley de Jurisdicción Constitucional prevé que los funcionarios que administran justicia no pueden 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.

75 Cfr. CorteIDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014; cfr. CorteIDH. *Caso Norín Catrimán vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de mayo de 2014; cfr. CorteIDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de agosto de 2014; y cfr. CorteIDH. *Caso Rochac Hernández vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 14 de octubre de 2014.

76 Sala Constitucional. *Sentencia número 2013-6247*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 9 de mayo de 2013, Exp. 13-008162-0007-CO, párr. VII.

debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas”⁷⁷. Este criterio fue reafirmado en la acción de inconstitucionalidad 18643-2014 al agregar que el instrumento del control de convencionalidad “procura dotar de plena eficacia los derechos humanos, en la forma en que han sido regulados en el Sistema Interamericano, principalmente cuando ellos encuentren un espectro de tutela más garantista que aquel que pueda brindar el ordenamiento interno”⁷⁸.

Desde la OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, la CorteIDH determinó por primera ocasión que la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad es extensible a su competencia no contenciosa o consultiva, convirtiendo de esta forma a las opiniones consultivas en materia controlable por parte de los Estados⁷⁹.

Ahora bien, para ejercitar el control de convencionalidad es necesario que exista materia controlable; es decir, el *corpus iuris* interamericano. En lo relativo a orientación sexual e identidad de género, la materia controlable de relevancia era escasa y se reducía a las sentencias de Atala Riffo y niñas contra Chile y Duque contra Colombia, donde la CorteIDH introdujo la orientación sexual como una categoría protegida por el artículo 1 de la CADH. En otras palabras, previo a la opinión consultiva 24, los estándares disponibles no eran suficientes para responder a las discusiones internas.

77 Sala Constitucional. *Sentencia número 2014-12703*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1 de agosto de 2014, Exp. 13-008162-0007-CO, párr. III.

78 Sala Constitucional. *Sentencia 2014-18643...*, párr. V.

79 *Cfr.* CorteIDH. *Opinión consultiva OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, párr. 31.

Es así como esa insuficiencia fundamentó la solicitud de Costa Rica, argumentando que surgían dudas respecto al contenido de la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual y la identidad de género⁸⁰. El Estado sostuvo que una interpretación de la CorteIDH establecería estándares fundamentales para Costa Rica y los países integrantes del sistema interamericano, permitiendo adaptar sus ordenamientos internos⁸¹.

El accionar del Estado de Costa Rica, a través del Ejecutivo, permite apreciar cómo el mecanismo de opinión consultiva constituye una herramienta para generar materia controlable en aquellos extremos donde el *corpus iuris* interamericano no es suficiente. En esta medida, las opiniones consultivas lo robustecen a través de la ampliación de la materia controlable.

Sin lugar a dudas, el deber de llevar a cabo un control de convencionalidad está cimentado —en razón de su reiterado uso— en la jurisprudencia constitucional.

III. Lecturas divergentes entre poderes frente al cumplimiento de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”)

La sentencia del caso Artavia Murillo y otros suscitó posiciones encontradas entre los poderes públicos, relevantes para entender el contexto en el que se genera y desarrolla la solicitud de opinión consultiva. Por un lado, el Ejecutivo entrante en 2014 manifestó su intención de promover una medida para cumplir la sentencia que levanta la prohibición del método de

80 Cfr. CorteIDH. *Opinión consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, párrs. 4 y 5.

81 Cfr., *ibid.*, párr. 5.

reproducción asistida conocida como “Fecundación *in vitro*” (en adelante FIV)⁸²; por otro lado, el Constitucional continuaba insistiendo en la necesidad de regular el método mediante una ley⁸³. Finalmente, el Legislativo mostraba públicamente sus intenciones de –al mismo tiempo– emitir una ley en términos restrictivos y frenar cualquier iniciativa del Ejecutivo⁸⁴.

La indeterminación en la sentencia de la CorteIDH respecto de la forma de implementarse, dejó un margen amplio para la discusión interna que –como se verá– generaría diferencias entre el Ejecutivo y el Constitucional.

1. Los esfuerzos inacabados del Poder Legislativo para dar cumplimiento a la sentencia (2010-2018)

Pese a que existieron al menos cuatro iniciativas en la legislatura 2010-2014 para legalizar el método de FIV⁸⁵, las

82 Cfr. Sequeira, Aaron. *Luis Guillermo Solís sondea apoyo para su gobierno entre fracciones de oposición*, La Nación, Costa Rica, 11 de abril de 2014, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/luis-guillermo-solis-sondea-apoyo-para-su-gobierno-entre-fracciones-de-oposicion/JA2DWRTVQNBRTDRAYQBSKCAQFY/story/> (acceso 14/02/2018).

83 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 2016-001692...*, párr. III; y cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 2306-2000*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, párr. IV.

84 Cfr. Sequeira, Aaron. *Católicos y evangélicos unidos contra decreto de FIV*, La Nación, Costa Rica, 11 de septiembre de 2015, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/catolicos-y-evangelicos-unidos-contra-decreto-de-fiv/76TGyJCJWVCP7LNLczVCSPZ4RE/story/> (acceso 14/02/2018).

85 Cfr. Expedientes legislativos números 18.057 (denominado Ley sobre fecundación *in vitro* y transferencia de óvulos fecundados, promovido el 4 de abril de 2011 por varios diputados); 18.151 (denominado Ley sobre fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, y creación del Depósito Nacional de Gametos, promovido el 20 de junio de 2011 por varios diputados); 18.738 (denominado

posibilidades de avance se vieron reducidas; entre otros motivos, por la obstrucción parlamentaria del “bloque evangélico”⁸⁶ que adversó su implementación⁸⁷. Dichas iniciativas fueron motivadas por el avance del proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) y la inminencia de su llegada a la CorteIDH. La sentencia de caso Artavia Murillo y otros, fue notificada al Estado en noviembre de 2012; no obstante, el bloqueo se mantuvo hasta al final de dicha legislatura y tomó fortaleza en el siguiente periodo (2014-2018).

En este contexto, la Sala conoció al menos seis amparos – cuatro de ellos rechazados de plano– y emitió dos resoluciones durante el 2014 determinando que la regulación del método de FIV, por involucrar derechos fundamentales, debía hacerse mediante ley en cumplimiento del principio constitucional de reserva de ley⁸⁸.

Ley de fecundación *in vitro* y transferencia de embriones humanos, formulado por el Poder Ejecutivo el 3 de abril de 2013; y 18.824 (denominado Ley marco de fecundación *in vitro*, promovido el 1 de julio de 2013 por un diputado).

86 Cfr. Sequeira, Aaron. *Diputados evangélicos exigen al Gobierno ruta alterna a la fertilización ‘in vitro’*, La Nación, Costa Rica, 26 de marzo de 2015, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/diputados-evangelicos-exigen-al-gobierno-ruta-alterna-a-la-fertilizacion-in-vitro/HK67GFAVGNHF5MXE7QEOXLAHTM/story/> (acceso 14/02/2018).

87 Cfr. Sequeira, Aaron. *Diputados evangélicos endurecen oposición a plan fecundación ‘in vitro’ tras caso de sextillizos*, La Nación, Costa Rica, 25 de mayo de 2015, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/diputados-evangelicos-endurecen-oposicion-a-plan-de-fecundacion-in-vitro-tras-caso-de-sextillizos/AFXO5PCWH5EU7NN3VHCF2YKABA/story/> (acceso 14/02/2018).

88 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 001424-2014*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1 de enero de 2014; cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 69-2014*, 7 de enero de 2014; cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 02413-2014*, 21 de febrero de 2014; cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 003715-2014*, 14 de marzo de 2014; cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 3968-2014*, 19 de marzo de 2014; y cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 015453-2014*, 19 de septiembre de 2014.

2. Medidas adoptadas por el Ejecutivo para el cumplimiento de sentencia: Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S

Ante la inercia del Legislativo durante el primer año de gobierno y a pesar de las resoluciones emitidas por el Constitucional en 2000 y 2014, en las que insistía en el principio de reserva de ley, el Ejecutivo emitió en setiembre de 2015 el Decreto N° 39210-MP-S (Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria). Esta disposición se fundamentó en la sentencia y las reparaciones ordenadas; pero, además, en la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad de las Naciones Unidas, en la obligación general de protección sin discriminación contenida en el artículo 1.1 de la CADH, en el numeral 33 constitucional relativo a la igualdad ante la protección de la ley, en la prohibición de discriminación y en el derecho a la salud que contempla el Protocolo de San Salvador⁸⁹.

No obstante los conocidos reparos en materia de reserva de ley, el Decreto N° 39210-MP-S también se fundamentó en jurisprudencia constitucional que estima que no se viola el principio de reserva legal cuando la reglamentación no restringe o limita derechos humanos. Esta condición se cumple cuando la norma es procesal o establece requisitos para el ejercicio de derechos fundamentales⁹⁰.

El citado Decreto –cuyo objeto es la autorización del método de FIV y la garantía de los derechos reproductivos de quienes son infértiles⁹¹– se centró en las personas destinatarias del

89 Cfr. Poder Ejecutivo. *Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S...*, párrs. I a V.

90 Cfr., *ibid.*, párr. VI.

91 Cfr., *ibid.*, artículo 1.

método y sus derechos⁹², las normas de autorización para los establecimientos de salud, los tipos de fecundación, la donación de células reproductivas, las autoridades públicas competentes⁹³, las normas para el tratamiento de los gametos⁹⁴ y una prohibición expresa de desecho, comercialización, experimentación, selección genética, fisión, alteración genética, clonación y destrucción⁹⁵.

Con dicho Decreto se buscó garantizar los derechos reproductivos de las personas infértiles, como ya se apuntó, dando cumplimiento a la sentencia interamericana y cerrando con ello una discusión de dos décadas.

3. La inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S ante la Sala Constitucional

Este Decreto Ejecutivo fue impugnado constitucionalmente tan solo once días luego de su publicación por el “bloque evangélico”⁹⁶ al estimar que lesionaba el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, el de inviolabilidad de la vida humana y el de separación de poderes⁹⁷.

92 Cfr., *ibid.*, artículos 2, 11 al 15. Como los derechos a la información, a la asistencia interdisciplinaria, a la confidencialidad de la información y al consentimiento informado.

93 Cfr., *ibid.*, párrs. 3 al 10.

94 Cfr., *ibid.*, artículos 16 al 18. Como la transferencia de óvulos fecundados, el tratamiento de óvulos fecundados no transferidos y la donación de óvulos fecundados.

95 Cfr., *ibid.*, artículo 19.

96 La acción fue interpuesta por Alexandra Loría Beeche y los diputados Fabricio Alvarado Muñoz, Gonzalo Ramírez Zamora, Luis Vásquez Castro y Mario Redondo Poveda.

97 Cfr. Sala Constitucional. *Sentencia N° 2016-1692*, 3 de febrero de 2016, párr. 1.

La Sala resolvió la inconstitucionalidad a favor de los accionantes tras comprobar la “violación de los principios constitucionales de reserva de ley y democrático”, sin pronunciarse sobre el resto de los alegatos⁹⁸. Asimismo, consideró que el Legislativo debía dictar una norma para dar cumplimiento a la sentencia de la CorteIDH⁹⁹. El argumento para solicitar la inconstitucionalidad ya había sido rechazado por la CorteIDH¹⁰⁰; de igual manera, esta recordó al Estado que una forma de levantar la prohibición del método era la emisión de una decisión judicial del Constitucional¹⁰¹.

Se debe destacar que, en este contexto, la CIDH emitió medidas cautelares en favor de un grupo de parejas por considerar que la imposibilidad de acceder al método de FIV podría vulnerar sus derechos¹⁰².

4. Resolución de cumplimiento de sentencia

El 26 de febrero de 2016, la CorteIDH emitió su valoración sobre el estado en que se encontraban las reparaciones ordenadas en la sentencia del caso¹⁰³. Tras analizar la información sometida

98 *Cfr.*, *ibid.*, párr. V.

99 *Cfr.*, *ibid.*, párr. VI.

100 *Cfr.* CorteIDH. *Caso Artavia Murillo y otros...*, resolución de supervisión de cumplimiento..., párrs. 4, 161, 162, 272, 277, 316 y 317. La CorteIDH manifestó que “el efecto prohibitivo que en general causó [esa] sentencia y el análisis realizado en la misma partiendo de una protección absoluta del embrión produjeron una arbitraria y excesiva interferencia a los derechos”.

101 *Cfr.*, *ibid.*, párr. 9.

102 *Cfr.* CIDH. *Asunto Gómez Murillo y otros respecto de Costa Rica*, Medida cautelar N° 617-15, 29 de enero de 2016.

103 *Cfr.* CorteIDH. *Caso Artavia Murillo y otros...*, resolución de supervisión de cumplimiento...

por las partes, recordó que la prohibición de la FIV no puede surtir efectos jurídicos ni constituir un impedimento al acceso de la misma. Además, recordó que debía entenderse que el método estaba autorizado en Costa Rica y se debía permitir su ejercicio¹⁰⁴. También dispuso que se mantuviera vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, sin perjuicio de que el Legislativo emitiera una ley posterior “en apego a los estándares indicados en la Sentencia”¹⁰⁵.

5. Posibilidades del cauce interamericano para la suprajudicialización de la megapolítica

La reacción de la CorteIDH en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de su sentencia, implicó un enfrentamiento de jurisdicciones en la medida en que se ordenó mantener vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S. La Sala Constitucional manifestó públicamente –sin anular o suspender formalmente los efectos de su propia sentencia– que dejaría el tema de lado en la medida que la CorteIDH había zanjado el tema dando nuevamente validez y vigencia al Decreto, reconociendo que era dicha entidad jurisdiccional interamericana la intérprete real y suprema de la CADH¹⁰⁶.

Por su parte, el Ejecutivo midió sus posibilidades y la eficacia jurídica de las acciones emprendidas para implementar el método de FIV. La reacción de la CorteIDH, en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia, reafirmó la posición de dichas acciones para precisamente dar cumplimiento a la sentencia interamericana.

104 *Cfr., ibid.*, resolutivo 3.

105 *Ibid.*, resolutivo 4.

106 *Cfr.* Avendaño, Manuel A. *Magistrado Luis Fernando Salazar...*

IV.Consulta estratégica, exploraciones de una nueva vía restringida a los actores políticos institucionales

El litigio estratégico en materia de derechos LGTBI+ comienza en los Estados Unidos de América en la década de 1970, cuando una serie de cambios legales y culturales se combinaron para crear las condiciones de su desarrollo. Su base legal fue la jurisprudencia del caso *Griswold contra Connecticut*¹⁰⁷ y su detonante social fue un operativo policial (“redada”) en el bar gay *Stonewall* en *Greenwich Village*, Nueva York¹⁰⁸.

Entre los estudios que abordan la práctica del litigio estratégico ante la Corte IDH, se encuentra la investigación de Costa Cardoso¹⁰⁹. La autora demuestra cómo son mayoritariamente las organizaciones no gubernamentales (en adelante ONG) las que acuden al sistema interamericano y brinda algunos ejemplos de su accionar. Explica que el litigio estratégico es *policy oriented* o, lo que es lo mismo, tiene como rasgos fundamentales la promoción de una política pública y su impacto social. Además, las ONG suelen tener temas prioritarios y un presupuesto asignado para los mismos; en cuanto a la elección del caso paradigmático, realizan un trabajo preliminar considerando su potencial impacto social¹¹⁰. Según Costa Cardoso, no se puede generalizar los criterios de selección de casos; estos dependen de los temas

107 Con base al derecho a la privacidad, se lucharía contra la criminalización de las actividades sexuales entre adultos consientes.

108 Cfr. Andersen, Ellen Ann. *Out of the Closets and into the Courts, Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*, University Michigan Press, Michigan, 2006, pp. 17 a 26.

109 Costa Cardoso, Evorah Lusci. *Litigio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Análise de casos da Corte Interamericana*, Dissertação de Mestre, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

110 Cfr., *ibid.*, pp. 28 y 29.

prioritarios de cada país¹¹¹. Demuestra también cómo la selección está condicionada por la disponibilidad de financiamiento¹¹². Señala la forma en que las opiniones consultivas pueden integrar los argumentos presentados en los *amicus curiae* (influencia indirecta) y, a la vez, fundamentar casos contenciosos¹¹³. Observa también un aumento en la aceptación de *amicus curiae* en los procedimientos consultivos, que ahora son resumidos e incluidos en el considerando de las opiniones¹¹⁴.

Si bien la autora afirma que las opiniones consultivas no poseen estrategia de impacto social, como argumenta ocurre en los litigios estratégicos¹¹⁵, se considera que por las referidas condiciones políticas y jurídicas en Costa Rica sí habría tal impacto y que, por eso, se puede afirmar que es una “consulta estratégica”. Se configuraría una nueva tipología de procesos judiciales estratégicos, de los cuales el litigio estratégico sería la vía de uso frecuente –función contenciosa de la CorteIDH– y la consulta estratégica, por las limitaciones de su objeto y las condiciones de legitimación activa, la excepción; esta es la función consultiva de la CorteIDH.

Mientras que el caso contencioso se inscribe en una práctica común dentro del sistema interamericano, como es la judicialización activada desde las organizaciones de la sociedad civil, la consulta ilustra una posibilidad que consiste en la activación desde el Poder Ejecutivo. Así las cosas, la primera se identificaría como un ejemplo de litigio estratégico mientras que

111 Por ejemplo, muestra cómo en Colombia la Comisión Colombiana de Juristas ha escogido sus casos en función de la coyuntura política y su agenda, como fue en lo que corresponde a paramilitares e indígenas (cuestión territorial y autonomía).

112 Costa Cardoso, Evorah Lusci. *Litigio Estratégico...*, p. 63.

113 Cfr., *ibid.*, p. 75.

114 Cfr., *ibid.*, p. 79.

115 Cfr., *ibid.*, p. 76.

la segunda –a pesar de compartir características con aquella– presenta aspectos de “consulta estratégica”.

1. Estructura de oportunidad legal

Luz Muñoz y otros¹¹⁶ han analizado los elementos clave de la movilización legal y el litigio estratégico. Explican cómo las ONG se “ven sujetas y condicionadas por la estructura del marco legal vigente para establecer una estrategia de movilización legal”¹¹⁷. Para referirse a este marco, emplean la siguiente denominación: estructura de oportunidad legal.

Muñoz y otros, con base en Rachel A. Cichowski¹¹⁸, explican que la dinámica de litigio comienza con los siguientes dos factores: que exista al menos una norma o procedimiento que protege un derecho explícito o implícito, y que se impulse una acción estratégica a nombre de un individuo o un grupo de interés, para invocar esta regla y hacer un reclamo ante un tribunal¹¹⁹. En el caso bajo análisis, estos dos factores son los derechos protegidos por la CADH y la voluntad de activar la función consultiva de la CorteIDH en favor del colectivo LGTBI+, que supone el conocimiento del bloque de constitucionalidad.

116 Muñoz, Luz y otros. “Sociedad civil y democracia en América Latina: La movilización legal de las OSC en la defensa de los derechos de salud”, *Revue Miroirs*, N° 5, 2017, disponible en <http://www.revue miroirs.fr/links/5/article6.pdf>, (acceso 18/03/18).

117 *Ibid.*, p.110.

118 Cfr. Cichowski, Rachel A. *The European Court and Civil Society, Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. p. 9.

119 Cfr., *ibid.*

La solicitud de opinión consultiva se enmarca en una lógica del Gobierno costarricense, en lo relativo al impulso de políticas públicas en materia de derechos humanos para tipos de población y temas específicos entre los cuales se encuentran los pueblos indígenas¹²⁰, personas privadas de libertad, personas LGTBI+¹²¹, personas refugiadas¹²² y derechos sexuales y reproductivos¹²³. Este ambiente de promoción de políticas públicas genera un espacio favorable y coherente con la solicitud de la opinión consultiva.

2. La solicitud de la opinión consultiva

El 18 de mayo de 2016, el Estado de Costa Rica solicitó una opinión consultiva a la CorteIDH; esta versó sobre dos temas. En primera instancia, sobre la protección que brindan los artículos 11.2, 18, 24 y 1.1 de la CADH¹²⁴ al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una. En cuanto a este tópico, se requirió la opinión de la CorteIDH sobre la compatibilidad del procedimiento

120 Cfr. Poder Ejecutivo. *Construcción del mecanismo de consulta a pueblos indígenas*, Directriz 042-MP, 4 de marzo de 2016.

121 Cfr. Poder Ejecutivo. *Decreto Ejecutivo N° 38999-MP-RE-JP-SP-MG-H-MAG-MEIC- MINAE- MOPT-MEP-S-MTSSCOMEX- MIDEPLAN-MICITT-MIVAH-MC-TUR-MDHIS-MCM-MIDEPOR*; y Poder Ejecutivo. *Decreto Ejecutivo N° 38999-MP-RE-JP-SP-MG-H-MAG-MEIC- MINAE- MOPT-MEP-S-MTSSCOMEX- MIDEPLAN-MICITT-MIVAH-MC-TUR-MDHIS-MCM-MIDEPOR*, 12 de mayo de 2015.

122 Cfr. Poder Ejecutivo y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Memorando de entendimiento*, enero de 2015.

123 Cfr. Poder Ejecutivo. *Decreto N° 39210-MP-S...*

124 Protección de la honra y de la dignidad, derecho al nombre, igualdad ante la ley y obligación de respetar los derechos, respectivamente.

establecido en el artículo 54 del Código Civil¹²⁵, relacionado con el procedimiento judicial para el cambio de nombre a partir de la identidad de género. Por otra parte, se consultó sobre la protección brindada por los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH, al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de los vínculos entre personas del mismo sexo.

En lo relativo al derecho a la igualdad y la no discriminación de personas LGTBI+ la CorteIDH determinó que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH¹²⁶. Asimismo, realizó consideraciones vinculadas con los criterios para analizar aquellas diferencias de trato donde se involucran las categorías protegidas¹²⁷.

En lo referente al derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre, la CorteIDH determinó la existencia de un derecho a la identidad del cual se derivan los derechos siguientes: reconocimiento de la personalidad jurídica, cambio del nombre, así como a la adecuación de la imagen y rectificación de la mención del sexo o género en los registros,

125De acuerdo con el artículo 54 del Código Civil, “[t]odo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto”.

126Cfr. CorteIDH. *Opinión consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, párr. 68.

127Ibid., párr. 81. De acuerdo con la CorteIDH, “para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”.

para que sean acordes con la identidad de género autopercibida¹²⁸. La CorteIDH afirmó que si bien los Estados tienen la posibilidad de determinar los procesos más apropiados para los cambios o rectificaciones, la vía administrativa se ajusta en mejor forma a los requisitos de la opinión pues las vías jurisdiccionales –en cambio– podrían ser una limitación excesiva para el solicitante¹²⁹. Por último, sobre el procedimiento la CorteIDH señaló que para garantizar estos derechos “no necesariamente debe ser regulado por ley en la medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente”¹³⁰.

La CorteIDH reservó el final de la opinión para analizar la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo. De acuerdo con la interpretación realizada, la CADH protege el vínculo familiar que pueda derivar de una relación de una pareja del mismo sexo, así como los derechos patrimoniales y “a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales”¹³¹.

Finalmente, en lo relativo a los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas, la CorteIDH interpretó que los Estados deben garantizar “el acceso a todas

128 *Cfr.*, *ibid.*, párr. 116. La CorteIDH recalcó que los procedimientos de solicitud de adecuación de los datos de identidad deben estar dirigidos a la adecuación integral de la identidad autopercibida; deben estar basados en el consentimiento libre e informado; deben ser confidenciales, gratuitos, expeditos y estar exentos de acreditaciones quirúrgicas u hormonales; y deben respetarse los derechos de los niños y las niñas.

129 *Ibid.*, pp. 157 a 161.

130 *Ibid.*, párr. 161.

131 *Ibid.*, párr. 199.

las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos”¹³².

Tras la notificación, el Gobierno costarricense se mostró respetuoso de la investidura de la CorteIDH manifestando que procedería de inmediato a estudiar la forma más efectiva y expedita para hacer cumplir –como Estado– los estándares desarrollados en la resolución¹³³.

Conclusiones

El diseño institucional costarricense ha mostrado ser desequilibrado, dinámico y evolutivo en sus, pronto, 70 años de existencia. El péndulo del poder que en 1949 favoreció a la Asamblea Legislativa, oscilaría hacia la Sala Constitucional en 1989. En definitiva, los avances del derecho internacional de los derechos humanos no han sido aprehendidos por la mayoría de la sociedad costarricense. No solamente lo confirman las encuestas de opinión, sino que también se desprende –por un lado– de la práctica y las agendas programáticas de la mayoría de partidos políticos nacionales representados en el Congreso; por otro lado, del trabajo más reciente de la Sala Constitucional. El caso de esta última es particular pues, a diferencia de su activismo inicial en favor de la libertad, hoy presenta su cara más conservadora en lo relativo a derechos sexuales y reproductivos y derechos de la población LGTBI+. Y para justificarlo, utiliza el principio democrático evitando el reconocimiento de derechos

132 *Ibid.*, párr. 229.8.

133 GobiernoCR. *Gobierno recibe opinión consultiva de Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 9 de enero de 2018, disponible en <http://gobierno.cr/gobierno-recibe-opinion-consultiva-de-corte-interamericana-de-derechos-humanos/> (acceso 1/02/2018).

fundamentales reconocidos en las principales democracias liberales del mundo.

Este desfase entre la cúpula judicial nacional, la mayoría conservadora de la Asamblea Legislativa y la agenda pro derechos humanos del Gobierno de Luis Guillermo Solís Rivera, propició un enfrentamiento entre poderes. El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos encontró resistencia en el Legislativo y el Constitucional, en particular en torno a la práctica del método de FIV. Esto motivó el impulso del caso Artavia Murillo y otros en el sistema interamericano, generando confrontación entre los poderes de la república por sus posiciones respecto de la implementación de la sentencia.

Como resultado de este proceso, la Sala Constitucional quedó debilitada ante la CorteIDH al invocar motivos de orden interno para rehuir al cumplimiento de la sentencia. Mientras que el Ejecutivo, al decidir reglamentar el método de FIV, salió fortalecido ante este tribunal supranacional y se posicionó como un actor interno que busca dar cumplimiento efectivo a la CADH.

Es en este contexto que el Ejecutivo decidió solicitar una opinión consultiva en materia de orientación sexual e identidad de género. Este proceso suprajudicializó la megapolítica a través de una “consulta estratégica”. Tal recurso se utilizó de forma extraordinaria o excepcional para resolver una discusión interna en torno a temas complejos para la sociedad costarricense, como lo son tanto los derechos sexuales y reproductivos como los derechos de la diversidad.

Aunque los frutos de la “consulta estratégica” con la que se obtuvo la OC-24/17 comienzan apenas a imaginarse, el uso de este recurso –en el estado actual– desvía la atención de lo que revela: es un síntoma de la necesidad de rediseñar

las instituciones de Costa Rica para establecer relaciones más equilibradas y eficaces entre los poderes.

A modo de reflexión final, confirmada la dimensión estratégica de la consulta por parte del grupo selecto de sujetos legitimados para activarla, es necesario lanzar una discusión interamericana al respecto del acceso a la función consultiva. ¿Debe ampliarse a otros poderes nacionales para reequilibrar las relaciones a nivel interno en los Estados, ya sea por vía de cuestiones prejudiciales o formuladas desde el Poder Legislativo? De ser así, ¿cuáles son las vías para ello? ¿Es pertinente –y posible– una reforma de la CADH? ¿Se debe firmar un protocolo adicional al respecto o un tratado específico entre los países interesados y la CorteIDH? O, incluso, ¿es posible lograr la ampliación de la función consultiva mediante una opinión consultiva? Pensar nuevas vías para revitalizar la legitimidad nacional y regional del sistema interamericano, es necesario; lo que es más: su eficacia depende de ello.