

Silva Abbott, Max ; De Jesús Castaldi, Ligia

¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal internacional? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso “Artavia Murillo c/Costa Rica”

Does the Inter-American Court behave like an international court? Some reflections about monitoring compliance in the case “Artavia Murillo vs. Costa Rica”

Prudentia Iuris N° 82, 2016

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Silva Abbott, M., De Jesús Castaldi, L. (2016). ¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal internacional? : algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso “Artavia Murillo c/Costa Rica” [en línea]. *Prudentia Iuris*, 82. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/comporta-corte-interamericana-como-tribunal.pdf> [Fecha de consulta:....]

**¿SE COMPORTA LA CORTE INTERAMERICANA COMO
TRIBUNAL (INTERNACIONAL)?
ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA SUPERVISIÓN
DE CUMPLIMIENTO DEL CASO “ARTAVIA MURILLO
C/ COSTA RICA”**

*Does The Inter-American Court behave like an (International) Court?
Some Reflections about monitoring compliance in the case
“Artavia Murillo vs. Costa Rica”*

Max Silva Abbott¹
y Ligia De Jesús Castaldi²

Recibido: 11 de julio de 2016
Aprobado: 14 de julio de 2016

Resumen: El presente artículo describe la supervisión de cumplimiento del fallo “Artavia Murillo c/ Costa Rica (‘fecundación in vitro’), emitido por la Corte Interamericana en el año 2012, en el que se condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social. Particularmente, se analiza la actuación que ha tenido la Corte con posterioridad a la sentencia definitiva, manifestada en la medida provisional, la audiencia de supervisión de cumplimiento y la resolución de supervisión de cumplimiento del caso “Artavia”, en las cuales es posible apreciar diversas irregularidades de forma y fondo que afectan tanto a esta causa en particular como al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general.

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Filosofía del Derecho y de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad San Sebastián, sede Concepción, Chile. Correo electrónico: max.silva@uss.cl.

2 Master of Laws (LL.M.) por Harvard Law School. Profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Ave Maria School of Law, Estados Unidos. Correo electrónico: lcastaldi@avemarialaw.edu.

Palabras claves: Corte Interamericana - Artavia - Costa Rica - Fecundación in vitro - Sala Constitucional - Medida provisional - Supervisión de cumplimiento - Cosa juzgada - Control de convencionalidad.

Abstract: This article describes the monitoring of compliance with the judgment in “Artavia Murillo et al. v/ Costa Rica (‘in vitro fertilization’ case)”, issued by the Inter-American Court of Human Rights in 2012, where the court ordered Costa Rica to lift its ban on in vitro fertilization and to subsidize it through its Social Security System. In particular, the paper analyzes the Court’s actions in the aftermath of the judgment, in provisional measures, the supervision of compliance hearing and the supervision of compliance resolution in relation to the “Artavia” case, all of which show different substantive and formal irregularities that affect both the case in point as well as the Inter-American System of Human Rights in general.

Keywords: Inter-American Court - Artavia - Costa Rica - In vitro fertilization - Constitutional Chamber - Provisional measure - Monitoring/supervision of compliance - Res judicata - Conventionality control.

1. Introducción

En el caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” (“fecundación in vitro”, en adelante FIV), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte o Corte IDH) condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)³. Tres años después de la sentencia, el Estado costarricense ha cumplido con la mayor parte de las disposiciones en el fallo “Artavia”⁴. Sin embargo, la orden que dio la Corte de modificar el ordenamiento jurídico interno para autorizar y regular la FIV y subsidiarla través de la CCSS⁵ encontró significativa resistencia a nivel nacional entre la mayoría de los legisladores, la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

3 Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) c/ Costa Rica” (en adelante, “Artavia”). Sentencia del 28 noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 257, párr. 223. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

4 Véase Corte IDH, “Artavia”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de febrero de 2016. Supervisión de cumplimiento de sentencia (en adelante, *Supervisión de cumplimiento*), p. 26 (puntos resolutivos 1 y 2). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf.

5 Corte IDH, “Artavia”, cit., párr. 317-380.

Ante la resistencia de los dos poderes del Estado a modificar inmediatamente el ordenamiento jurídico interno para autorizar y subsidiar la FIV, la Corte optó por intervenir directamente en el orden jurídico interno, a petición de la Presidencia, pretendiendo anular una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que había declarado, a su vez, nulo el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S, que pretendía regularla y que también condicionaba la autorización y regulación de la FIV a la aprobación de una ley por parte del Poder Legislativo⁶. En su supervisión de cumplimiento de febrero del 2016, la Corte declaró vigente el Decreto aludido y además afirmó que la FIV estaba ahora autorizada en Costa Rica en virtud de su propia resolución, sin necesidad de un acto jurídico estatal⁷.

Ahora bien, el modo en que está planteada la supervisión de cumplimiento del caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” supone un cambio radical de las atribuciones que la Corte Interamericana pretende tener y ejercer luego de dictar una sentencia definitiva, tanto respecto de esa misma sentencia como de sus consecuencias para los Estados afectados.

A fin de comprender lo anterior, primero se analizarán los efectos que la evolución de esta causa ha tenido en Costa Rica; posteriormente se harán algunas reflexiones a partir de las actuaciones de la misma Corte y, finalmente, se relacionará todo lo dicho con la doctrina del control de convencionalidad.

2. Los efectos del fallo del caso “Artavia” en Costa Rica

De manera muy simple y en lo que toca a la FIV, la sentencia de fondo, del 2 de noviembre de 2012, condenó al Estado a tres cosas: levantar la prohibición existente, regular su implementación e incluirla dentro de su sistema de seguro social (estas dos últimas de manera gradual), todo de acuerdo a los criterios establecidos en ella⁸. Lo importante para estos efectos es que el fallo es claro en cuanto a que debe ser el propio Estado quien realice las modificaciones necesarias a su ordenamiento jurídico, de acuerdo a sus procedimientos internos, lo que quedaría sujeto a la supervisión de la Corte.

6 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 19-27, p. 26, punto resolutivo 4.

7 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 26-27. Véase p. 26, punto resolutivo 3 y 5(a).

8 Corte IDH, “Artavia”, cit., párr. 336, 337 y 338 y puntos resolutivos 2, 3 y 4. Además, se reitera lo señalado aquí en Corte IDH, “Artavia”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de marzo de 2014. Solicitud de medidas provisionales (en adelante, *Medidas provisionales*), visto 1 y párr. 8, 9 y 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/artavia_se_01.pdf y Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 1, 5, 6, 7, 9, 13, 22 y 28-40.

Debe recordarse que sobre las medidas relativas a la modificación del orden interno, la Convención Americana establece que es el Estado quien debe “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2º).

a. Cumplimiento de la orden de permitir la FIV en el país

El fallo de la Corte Interamericana en el caso “Artavia” causó una división política entre el Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, quien favorecía la legalización y liberalización de la FIV, y la mayoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, que la rechazaba, al igual que la mayoría del Poder Legislativo, que se resistía a autorizarla, como se describe a continuación.

Durante tres años después de la sentencia de 2012, se presentaron tres Proyectos de Ley sobre la FIV en el Congreso Nacional costarricense⁹. Con todo, los legisladores no lograron reunir el consenso necesario para aprobarla, debido a las objeciones éticas que todavía persisten en torno a la reproducción asistida¹⁰ y que la Presidencia no encontró satisfactorias. El Presidente denunció al menos uno de dichos Proyectos, que aparentemente establecía importantes restricciones a la FIV, indicándole a la Corte que, de ser aprobado, “se corre el riesgo de hacer ineficaz la FIV en Costa Rica, así como de incurrir en estado de incumplimiento respecto de la sentencia de la [...] Corte”¹¹.

El tema también creó una división dentro del Ejecutivo mismo, pues la Procuraduría General de la República y la Presidencia tenían distintas posiciones frente a la FIV, disputa que culminó en la decisión del Presidente de la República de quitar la representación oficial del Estado a la Procuradora General de la República, Ana Lorena Brenes, que hasta ese momento había venido actuando en nombre del Estado de Costa Rica ante la Corte Interamericana¹², y otorgar dicha representación a otros funcionarios afines con su posición, incluyendo asesores legales de la Presidencia de la República y del Ministerio de Relaciones Exteriores¹³.

9 Ibidem, párr. 15, 29.

10 Véase May, H. (2013, 16 de agosto). El Estado incumple la sentencia FIV. *La Nación* (Costa Rica). Disponible en http://www.nacion.com/opinion/foros/incumple-sentencia-FIV_0_1360263964.html.

11 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 29.

12 Cambroner, N. (2016, 22 de febrero). Gobierno le quitó a la Procuradora la defensa de Costa Rica en caso FIV. *La Nación*. Disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html.

13 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., 2, nota 9.

Este cambio en los agentes del país tuvo un gran impacto en el proceso de supervisión de cumplimiento, pues la representación del Estado dejó de defender el derecho a la vida del embrión humano reconocido en su Derecho interno y adoptó una postura relativamente liberal frente a la FIV. Además, fueron estos nuevos representantes del Estado quienes posteriormente realizaron varios llamados a la Corte IDH, solicitándole que interviniera directamente en el debate interno para validar el Proyecto de Decreto Ejecutivo que no obtuvo a nivel nacional suficiente apoyo jurídico ni político por parte de los poderes del Estado costarricense¹⁴.

Cabe mencionar que hasta septiembre de 2015 existió un acuerdo entre los tres Poderes del Estado en cuanto a que debía ser la Asamblea Legislativa quien, por ley debidamente emitida, aprobaría y regularía la FIV, a pesar de que otros entes, como la Defensora de los Habitantes, demandaran que se cumpliera la sentencia de inmediato a través de Decreto Ejecutivo¹⁵.

Sin embargo, en septiembre de 2015, en una audiencia de supervisión de cumplimiento en que la Corte IDH exigió al Gobierno de Costa Rica la autorización inmediata de la FIV¹⁶, la representación del Estado mencionó que ya existía un Proyecto de Decreto Ejecutivo que cumplía con las exigencias de la Corte¹⁷, el cual el Presidente de la República se comprometía a emitir, aun en ausencia de una ley primaria¹⁸. La Presidencia señaló en la audiencia pública que la normativa propuesta era idónea para los fines mencionados¹⁹, y siete días después promulgó el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S (en adelante, Decreto Ejecutivo o Decreto Presidencial)²⁰, denominado “Autorización para la Realización de Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in vitro y Transferencia Embrionaria”²¹, en el que se autorizaba expresamente la FIV y se regulaba liberalmente²².

Como era de esperar, el Decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica el 21 de septiembre, la que proce-

14 *Ibidem*, párr. 15, 21.

15 *Ibidem*, párr. 10.

16 Véase video: “Audiencia Pública Caso Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) c/ Costa Rica”, 3 de septiembre de 2015. Disponible en <https://vimeo.com/album/3554165/video/138362028>.

17 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 30-31.

18 Véase video: “Audiencia Pública Caso Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) c/ Costa Rica”, cit.

19 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 32.

20 *Ibidem*, párr. 16.

21 CIDH, Resolución 3/2016, *Asunto Gómez Murillo y otros respecto de Costa Rica*, Medida Cautelar No. 617-15, 29 de enero de 2016 (en adelante, *Medidas cautelares*), párr. 3(D). Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC617-15-Es.pdf>.

22 *Ídem*.

dió a declarar su nulidad por este vicio formal el 3 de febrero de 2016²³ y se volvió de alguna manera al mismo punto de partida del caso “Artavia”, a lo cual la Corte respondió a su vez dictando una supervisión de cumplimiento, el 26 de febrero de 2016.

La impugnación ante la Sala Constitucional vino de un grupo de cuatro Diputados de la Asamblea Legislativa²⁴ que presentó un recurso de amparo, transformado luego en una acción de inconstitucionalidad, en contra del Decreto Ejecutivo, basado en violaciones de los principios de separación de poderes, reserva de ley, participación ciudadana y debido proceso, entre otros²⁵. La Procuraduría General de la República, de manera independiente a la Presidencia, apoyó la acción de inconstitucionalidad, emitiendo un Informe sobre la validez del Decreto Ejecutivo para adaptar el ordenamiento jurídico interno a lo exigido por el fallo del caso “Artavia”, y concluyó que dicho Decreto era inválido de acuerdo con sus leyes nacionales y con el artículo 30 de la Convención Americana, entre otros²⁶.

Al presentarse la acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresó preocupación por la suspensión del Decreto ante los recursos de inconstitucionalidad interpuestos²⁷ y emitió medidas cautelares el 29 de enero de 2016²⁸, en un posible intento de frustrar el resultado de dicho recurso, exigiendo al Estado de Costa Rica que hiciera accesible la FIV de manera inmediata a seis parejas demandantes y que concertara las medidas a tomar con ellas y sus abogados, a pesar de que en ese momento la Sala Constitucional se encontraba aún revisando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y no había todavía emitido una sentencia²⁹.

23 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 18 y 19. Debe destacarse que la sentencia de la Sala Constitucional no resultó para nada pacífica, pues posee cinco votos de minoría, algunos de rechazo y otros de apoyo al voto de mayoría.

24 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., nota 49.

25 Franck, M. I. (2015, 20 de septiembre). “Costa Rica – Presentación de recurso de amparo por la aprobación de Decreto de FIV”. *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia*. Disponible en <http://observatoriodinternacional.com/?p=2199>.

26 Véase (2015, 20 de septiembre). “Costa Rica – Fecundación artificial – Procuraduría de la Nación Expte. 15-13929-0007-CO/2015”. *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia*. Disponible en <http://observatoriodinternacional.com/?p=2340>. Véase artículo 30 de la Convención Americana: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (énfasis añadido).

27 CIDH, *Medidas cautelares*, cit., párr. 11.

28 Ídem.

29 *Ibidem*, párr. 3(D), 7 y 11, donde la Comisión reconoce que los recursos de inconstitucionalidad se encuentran bajo revisión ante la Sala Constitucional.

Como se ha dicho, el 3 de febrero de 2016, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense declaró inconstitucional el Decreto Presidencial con base en el artículo 2º de la Convención Americana, que establece que cualquier cambio en el Derecho interno de los Estados partes deberá darse a través de medidas legislativas³⁰, invocando el principio de legitimación democrática en las decisiones que afectan derechos fundamentales, donde es necesaria la intervención de la Asamblea Legislativa, por lo que emplazó al Poder Legislativo para emitir legislación sobre el tema³¹.

Es necesario recalcar que la Sala Constitucional no dijo que no iba a cumplir con el fallo del caso “Artavia”, simplemente estableció que solamente el Poder Legislativo tiene la competencia de ejecutar la parte del fallo de la Corte IDH que ordena la modificación del orden jurídico interno: “[...] debe la Asamblea Legislativa dictar la ley que impone la sentencia de la Corte Interamericana al Estado de Costa Rica, según las normas que regulan su actividad y, de esa forma, cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³².

Al día siguiente de la sentencia de la Sala Constitucional, la Presidencia solicitó a la Corte Interamericana que “otorgara vigencia temporal” al Decreto Ejecutivo que la Sala Constitucional había declarado inconstitucional³³. El mismo día, la Corte IDH emplazó al Estado costarricense para que en un plazo de siete días anulara la sentencia de la Sala Constitucional y permitiera la regulación de la FIV a través del Decreto Presidencial antes declarado inconstitucional³⁴.

Algunos días después, la CIDH presentó su opinión sobre la decisión de la Sala Constitucional y el proceso constitucional interno a la Corte IDH, expresando su preocupación basada en que “con la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto, la prohibición de la fecundación in vitro y su ausencia de regulación continúan vigentes en Costa Rica” y sugirió que debía aplicar el Decreto Ejecutivo porque “la aprobación de una ley en sentido formal, en la práctica, no ha constituido un medio eficaz” ya que, según lo indicado por las partes durante la etapa de supervisión de cumplimiento, “el trámite legislativo de los proyectos de ley se encontraba obstaculizado por cientos de mociones” y “algunos de los contenidos sus-

30 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 19

31 Véase Franck, M. I. (2016). “Costa Rica: por segunda vez llevada a la Corte Interamericana con motivo de la FIV”. *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia*. Disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2392>.

32 Corte IDH, “Artavia”, cit., párr. 19.

33 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 15, 21.

34 Véase Franck, M. I. “Costa Rica: por segunda vez llevada a la Corte Interamericana con motivo de la FIV”. Ob. cit.

tantivos de los proyectos [...] no serían compatibles con los estándares de la sentencia”³⁵.

La Sala Constitucional resistió la orden de la Corte IDH y no revirtió su sentencia, por lo que solo doce días después, el 18 de enero de 2016, la Comisión difundió el caso 12.798, denominado “Gómez Murillo y otros c/ Costa Rica” ante la Corte IDH³⁶, indicando que presentaba este nuevo caso sobre fecundación in vitro porque “el Estado de Costa Rica no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo” y la sentencia del caso “Artavia”, es decir, la orden de levantar la prohibición de la práctica de la FIV en el país y de reparar a las víctimas por daño moral y material³⁷.

Finalmente, a través de una resolución de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero de 2016, la Corte IDH declaró por cinco votos contra uno, que a la luz de la sentencia del caso “Artavia”, de 2012, “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público”. Asimismo, dispuso que “se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S del 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia”³⁸.

3. Análisis de las actuaciones de la Corte IDH luego de la sentencia definitiva

Si se analiza lo obrado por la Corte luego de la sentencia definitiva, es posible constatar diversas irregularidades, tanto en la medida provisional como en la supervisión de cumplimiento dictadas, muchas de las cuales han sido puestas de manifiesto en los votos de minoría de ambas, emanados del juez Vio Grossi. Además, es posible percibir varios elementos comunes entre dichas resoluciones, pues la Corte pretende autoatribuirse diversas facultades que contradicen abiertamente a la Convención Americana de Derechos Humanos.

De manera general, las irregularidades a que se aludirá son de dos clases: de forma y de fondo. Las irregularidades de forma se refieren a la

³⁵ Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 21.

³⁶ CIDH *presenta caso sobre Costa Rica a la Corte IDH*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 16 de febrero de 2016. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/013.asp>.

³⁷ Ídem.

³⁸ Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., pp. 26-27, punto resolutivo 4. Ideas similares en puntos resolutivos 3 y 5 y en párr. 36.

desnaturalización que la Corte hace de la medida provisional y de la supervisión de cumplimiento como instrumentos del Sistema Interamericano (dado su carácter accesorio respecto de una sentencia definitiva), lo que queda de manifiesto al analizar lo que pretende lograr mediante ellas. Las irregularidades de fondo se refieren a las modificaciones que este tribunal hace a la sentencia definitiva mediante estos instrumentos, desconociendo su carácter de cosa juzgada, así como el efecto que intenta otorgarle a sus resoluciones. A lo anterior contribuirá, además, tanto el Estado como las víctimas, al solicitarle a la Corte que tome medidas para las cuales no está facultada, como se verá más adelante.

Para demostrar lo dicho se analizará, primero, la medida provisional; luego, la audiencia pública y, finalmente, la supervisión de cumplimiento.

a. La medida provisional

Como se recordará, el Estado fue condenado a levantar la prohibición existente para realizar la FIV, a regularla e incluirla en su sistema de seguro social, de acuerdo a sus propios procedimientos internos, lo que viene a dar cumplimiento a lo establecido tanto en el artículo 2° de la Convención Americana, como en la OC 6/86 dictada por la misma Corte. La idea era, pues, generar un “cambio estructural”³⁹ del orden jurídico interno, a fin de que la FIV pudiera realizarse sin impedimentos en ese país.

Costa Rica cumplió con todas sus demás obligaciones⁴⁰ y en cuanto a la modificación de su ordenamiento jurídico, durante este tiempo, se presentaron tres Proyectos de Ley que no lograron ser aprobados⁴¹. Lo anterior prueba claramente la buena fe del Estado, al existir muestras evidentes de su acatamiento del fallo, que como resultaba obvio debe ser cumplido de acuerdo a los procedimientos internos del país condenado.

Sin embargo, al parecer los requirentes esperaban un cambio más rápido, pues casi un año y medio después de la sentencia presentaron una solicitud de medida provisional, el 19 de marzo de 2015, que la Corte resolvió el 31 de ese mes al declararla improcedente, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención, pues lo que se solicitaba no es materia de medidas de esta

39 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., párr. 7. También se alude de manera más indirecta a esto en “Artavia”, cit., párr. 334 y 335.

40 Es decir, brindar atención psicológica a las víctimas (Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 49-53), hacer las publicaciones de la sentencia que se ordenaron (ídem, párr. 54-56), realizar los cursos y programas de educación y capacitación exigidos para funcionarios judiciales (ídem, párr. 57-60) y pagar las indemnizaciones correspondientes por daño material e inmaterial y las costas (ídem, párr. 66-69).

41 *Ibídem*, párr. 10, 15 y 29.

naturaleza, sino de una supervisión de cumplimiento⁴², sin perjuicio de pretender abordar más adelante el asunto con mayor detalle en una resolución de esa especie⁴³. No obstante, ya aquí se detectan las primeras irregularidades, que fueron explicitadas por el juez Vio Grossi en su voto concurrente⁴⁴.

Debe dejarse constancia de que a pesar de ser un voto “concurrente”, en realidad puede muy bien ser considerado un voto disidente, en atención a las profundas críticas que hace a la resolución de mayoría. No obstante, se le llamó “concurrente” porque la resolución principal también rechazó la solicitud de medida provisional, aunque no por las razones formales planteadas por el juez Vio Grossi, sino, como se mencionó, para abordar el tema de manera más profunda en una futura supervisión de cumplimiento.

Por eso, la diferencia crucial entre el voto de mayoría y de minoría radica en que para el primero la medida provisional es considerada una herramienta idónea para ese estado de la causa (lo que constituye un primer aspecto de lo que llamamos irregularidades de forma), mientras que para el segundo no. La razón fundamental para el juez Vio Grossi es que ya existe una sentencia definitiva con fuerza de cosa juzgada, lo que hace que la medida provisional resulte extemporánea, al haber finalizado el procedimiento⁴⁵, motivo por el cual esta posibilidad “ha precluido”⁴⁶. En caso contrario, “implicaría que [la Corte] continuaría conociendo o juzgando este último, que la controversia que ha conocido y resuelto continuaría [...] es decir, [que la sentencia principal] no ha sido en realidad definitiva”⁴⁷. No obstante, ha sido una práctica común de la Corte dictar medidas provisionales con posterioridad a la sentencia definitiva.

Con todo, debe advertirse que varias de las irregularidades que denuncia el voto de minoría no sólo volverán a presentarse en la posterior supervisión de cumplimiento, sino que ya en esta etapa parece presagiarse un cambio de actitud de la Corte respecto de lo que ella se considera legitimada para realizar luego de dictar una sentencia definitiva.

Sin embargo, a nuestro juicio las irregularidades llegan más lejos. Ello, porque con motivo de la no dictación de la normativa interna ordenada por la sentencia definitiva, los peticionarios solicitaron expresamente a la Corte que diera “una orden directa dirigida al Ministerio de Salud a efecto de que

42 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., punto resolutivo 1.

43 *Ibidem*, párr. 10, remitiéndose a su párr. 9.

44 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit. Voto Concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, pp. 1-5.

45 *Ibidem*, pp. 1-2 y 4. Esta ha sido una postura constante en este magistrado, como lo hace ver en la nota 13 (p. 1).

46 *Ibidem*, p. 1.

47 *Ibidem*, p. 4.

permita a las Clínicas particulares brindar, bajo su supervisión, el servicio de la FIV”, y que “*se le ordene a la CCSS que debe brindar el servicio en el plazo improrrogable de seis meses, todo en los términos del Decreto Ejecutivo 24.029 [del año 2000] –si no hubiere otra normativa regulatoria más favorable– y bajo los [e]st[á]ndares y protocolos médico científicos*”⁴⁸.

Con lo anterior, no solo se están cambiando las reglas del juego, en cuanto a que las víctimas pretenden saltarse los procedimientos internos que debe llevar a cabo el Estado condenado para cumplir la sentencia definitiva, sino que, además, se busca revivir una norma fenecida el año 2000 gracias a un dictamen de la Sala Constitucional de ese país, que fue precisamente lo que dio origen al caso “Artavia” ahora fallado por este tribunal internacional. Esta clase de peticiones que solicitan a la Corte su intervención en una disputa interna serían reiteradas posteriormente tanto por las víctimas como por la Presidencia y tendrían notable efecto en la futura supervisión de cumplimiento.

Debe advertirse que las medidas solicitadas por las víctimas no solo escapan a las competencias de la Corte, sino que también implican un cambio radical respecto de lo señalado en la sentencia definitiva, a pesar de que en razón de su fuerza de cosa juzgada ella resulta inmodificable incluso para la misma Corte⁴⁹. Lo anterior, sin perjuicio de estar violando normas elementales del debido proceso (como la bilateralidad de la audiencia), al no permitir al Estado condenado defenderse ante estas nuevas pretensiones.

Por último, se quiere dejar constancia de que se ha hecho alusión a esta medida provisional, ya que creemos que en ella se encuentra el germen del cambio que pretende dar este tribunal en cuanto a sus propias atribuciones, tanto de forma como de fondo.

b. La audiencia pública de supervisión de cumplimiento

A nuestro juicio, las irregularidades continuaron también con la audiencia pública de supervisión de cumplimiento, en atención a que como se ha dicho, “el Estado” (en realidad, los representantes de la Presidencia de la República) ofreció dictar un Decreto Ejecutivo que regulara los puntos ordenados por la Corte a fin de dar cumplimiento al fallo⁵⁰. Sin embargo, a pesar de ser esta una prueba más de la buena fe del país condenado en

48 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., párr. 4, énfasis añadido.

49 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit. Voto Concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, pp. 1-2 y 4. Ideas similares en Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 13-17.

50 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 16, 17 y 33.

cuanto a cumplir con sus obligaciones, el problema se produce en atención a que el mecanismo ofrecido no es el idóneo, de acuerdo a los procedimientos y competencias internas de Costa Rica (de nivel constitucional) que, además, exigen respetar no solo la sentencia definitiva, sino los ya aludidos artículo 2° de la Convención y la OC 6/86 de la Corte.

Un segundo punto muy discutible es que la Corte consideró legítima esta propuesta, a sabiendas de que la normativa ofrecida no era idónea internamente para regular estas materias, aspecto que no podía ignorar, al haber sido precisamente una situación análoga del año 2000 la que diera origen al caso “Artavia”. Lo anterior se acentúa más todavía si se toma en cuenta lo que la Corte dirá posteriormente en la supervisión de cumplimiento respecto de este Decreto, que fue dictado finalmente el 10 de septiembre de 2015.

Una tercera irregularidad (y que prueba que la Presidencia era consciente de ella) es que en esta audiencia “el Estado” también solicitó a la Corte tomar acciones directas para que “*otorgara ‘vigencia temporal’ al referido Decreto Ejecutivo ‘mientras no se emita una norma de rango superior’ (infra Considerandos 21 y 32)*”⁵¹. De esta manera, y al margen de solicitarle algo para lo cual no está facultada, en el fondo se pedía a la Corte no tener en cuenta el artículo 2° de la Convención ni su propia OC 6/86, a fin de poder saltarse las competencias y procedimientos internos del país condenado, pues si el Decreto Ejecutivo fuera una norma idónea, no existiría necesidad de tal solicitud.

Además, a nuestro juicio todo lo anterior implica modificar la sentencia definitiva. En primer lugar, porque se está solicitando que la Corte haga algo no contemplado en ella (otorgar validez al Decreto Ejecutivo, que, además, no existía a la época de la sentencia); en segundo lugar, que para llevarlo a cabo imparta órdenes directas a los órganos locales, pese a no estar facultada para ello, siendo que antes les encargó esta tarea; y en tercer lugar, que se salte o ignore los procedimientos internos que antes ordenó implícitamente respetar.

Otro aspecto que llama la atención de esta audiencia es que la Corte considere que su interlocutor es “el Estado”, siendo que, en realidad, no sólo se trata únicamente de la Presidencia, sino, además, porque olvida que han sido otros poderes de “el Estado” quienes han sido responsables de las conductas que ella critica en su medida provisional (y luego en la supervisión de cumplimiento), ya que el Poder Legislativo no ha dictado las leyes solicitadas y el Poder Judicial no ha acogido los reclamos de los

51 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 15, énfasis añadido.

interesados para realizar la FIV en ese país⁵². Por eso parece curioso que la Corte “desdoble” al Estado, al tomar por tal solo a uno de sus Poderes cuando dialoga con él, y a los dos restantes cuando critica su actuación y lo acusa de haber caído en responsabilidad internacional, pese a haber señalado invariablemente que cualquier Estado constituye una unidad indivisible⁵³. Lo anterior, sin perjuicio de que la Corte se estaría entrometiendo en una disputa interna entre órganos del país condenado, para lo cual obviamente no posee competencias⁵⁴.

c. La supervisión de cumplimiento

Como se ha dicho, en razón a que de acuerdo al ordenamiento jurídico costarricense la Presidencia es incompetente para regular la materia en comento, el Decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de ese país y declarado nulo el 3 de febrero de 2016, lo que motivó que la Corte dictara la medida provisional el 26 de ese mismo mes.

Es en esta medida provisional donde se perciben las mayores irregularidades, tanto de forma como de fondo, cuyo germen pareciera encontrarse en la medida provisional desestimada en su momento y en las solicitudes realizadas por los interesados y por la Presidencia, tanto en ella como en la audiencia de supervisión de cumplimiento recién comentadas.

Tal como se señaló, la irregularidad de forma que se percibe, y que denuncia el juez Vio Grossi en su voto disidente⁵⁵, es la desnaturalización que la Corte hace respecto de lo que es y para qué sirve una supervisión de cumplimiento. Ello, porque mediante la misma pretende modificar la sentencia definitiva –a través de una “interpretación” de dicha sentencia para la cual no está autorizada, pues sólo pueden solicitarla las partes⁵⁶–, no pudiendo hacerlo, en virtud de su carácter de cosa juzgada y de las infracciones a reglas básicas del debido proceso⁵⁷, al impedir defenderse al Estado conde-

52 Se alude a seis sentencias de amparo que dictó la Sala Constitucional rechazando los reclamos presentados por los interesados en Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 8, 11 y 46.

53 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 7.

54 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 43-51.

55 *Ibidem*, párr. 37-54.

56 *Ibidem*, párr. 41-42.

57 “*La supervisión de cumplimiento de sentencia no constituye ni debe transformarse en un nuevo juicio y las resoluciones que emanen de ella no pueden constituir una nueva sentencia*” (Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 17, énfasis añadido).

nado. Lo anterior se hace más evidente en atención a que, como se ha dicho, el Decreto Ejecutivo al que se alude reiteradamente no existía al dictarse la sentencia principal.

Por otro lado, las irregularidades de fondo o de contenido son fruto y prueba de lo anterior, ya que al exceder sus competencias, la Corte altera lo establecido en la sentencia definitiva. A nuestro juicio, estas modificaciones son de tres clases: a) las que por medio de esta interpretación no autorizada agregan nuevas obligaciones no contempladas en la sentencia de fondo⁵⁸; b) las que de la mano de lo anterior pretenden que la Corte valide por sí misma actuaciones internas del Estado condenado, haciendo caso omiso de sus propias competencias como tribunal internacional y de las regulaciones y procedimientos internos de ese país; y finalmente, c) aquellas que buscan tener efectos directos sobre el país sin necesidad de una regulación interna suya (pese a haberla ordenado en la sentencia definitiva), saltándose con mayor razón aún tanto esos cauces formales como sus propias competencias⁵⁹.

Con todo, antes de abordar las irregularidades de fondo, debe hacerse presente que pese a lo dicho, la supervisión de cumplimiento reconoce en múltiples lugares que la sentencia definitiva ordenó al Estado modificar su legislación interna en los tres aspectos señalados (levantar la prohibición de la FIV, regularla e incluirla en su sistema de seguro social)⁶⁰, e incluso (si bien constituye una modificación de la misma) propone caminos internos para llevar a cabo esta orden⁶¹.

a) Primera irregularidad de fondo: la añadidura de nuevas obligaciones no contempladas en la sentencia definitiva por vía de una interpretación no autorizada. La irregularidad consiste en que ahora se señala que las tres medidas ordenadas son independientes y han sido establecidas en un orden

58 Una supervisión de cumplimiento sólo puede “inspeccionar el cumplimiento de la sentencia tal como fue emitida” (ibídem, párr. 16), razón por la cual “la supervisión de cumplimiento de sentencia no constituye ni debe transformarse en un nuevo juicio y las resoluciones que emanen de ella no pueden constituir una nueva sentencia” (ibídem, párr. 17).

59 “A quien compete, pues, la ejecución de una sentencia es al Estado Parte en la causa correspondiente. De modo que las sentencias de la Corte no se aplican directamente a los habitantes y en el territorio del Estado Parte correspondiente, puesto que, para que ello acontezca, es necesario un acto del Estado” (ibídem, párr. 8). En consecuencia: “La sentencia no se pronuncia acerca de la forma cómo se cumple la sentencia y a cuál órgano estatal corresponde hacerlo. De ese modo, deja todos esos asuntos en el ámbito denominado en el Derecho Internacional como jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado” (ibídem, párr. 25). Complementa lo anterior con lo señalado en el párr. 9 y 18.

60 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 1, 3, 5, 6, 7, 9 y 13.

61 Ibídem, párr. 9. Resulta evidente que a pesar de estar abordando materias nuevas, al proponer caminos para la implementación de su fallo está reconociendo las competencias internas correspondientes.

de prelación⁶², razón por la cual no sería imprescindible cumplirlas todas para que la FIV pueda llevarse a cabo en el país. Ahora bien, al margen de que la sentencia definitiva no señale este carácter autónomo ni su prelación mutua⁶³, en atención a las exigencias establecidas por la Corte, desde un punto de vista más práctico, la gran pregunta que surge es si resulta factible realizar la FIV sin que medie alguna regulación a su respecto, y no baste simplemente con levantar la prohibición que sobre ella recae, como se argumenta en esta supervisión⁶⁴. Lo anterior no solo debido a los complejos asuntos técnicos y económicos que lleva aparejado este tratamiento, sino también para no violar eventualmente otros derechos como consecuencia de esta falta de regulación.

Además, en múltiples pasajes la medida provisional hace ver la imperiosa necesidad de normar la FIV, como se verá más adelante.

*b) Segunda irregularidad de fondo: que la Corte valide por sí misma actuaciones internas del Estado condenado, haciendo caso omiso de sus propias competencias como tribunal internacional y de las regulaciones y procedimientos internos de ese país*⁶⁵. En realidad, buena parte de la medida provisional gira en torno a defender la validez del Decreto Ejecutivo como norma idónea para dar cumplimiento a la sentencia definitiva⁶⁶: “[...] hasta que no se emita una norma de rango superior (*supra* Considerando 21), este Tribunal considera que la misma tiene relevancia en lo que respecta a la regulación que aplicaría para la implementación de la técnica FIV⁶⁷ y que “ante la falta de una regulación específica en los términos de la sentencia, la FIV podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable [...por lo cual] resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S se mantenga vigente en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho”⁶⁸. Todo esto, a pesar de no ser el camino idóneo para ello y de haber sido consecuentemente declarado

62 *Ibidem*, párr. 5, 9 y 22.

63 En parte alude a esto la Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 19 y 20.

64 Corte IDH, “Artavia”, cit., párr. 336; Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., párr. 4; Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 3-27 y punto resolutivo 3 y 5a.

65 “Consecuentemente, es indiscutible que la Resolución dispone otra obligación de resultado que tampoco está prevista en la Sentencia, a saber, la de mantener la vigencia del mencionado Decreto Ejecutivo” (Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 35. Ideas similares en párr. 32 a 36).

66 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 21.

67 *Ibidem*, párr. 27. Esta idea es reiterada de manera más general en párr. 29 a 37.

68 *Ibidem*, párr. 36, énfasis añadido. Algo similar señala el punto resolutivo 4.

nulo por la Sala Constitucional. Por tanto, la norma referida resulta doblemente inválida.

Debe recordarse que esta pretensión de la Corte está motivada al menos en parte por la petición que hicieron las víctimas para que “a) se ratifique y avale el Decreto Presidencial [...] como forma de cumplir con la [s]entencia [...] y ordene] que deberá mantenerse vigente hasta tanto no exista una normativa de rango superior que sea conforme a lo resuelto [...] en la [s]entencia”, y b) “se anule la Resolución 2016-1692 [...] del 3 de febrero de 2016 de la Sala Constitucional de Costa Rica, por ser contraria y de menor rango a la [s]entencia emitida por la Corte IDH en [este] caso”⁶⁹. Y también por la solicitud de “el Estado” en la audiencia de supervisión de cumplimiento de tener por validado el Decreto Ejecutivo que se ofrecía dictar en esa oportunidad⁷⁰.

Con todo y según se ha dicho, no deja de ser curioso que la Corte reconozca de manera implícita la falta de legitimidad de este Decreto (y por tanto, la irregularidad que está cometiendo), al plantear su vigencia como una solución momentánea, a la espera de que se dicte la normativa realmente idónea. Ello, porque si de verdad cumpliera con dichos requisitos, bastaría solo con este Decreto Ejecutivo. El problema, como se ha mencionado, es la flagrante violación que lo anterior implica no solo de las normas internas del país condenado, sino también de lo señalado por la sentencia definitiva, el artículo 2° de la Convención y la OC 6/86 a que se ha aludido tantas veces.

Finalmente, y al margen de las críticas realizadas, al menos puede rescatarse que la Corte todavía le está solicitando al Estado que sea él quien regule o arregle la situación, por mucho que se violen las formalidades internas del país al pretender tomar cartas en el asunto. Sin embargo, esta situación cambiará radicalmente en la tercera irregularidad de fondo.

*c) Tercera irregularidad de fondo: pretender que la sentencia definitiva tenga efectos directos en el país sin necesidad de una regulación interna suya (pese a haberla ordenado), saltándose con mayor razón aún tanto los cauces formales del país condenado como sus propias competencias como tribunal internacional*⁷¹. A continuación, la Corte da un giro radical, que constituye el preámbulo de esta tercera irregularidad de fondo: pese a reconocer de ma-

69 *Ibidem*, párr. 21 y 32.

70 *Ibidem*, Vistos N° 15 y párr. 27 y 32.

71 Esto es lo que Vio Grossi llama la primera nueva obligación de resultado impuesta por las medidas provisionales: permitir de forma inmediata el acceso a la FIV “sin necesidad de un acto jurídico estatal. Lo anterior, se insiste, es una indiscutible y no admitida alteración respecto de lo decidido en la sentencia” (Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 29). Para esta idea, párr. 27-31.

nera expresa lo que ella había ordenado en la sentencia definitiva, acto seguido señala mediante su “interpretación” algo completamente nuevo, que no solo contradice lo antes ordenado, sino que resulta imposible de prever o siquiera derivar a partir de ello: “Si bien la Corte ordenó que Costa Rica regulara los aspectos que considerara necesarios para la implementación de la FIV, *no estaba considerando indispensable la existencia de dicha regulación para que las personas con infertilidad pudieran tener acceso a esta técnica*; por esta razón, se ordenaron dos medidas de reparación de forma independiente (*supra* Considerandos 5, 6 y 9)”⁷², lo que se vincula con la consideración de las tres obligaciones principales (levantar la prohibición de la FIV, regularla e insertarla en el seguro social) como deberes autónomos, según se comentaba más arriba. Para justificar lo anterior, la Corte argumentó que la FIV se realiza en varios países en que no existe regulación al respecto⁷³.

En consecuencia, no contenta con la modificación de su mismo fallo ni con las violaciones a las normas del debido proceso⁷⁴, la Corte incurre finalmente en la tercera irregularidad de fondo: considerar que por su sola sentencia, *y sin que medie la acción de los órganos internos del Estado*, como ella misma había ordenado y reconocía en la propia supervisión de cumplimiento, se tome como cumplida la primera medida exigida, esto es, que “a la luz de la Convención Americana y la reparación ordenada en la sentencia, *debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica [...] sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica*”⁷⁵.

Es decir, violando sus propias normas de competencia, la Corte ha pasado de ordenarle al Estado hacer algo, a realizarlo por ella misma, no solo considerando innecesaria dicha actuación que antes exigía al país condenado, sino, además, pretendiendo saltarse sus competencias internas, lo que contradice abiertamente su propia sentencia así como los ya aludidos artículo 2º de la Convención y la OC 6/86 de la Corte. Además, si la sentencia definitiva poseyera efectos directos, no se entiende por qué la Corte aceptó que se dictara el Decreto ofrecido por la Presidencia, puesto que resultaría en buena medida innecesario.

72 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 22, énfasis añadido.

73 Ídem. Se remite al caso “Artavia”, párr. 255 y 256.

74 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, especialmente en los párr. 13-18 y 30-42.

75 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 26, énfasis añadido. Ideas parecidas en párr. 36 y punto resolutivo 3. Ideas complementarias en párr. 10 y punto resolutivo 5a.

4. Algunas preguntas que origina la situación descrita

Ahora bien, dentro de las varias preguntas que deja planteadas el caso “Artavia”, quisiéramos destacar cuatro, una referida a este juicio en particular y tres que aluden al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general: *a)* si las obligaciones de levantar la prohibición de la FIV y de regular su utilización son verdaderamente independientes; *b)* si resulta legítimo cumplir una sentencia de la Corte saltándose o incluso violando las normas y procedimientos locales del país condenado; *c)* si es legítima la pretensión de la Corte en cuanto a que una sentencia suya tenga efectos directos e inmediatos sobre un país condenado sin necesidad de que éste deba modificar su ordenamiento interno; y *d)* si la Corte respeta el principio de la cosa juzgada.

a) Pregunta uno: si las obligaciones de levantar la prohibición de la FIV y de regular su utilización son verdaderamente independientes. La respuesta parece dudosa, en atención a que la Corte hace ver la necesidad de su regulación de forma permanente, “en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho”⁷⁶. Por eso declara que “ante la falta de una regulación específica en los términos de la sentencia, la FIV podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable [...razón por la cual] resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S se mantenga vigente”⁷⁷.

Dicho de otra manera: si de verdad bastara solo con levantar la prohibición, como pretende haber hecho con la sentencia definitiva, la Corte no insistiría en validar una normativa interna nula, por mucho que sea de modo transitorio. Además, ella declara que pese a entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica, ello no exime al Estado de su obligación de regular a la brevedad todos los aspectos técnicos relacionados⁷⁸, razón por la cual decidió mantener la supervisión de cumplimiento respecto de este punto⁷⁹.

También se hace más evidente esta necesidad debido a la exigencia de incluir la FIV dentro de los programas de salud del país y de asignarle recursos del Seguro Social⁸⁰, lo cual sólo puede hacerse mediante una norma expresa. Lo anterior explica, además, que se hayan realizado diversos estudios técnicos por el Estado condenado con este objetivo⁸¹.

76 *Ibidem*, párr. 21.

77 *Ibidem*, párr. 36, énfasis añadido.

78 *Ibidem*, párr. 28-37.

79 *Ibidem*, punto resolutivo 5b y 7.

80 *Ibidem*, párr. 38-48.

81 *Ibidem*, párr. 39, 43 y 44.

Igualmente, pareciera que esta necesidad explica que en la audiencia pública de supervisión de cumplimiento la Presidencia insistiera en regular esta práctica mediante un Decreto, aunque este no fuera el medio idóneo. En esa oportunidad, sostuvo que “lo que ‘resulta esencial’ es que la norma que regule dicho tratamiento médico ‘cumpla con los estándares convencionales’ y con lo indicado en la sentencia y ‘asegur[e] la viabilidad práctica de la FIV, en términos de seguridad y calidad del método’⁸². Y de hecho, al aludir a este Decreto, la propia Corte señala que el mismo busca “regular aspectos relacionados con la implementación de la técnica de la FIV, y prever disposiciones sobre las responsabilidades y funciones de diversas autoridades en la realización, inspección y control de la técnica en el país”⁸³. Y para justificar su decisión, agrega a continuación: “Al ordenar la reparación relativa a que se regulen ‘los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV’, la Corte no indicó específicamente qué tipo de norma debía ser emitida para tales efectos”⁸⁴.

Todo esto explica que surjan razonables dudas en cuanto a si en verdad se trata de tres obligaciones independientes. Además, el hecho de que siga reconociendo la necesidad de una normativa interna indica que la sentencia de la Corte no se basta a sí misma⁸⁵. Finalmente, como se ha dicho, la falta de normativa podría dar origen a la vulneración de otros derechos y, por tanto, a la responsabilidad internacional del Estado.

b) Segunda pregunta: si resulta legítimo cumplir una sentencia de la Corte saltándose o incluso violando las normas y procedimientos locales del país condenado. Este es precisamente el meollo de la sentencia dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica, que anuló el Decreto Ejecutivo no por razones de fondo ni por pretender desobedecer a la Corte (de hecho, reconoce la deuda del Estado para con la sentencia⁸⁶), sino porque el camino adoptado no era el idóneo.

En efecto, según declaró, es la Asamblea Legislativa de ese país quien debe “dictar la ley que impone la sentencia de la Corte Interamericana al Estado de Costa Rica, según las normas que regulan su actividad”, razón por la cual el Decreto Ejecutivo se ha realizado “sin seguir el procedimiento

82 *Ibidem*, párr. 32, énfasis añadido.

83 *Ibidem*, párr. 33.

84 *Ibidem*, párr. 35.

85 En parte habla de esto en *ibidem*, párr. 46 y 48.

86 Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp.: 15-013929-0007-CO, Res. N° 2016001692, punto VI. Disponible en web: http://womens-linkworldwide.org/premios/docs_postulacion/56ddacffc283e_pgja_Sentencia_CostaRica_Caso-FIV_es.pdf.

constitucionalmente previsto para ello, pues el sistema democrático es un sistema de medios y no de fines; y, por ende, *no es posible que el fin justifique el medio* cuando éste quebranta, de forma abierta y manifiesta, valores, principios y normas nucleares del sistema republicano, como es el principio de reserva de ley⁸⁷. Esto, por mucho que la Presidencia haya ofrecido dictar un Decreto en la audiencia de supervisión de cumplimiento, pues, en el fondo, no tenía competencia para ello.

Además –y nuevamente hace caso omiso de las regulaciones internas y de sus propias competencias como tribunal internacional–, la Corte señala que la impugnación que se hizo del Decreto Ejecutivo era la oportunidad para que la Sala Constitucional levantara la prohibición de la FIV que originó el caso “Artavia” y diera un paso fundamental en el cumplimiento de la sentencia⁸⁸. Sin embargo, resulta claro que la Sala Constitucional no puede contradecirse a sí misma, razón por la cual, por mucho que hubiera levantado esa prohibición, sigue faltando el argumento central que la llevó a anular el Decreto Ejecutivo: la ausencia de una regulación legal en virtud del principio de reserva de ley imperante en ese país para una materia de esta naturaleza⁸⁹. Es decir, la frase “no es posible que el fin justifique el medio” también se aplica a la misma Sala, en armonía, por lo demás, con lo ordenado por la sentencia definitiva, el artículo 2º de la Convención y la OC 6/86. Esto, sin perjuicio de que esta consideración de la Corte es una nueva modificación de su fallo, que ordenaba expresamente regular la FIV, no que la Sala Constitucional la validara. Tampoco debe pasarse por alto que por esta vía la Corte pretende anular de manera directa una sentencia de esa Sala, no correspondiéndole, sin perjuicio de estar comportándose como una cuarta instancia.

Por tanto, si la Corte está ordenando introducir las modificaciones legales al ordenamiento interno de un país condenado, resulta evidente que éste no puede violar su propia normativa para ello.

De ahí que estudiosos del Sistema Interamericano hayan indicado –si bien no refiriéndose al presente caso– que únicamente el Poder Legislativo tiene la atribución de implementar la parte resolutive de la sentencia que ordene la modificación del orden jurídico interno⁹⁰. Asimismo, la Corte Suprema de Costa Rica ha establecido, a través de precedente judicial, que

87 Ídem, énfasis añadido. Alude a esto la Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 19.

88 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 12, 13 y 14.

89 *Ibidem*, nota 40, párr. 13.

90 Véase Thury Cornejo, V. *Revisión del Control de Convencionalidad Difuso y la Identidad Institucional de la Corte Interamericana*. UCA/CONICET, disponible en <http://cedecu.edu.uy/uploads/media/mdCategory/bebf264aa42b3aa85e5afdcd20370855.pdf>.

solamente el Congreso, y no las Cortes Nacionales, tiene la facultad de ordenar el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH⁹¹.

Por su parte, Santiago Cantón, antiguo Secretario Ejecutivo de la CIDH, ha reconocido que únicamente las asambleas legislativas nacionales pueden prever el cumplimiento automático y completo de las sentencias de la Corte IDH, y ha llamado a los Estados partes de la Convención a “aprobar legislación interna para garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte”, reconociendo que el Estado de Costa Rica, junto con Perú y Colombia así lo han hecho en el pasado⁹².

En realidad, la idea de que la autorización de la FIV y su subsidio público debían ser aprobados en una ley emitida por la Asamblea Legislativa fue la posición del Estado costarricense desde la emisión de la sentencia hasta la audiencia de cumplimiento en septiembre de 2015⁹³. No obstante, en dicha audiencia, la representación del Estado, esta vez en manos de la Presidencia de la República, cambió de parecer y decidió implementar la decisión de la Corte por Decreto Ejecutivo ante la presión de la Corte para cumplir con el fallo de inmediato⁹⁴.

c) *Tercera pregunta: si es legítima la pretensión de la Corte en cuanto a que una sentencia suya tenga efectos directos e inmediatos sobre un país condenado sin necesidad de que éste deba modificar su ordenamiento interno.* Es decir, al margen del presente caso, lo que ahora se quiere destacar es lo siguiente: si el ordenamiento interno de un país condenado se modificara automáticamente sólo gracias a una sentencia suya, no tendría sentido que la Corte exija que ese Estado introduzca por sí mismo las modificaciones ordenadas (como por lo demás ha hecho hasta ahora), pues estas ya se habrían producido por su solo ministerio.

91 Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 05274, May 4, 2005, Sistema Costarricense de Información Jurídica (Costa Rica), disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=335617&strTipM=T&strDirSel=directo; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 14953, November 2, 2011, Sistema Costarricense de Información Jurídica (Costa Rica), disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=525680&strTipM=T&strDirSel=directo.

92 Cantón, S. (2013). “To Strengthen Human Rights, Change the Organization of American States (Not the Commission)”. *Human Rights Brief* 20, no. 2: 5-12, 3. Disponible en <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1836&context=hrbrief>.

93 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 10.

94 *Ibíd.*, párr. 10.

Más aún: este cambio de perspectiva –y que critica reiteradamente el juez Vio Grossi⁹⁵– se opone abiertamente a la postura que la misma Corte ha tenido en las supervisiones de cumplimiento que ha acogido. Ello, porque para hacerlo es requisito indispensable el incumplimiento del fallo definitivo, al menos de manera parcial, lo cual en muchísimos casos se ha verificado precisamente por no haberse realizado las modificaciones legales correspondientes. Ahora, lo anterior resultaría absurdo si para dicha modificación solo bastara con el mérito de la sentencia de fondo, pues de ser así, la medida provisional habría sido rechazada o incluso habría resultado innecesaria, pues la sentencia definitiva ya estaría cumplida. Una razón más para darse cuenta de que la actual supervisión de cumplimiento está yendo más allá de las atribuciones de la Corte y cambiando lo dicho por la sentencia definitiva.

Finalmente, el anterior razonamiento también se prueba porque la propia Corte razona de este modo (es decir, se queja de la falta de modificación al orden interno) tanto en la medida provisional⁹⁶ como en la posterior supervisión de cumplimiento⁹⁷ y no solo en este caso particular, sino en todas las ocasiones en que ha existido esta falta de reglamentación interna.

Por tanto, imperioso es concluir que una sentencia definitiva de la Corte no puede modificar de modo directo una norma interna del país condenado⁹⁸.

d) Cuarta pregunta: si la Corte respeta el principio de la cosa juzgada. Esta es tal vez la incógnita más compleja que origina el desarrollo que ha tenido el caso “Artavia” y que hace caer una sombra de duda general respecto del funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En efecto, tal como recalca el juez Vio Grossi en sus votos de minoría⁹⁹, el principio de la cosa juzgada está siendo ignorado por ambas resoluciones, tanto por la medida provisional, al pretender ser dictada luego de la sentencia definitiva, como por la supervisión de cumplimiento, al modificar lo ya ordenado de manera inamovible por ella. Lo anterior puede dar origen

95 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 18, 20, 21, 23, 25, 29, 31 y 39.

96 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit., párr. 7 y 11 y punto resolutivo 3.

97 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 10, 11, 13, 15, 24-26, 29, 32, 40 y 47.

98 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 8-9.

99 Corte IDH, *Medidas provisionales*, cit. Voto Concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, 1-2, 4. Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 6, 15, 17, 26-36 y 53.

a una situación sumamente delicada, ya que de seguir con esta actitud, la Corte podría alterar lo ordenado por ella misma con cada medida provisional o supervisión de cumplimiento que dicte en el futuro.

Esta es la razón por la cual aludíamos a la irregularidad de forma que se percibe en este caso, que viene a ser la base de todas las restantes irregularidades de fondo: la desnaturalización que la Corte hace tanto de lo que es una medida provisional como una supervisión de cumplimiento, lo que en parte advierte el juez Vio Grossi cuando señala en esta última: “Este voto se emite con el más irrestricto respeto por los jueces de la Corte y con la más absoluta convicción de que el mejor aporte que esta última puede hacer al pleno respeto de los Derechos Humanos es actuar, por una parte, con apego al Derecho y por otra, como una institución judicial autónoma, con especial cuidado de respetar los límites que aquél le impone, *de suerte de no transformarse en una institución de otro carácter*”¹⁰⁰.

Obviamente, un asunto como este requiere de un estudio pormenorizado que no puede realizarse aquí, pero al menos se ha querido dejar constancia de él.

5. El caso “Artavia” y el control de convencionalidad

a. Planteamiento: los diversos tipos de control y sus consecuencias

Antes de abordar el presente tema, debe advertirse que será planteado de un modo hipotético, esto es, tal como la Corte Interamericana y buena parte de la doctrina pretenden que sea aplicado, sin adentrarse en las críticas, problemas y polémicas que ha producido. Lo anterior, con el fin de confrontarlo con lo dicho hasta aquí respecto del caso “Artavia”.

Como se sabe, la teoría del control de convencionalidad ha sido establecida por la Corte por vía jurisprudencial¹⁰¹, puesto que esta institución no se encuentra contemplada en la Convención Americana, distinguiéndose entre un control externo o “desde arriba”¹⁰² y otro interno o

100 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 2, énfasis añadido.

101 García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”. *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México. Año V, N° 28, 144-145; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal*, vol. 50, Issue 1, 50-52 y 54-55; Mejía Lemos, D. G. (2014). “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 136-137.

102 Sagiés, N. P. (s/f). “El ‘control de convencionalidad’ en el Sistema Interamericano y

“desde abajo”¹⁰³. El primero sería el aplicado por la propia Corte respecto de los ordenamientos locales¹⁰⁴ (razón por la cual algunos lo llaman “concentrado”¹⁰⁵) y el segundo, el que se ordena ejercer a los jueces internos de cada país¹⁰⁶ (denominado “difuso”¹⁰⁷ por varios autores), “obviamente en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes”¹⁰⁸, esto es, siguiendo los cauces existentes en cada

sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> [fecha de consulta: 27-13-2014], 382.

103 Ibidem, 384.

104 Binder, C. (2010). “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”. En Von Bogdandy, A.; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M. (Coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo II. México. Unam; Max-Plank-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Volkerrecht; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, traducción de G. Aguilar y R. Stewart, 169-172; Castilla Juárez, K. (2011). “El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 596-597; Hitters, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. *Estudios Constitucionales*, Año 7 (2), 110-112.

105 Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2012). “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2), 179-181; Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf> [fecha de consulta: 11-3-2015], 173-175; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie (Año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre), 1168.

106 Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”. En Carbonell Sánchez, M.; Salazar Ugarte, P. (Coords.). *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*. México. Unam, 119-120; Carbonell, M. (s/f). “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 14-5-2014], 86-87; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (Año 10 N° 19), 240-241.

107 Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, ob. cit., 175-178 y 187-188; García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En Nogueira Alcalá, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago. Librotecnia, 357 y 369-370. En general se trata de esta cuestión en Ferrer Mac-Gregor, E. (Coord.) (2012). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México. FUNDAp, Querétaro, *passim*.

108 Sólo por mencionar algunos fallos a lo largo del tiempo, se pueden citar: caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú”. Excepciones Preliminares,

Estado para ejercer su propio control de constitucionalidad¹⁰⁹. Además, este control interno puede ser ejercido incluso de oficio¹¹⁰, sea por todos los jueces, en caso de que en ese país exista un control de constitucionalidad difuso, o solo por algunos, si este es concentrado¹¹¹.

Debe advertirse que la nomenclatura que se ha empleado a propósito del control de convencionalidad no es del todo feliz, ya que induce a cierta confusión. Así, el control “concentrado” alude, para algunos autores, únicamente al ejercido por la Corte Interamericana, mientras que para otros, se refiere al control interno o desde abajo que debieran aplicar solo aquellos jueces nacionales autorizados por su orden interno para aplicar su propio control de constitucionalidad. En cambio, cuando se habla de control “difuso”, algunos entienden por tal el control interno en general, por oposición

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 128; caso “Gelman c/ Uruguay”. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 193; caso “Masacres de Río Negro c/ Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C N° 250, párr. 262; caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas c/ República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Serie C N° 282, párr. 311; y caso “García Ibarra y otros c/ Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de noviembre de 2015. Serie C N° 306, párr. 103, nota 127. Véase nota 136.

109 García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”, ob. cit., 369; Castilla Juárez, K. (2011). “El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, ob. cit., 603; Sagüés, N. P. (2009). “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *La Ley*, 19-2-2009, 1. Disponible en http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf [fecha de consulta: 6-3-2015], 2.

110 Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En Bazán, V.; Nash, C. (Eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*. Santiago. Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 35; Ibáñez Rivas, J. M. (2012). “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 107-108; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”. *Estudios Constitucionales* (Año 10 N° 2), 62-63.

111 Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En Rivera, J. C.; Elías, J. S.; Grosman, L. S.; Legarre, S. (Dir.). *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires. AbeledoPerrot. Disponible en <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Conventionalidad.pdf> [fecha de consulta: 16-4-2015], 541-542; Binder, C. (2010). “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, ob. cit., 173-174; Contesse, J. (2013). “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf [fecha de consulta: 12-8-2015], 6-7.

al que hace la Corte, mientras que para otros alude también a este tipo de control desde abajo, pero aquel que pueden efectuar todos los jueces de un país. En nuestro caso, utilizaremos esta dicotomía concentrado-difuso sólo para referirnos al control interno, a fin de distinguir entre aquel que pueden ejercer algunos o todos los jueces nacionales, respectivamente.

Ahora bien, este control interno o desde abajo –concentrado o difuso– puede ejercerse ya sea reinterprelando la normativa local a la luz de los dictámenes de este tribunal internacional con el fin de no desecharla¹¹², o en caso de existir una incompatibilidad insalvable, prefiriendo la disposición internacional sobre la local, inaplicando esta última¹¹³. Sin embargo, la anterior posibilidad sufre una excepción en caso de que las disposiciones internas sean más favorables en relación a los derechos involucrados, en virtud del principio *pro homine*, que obliga a buscar la normativa que más proteja o que menos restrinja los derechos en juego¹¹⁴. Es por eso que dentro de este control interno o desde abajo, la primera opción ha sido llamada control de convencionalidad “débil” y la segunda, control de convencionalidad “fuerte”¹¹⁵.

Por otro lado, la Corte ha ido ampliando por vía jurisprudencial los alcances de este control de convencionalidad interno o desde abajo¹¹⁶, exigién-

112 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1195-1196; Sagüés, N. P. (2003). “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”. *Ius et Praxis* (Año 9 N° 1), 214-217; García Pino, G.; Contreras Vásquez, P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 219 y 888.

113 Londoño Lázaro, M. C. (2010). “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes; confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie* (Año XLIII, núm. 128), 811; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1187; Rey Cantor, E. (2008). “Controles de convencionalidad de las leyes”. En Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, vol. IX Derechos Humanos y Tribunales Internacionales. México. Unam. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons, 261-262.

114 Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 266-267; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”. *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 708-709; Cançado Trindade, A. A. (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 310-314.

115 Contreras Vásquez, P. (2014). “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*, Año 20 N° 2, 237-238, 253, 257, 261-263 y 265-266.

116 Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad inter-

dolo no solo a los jueces que pertenezcan al Poder Judicial, sino también a los tribunales constitucionales¹¹⁷, a los Poderes Ejecutivo y Legislativo (que debieran obedecerlo al momento de dictar las normas para las cuales han sido investidos)¹¹⁸, y también para las decisiones que se adopten democráticamente, incluso por vía directa, las que no podrían oponerse a los derechos tal como los entiende la Corte Interamericana¹¹⁹.

Ahora bien, lo importante, a fin de cuentas, es que tanto en el control externo como interno debe compararse lo que se ha llamado el “material normativo controlante”¹²⁰ (esto es, la Convención Americana, otros Tratados del Sistema Interamericano y la jurisprudencia de la Corte¹²¹, ya que por

no”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 24, 123 y 131; Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, ob. cit., 30-31; García Pino, G.; Contreras Vásquez, P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*, ob. cit., 217-218.

117 Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad interno”, ob. cit., 122; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En Carbonell, M.; Salazar, P. (Eds.). *Derechos Humanos; un nuevo modelo constitucional*. México. Unam, 376-377; Sagüés, N. P. (2009). “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las Constituciones Nacionales”, ob. cit., 2.

118 Rey Cantor, E. y Rey Amaya, Á. M. (2014). “Control de convencionalidad, test de”. En Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F. y Figueroa Mejía, G. A. (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª edición. México. Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 240; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”, ob. cit., 705; Sagüés, N. P. (2014). “Derechos Constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”. En Nogueira Alcalá, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., 18.

119 Corte IDH, caso “Gelman c/ Uruguay”. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C Nº 221, párr. 238-240; y en Corte IDH, caso “Gelman c/ Uruguay”. *Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 69 (y nota 50). Comentan esto, entre otros, Nash Rojas, C. (2013). “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX. Bogotá, 498-499; Mejía Lemos, D. G. (2014). “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”, ob. cit., 134-135; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”, ob. cit., 705-707.

120 Sagüés, N. P. (s/f). “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 7-5-2014], 458-461; Sagüés, N. P. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), 125-127; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1181-1182.

121 Ferrer Mag-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 343-344, 371, 379, 391-394;

decirlo de algún modo, los primeros solo “hablan” a través suyo) con la normativa local, instando a preferir la primera, salvo que la segunda sea más favorable en virtud del principio *pro homine*.

b. Control de convencionalidad y actuaciones internas del Estado

Si en virtud del control externo o desde arriba una norma doméstica es declarada “inconvenional”¹²² por la Corte, dada la responsabilidad internacional que ello genera, este tribunal insta al Estado a tomar las medidas internas correspondientes a fin de hacer cesar su vigencia y terminar así con la inconvenionalidad, pues se estima que dicha responsabilidad continúa mientras subsista la norma en cuestión¹²³.

Lo anterior puede llevarse a cabo de dos maneras: modificando las disposiciones inconvenionales, lo que ocurrió por ejemplo en el caso “Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) c/ Chile”, en que se instó a ese país a modificar su Constitución para hacerla coincidir con la jurisprudencia de la Corte, lo que Chile efectivamente hizo a través de sus procedimientos internos¹²⁴; o bien, estableciendo que la norma impugnada no sea aplicada en lo sucesivo por los tribunales nacionales, como ocurrió por ejemplo, entre otros muchos, en el caso “Almonacid Arellano c/ Chile” o en el caso “Gelman c/ Uruguay”¹²⁵. Lo importante, para estos efectos, es que es el propio Estado

García Pino, G.; Contreras Vásquez, P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*, ob. cit., 217-218; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., 129.

122 Ferrer Mag-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 343-344 y 388-390; García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”, ob. cit., 357; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1186.

123 Rey Cantor, E. (2008). “Controles de convencionalidad de las leyes”, ob. cit., 261-262; Carbonell, M. (s/f). “Introducción general al control de convencionalidad”, ob. cit., 68-69; Hitters, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, ob. cit., 118 y 125. Véase nota 132.

124 Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 227-228 y 267; Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano* (Año XIX), 516-517 y 548.

125 Risso Ferrand, M. (2013). “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Gelman’. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá. Año XIX, 650-653; Becerra Ramírez, J. de J.; Miranda Camarena, A. J. (2013). “El uso del canon internacional de los Derechos Humanos”. *Opinión Jurídica*, vol. 12 N° 24, 17-19; Caballero

quien debe adoptar las medidas ordenadas, pues la Corte únicamente puede declarar su responsabilidad internacional. O si se prefiere, este tribunal sólo puede inaplicar la norma inconvencional en su propio fallo, pero no en situaciones internas del país condenado¹²⁶.

En el caso del control de convencionalidad interno, es con mayor razón el propio Estado quien debería tomar las medidas correspondientes, ya sea por medio de sus jueces locales –quienes tendrían que proceder a reinterpretar o inaplicar la norma interna–, ya sea por los Poderes Ejecutivo y Legislativo –quienes estarían obligados a respetar estos parámetros internacionales al momento de producir sus normas–, e incluso por las mayorías democráticas –al tener, en teoría, que respetar los dictados de la Corte.

Lo importante para estos efectos –conviene insistir en ello– es que en ambos tipos de control la Corte está llamando al Estado a tomar cartas en el asunto mediante una actuación interna por parte suya.

Atendido lo dicho, primero se harán algunas reflexiones en torno al control de convencionalidad externo en relación al caso “Artavia” y luego se procederá a hacer lo mismo respecto del control interno, aunque en más de alguna oportunidad se relacionarán ambos, en atención a los abundantes vínculos que poseen entre sí.

c. Aplicación del control de convencionalidad externo al presente caso

De manera preliminar, debe advertirse que en ninguna parte de la sentencia definitiva, de la medida provisional, ni de la supervisión de cumplimiento se habla de control de convencionalidad. Sólo lo menciona el juez Vio Grossi en su voto disidente de la sentencia principal, pero referido a otro tema¹²⁷. También se lo nombra en las Razones del Magistrado Jinesta Lobo

Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, ob. cit., 103-133.

126 Si bien no referido a este caso en particular, en parte parece insinuar a este efecto directo de las sentencias de la Corte, Contreras Vásquez, P. (2014). “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 251-252. Sin embargo (y tampoco refiriéndose a este caso), consideran que debe ser el propio Estado quien realice las reformas de acuerdo a sus procedimientos internos, Benavides-Casals, M. A. (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *International Law*. Revista colombiana de Derecho Internacional, N° 27, 154-155; Hitters, J. C. (2015). “Control de convencionalidad (avances y retrocesos)”. *Estudios Constitucionales*, Año 13 N° 1, 125 y 145.

127 Corte IDH, “Artavia”, cit. Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, p. 12.

para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta¹²⁸ y en el Voto Salvado de la Magistrada Hernández López¹²⁹, ambos de la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Ahora bien, si se compara lo dicho a propósito del control de convencionalidad externo o desde arriba con lo ocurrido hasta ahora en el caso “Artavia”, se percibe claramente que la Corte ha dado un paso más en pos del fortalecimiento del mismo.

En efecto, resulta claro que desde su punto de vista, en la sentencia definitiva la Corte detectó al menos dos situaciones inconventionales, a las que posteriormente se añadió una tercera en la supervisión de cumplimiento, pese a no poder hacerlo en razón de la calidad de cosa juzgada de la primera: la persistencia de la prohibición de la FIV; la falta de normas que la regulen; y luego de dictado el Decreto Ejecutivo, debido a su anulación. Es por eso que le ordena al Estado tomar las medidas correspondientes –esto es, de legislación interna–, como queda de manifiesto con los puntos resolutivos de ambas resoluciones.

Sin embargo, y según se ha comentado, en esta oportunidad la Corte da un paso inédito en una supervisión de cumplimiento, al pretender tomar medidas por sí misma, sin necesidad de que el Estado intervenga. Estas medidas son dos: considerar que la FIV ya se encuentra autorizada en Costa Rica por el solo ministerio de su sentencia definitiva y declarar válido el Decreto Ejecutivo, pese a presentar este último dos problemas: no ser una norma idónea para regular este tipo de materias según el ordenamiento costarricense y además haber sido declarado nulo por la Sala Constitucional.

Lo anterior es de suma importancia, porque de ser así, querría decir que el control de convencionalidad externo tendría efectos inmediatos sobre el país condenado, cual “rayo exterminador de normas locales”¹³⁰, sin necesidad de que este último tenga que adoptar las medidas legislativas o judiciales que hasta ahora se han exigido. O si se prefiere, la sola sentencia de la Corte tendría la facultad ya sea de dejar sin efecto normas vigentes o de revivir normas fenecidas del Estado, violando, como resulta evidente, tanto las competencias y regulaciones internas de dicho país, como sus propias atribuciones en cuanto tribunal internacional.

128 Sentencia de la Sala Constitucional, cit., Razones del Magistrado Jinesta Lobo para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, Puntos I, II y IV.

129 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Voto Salvado de la Magistrada Hernández López, párr. 4ii y 7.

130 Como señalaba hace algunos años Sagüés, N. P. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, ob. cit., 130, lo que critica Contesse, J. (2013). “¿La última palabra?...”, ob. cit., nota 25, 11.

Con todo, el asunto se agrava todavía más, en atención a que gracias a esta desnaturalización que la Corte hace de una supervisión de cumplimiento y la consiguiente violación del principio de la cosa juzgada, este control de convencionalidad externo podría ejercerse más allá de lo establecido por la sentencia definitiva, como de hecho ocurre en el presente caso, al considerar este tribunal que puede modificar lo ya establecido por ella unilateralmente cuantas veces quiera, dictando para ello supervisiones de cumplimiento.

Como resulta evidente, y al margen de las infracciones a las normas procesales internacionales que acusa el juez Vio Grossi en sus votos de minoría, lo anterior viola lo establecido en el artículo 2º de la Convención. Ello, porque si la Corte está realizando un control de convencionalidad, esa medida obedece a que, desde su perspectiva, el Estado condenado no ha adoptado en su orden interno las “disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para hacer efectivos los derechos del caso fallado. Sin embargo, este artículo llama a adoptarlas “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”, lo que evidentemente conlleva que sea el propio Estado y no la Corte quien lo haga. Ahora, con este efecto directo que de *motu proprio* pretende otorgarle la Corte al control de convencionalidad externo que ella realiza, esta actuación del Estado sería innecesaria, pues las reformas ya estarían hechas en virtud de esa sentencia.

En consecuencia, todo lo dicho significa que desde la perspectiva del control externo, las competencias y regulaciones procesales correspondientes del Estado condenado no poseerían ninguna importancia para la Corte, pues para ella, de alguna manera, el fin justificaría los medios.

Sin embargo, y según se ha mencionado, de ser efectivo lo anterior, muchas de las supervisiones de cumplimiento dictadas hasta el momento no tendrían sentido, pues las modificaciones internas que ellas echan en falta y reprochan al Estado condenado –también en el caso “Artavia”– ya se habrían realizado con el sólo mérito de la sentencia definitiva.

Finalmente, si la normativa local pudiera ser afectada directamente por una sentencia de la Corte, ello haría en buena medida innecesario el control de convencionalidad interno, puesto que el problema, por decirlo de algún modo, ya estaría solucionado en muchos casos. Sobre esto se volverá más adelante.

No obstante, todo lo anterior olvida un hecho fundamental: que como tribunal internacional, la Corte sólo puede declarar la responsabilidad internacional de un Estado, no darles órdenes directas a sus organismos internos, tomar partido en disputas entre ellos ni menos aún validar o invalidar normas domésticas¹³¹, pues para hacerlo tendría que ser un tribunal nacio-

131 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 43-51.

nal. Por eso debe ser el propio Estado quien adopte las medidas internas de acuerdo a sus competencias, según ordena el artículo 2° de la Convención y hasta que no lo haga podrá persistir su responsabilidad internacional, pero esas normas seguirán vigentes (como por lo demás, señala la propia teoría del control de convencionalidad¹³²). Dicho de otro modo: la sola declaración de responsabilidad internacional no es suficiente para modificar los ordenamientos locales, por mucho que lo diga la Corte.

En todo caso, este tribunal invocó la Ley 6.889, del 9 de septiembre de 1983, que da a las sentencias de la Corte Interamericana la misma fuerza ejecutoria que a las sentencias de los tribunales costarricenses¹³³. Sin embargo, no está claro que la Ley Nacional costarricense le otorgue a la Corte una facultad supraconstitucional, pues si bien la Ley 6.889 da la misma “fuerza ejecutiva y ejecutoria” a las sentencias y resoluciones de la Corte IDH que a las dictadas por los tribunales costarricenses¹³⁴, esta no necesariamente la faculta para imponer su supervisión de cumplimiento sobre una sentencia del más alto tribunal constitucional costarricense, ni menos saltarse las competencias y regulaciones procesales correspondientes de ese país. En todo caso, como indicó el juez Vio Grossi, la resolución de la Corte IDH no tendría valor jurídico respecto a las nuevas obligaciones que creó posteriormente al fallo “Artavia”¹³⁵.

d. Algunas reflexiones en torno al control de convencionalidad interno

Debe recordarse que el presente análisis se hace de modo hipotético, esto es, tal como la Corte y parte de la doctrina conciben al control de convencionalidad interno, sin criticar su legitimidad –en particular, porque la Corte no puede atribuir funciones nuevas a las autoridades de un Estado– ni afrontar los múltiples problemas que ocasiona de cara a los ordenamientos internos.

Ahora bien, un aspecto fundamental que debe tenerse en cuenta es que, según ha expresado la propia Corte en cerca de veinte fallos, el control interno debe ser hecho por los jueces locales “*evidentemente* en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (énfasis añadido)¹³⁶. Lo anterior significa que no puede ser ejercido

132 Véase nota 123.

133 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 8.

134 *Ibidem*.

135 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, párr. 51.

136 Véase nota 108.

de cualquier manera, sino que por expresa indicación de la Corte y en virtud de razones “evidentes” deben primar los mecanismos internos, lo que se vincula, como se ha dicho, a si el control de constitucionalidad de ese país es concentrado o difuso.

Por tanto, si respecto del Poder Judicial se exige el apego a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes, por simple lógica, lo mismo debiera decirse respecto de los demás Poderes e incluso instancias democráticas, a los que se ha ido ampliando el alcance del control de convencionalidad interno por vía jurisprudencial. Es decir, todos los entes de un Estado que resultaran obligados a ejercerlo deberían ceñirse a dichos cauces formales, pues sería absurdo que se les exigiera a unos y a otros no, máxime si para la Corte el Estado es una unidad indivisible.

De esta manera, para esta teoría, tanto la Presidencia como el Legislativo debieran ejercer el control de convencionalidad dentro de sus propias atribuciones. Es por eso que por mucho que se alegue que la Presidencia ha cumplido lo ordenado por la Corte, está llevando a cabo su cometido de manera ilegal. Y en el caso del Legislativo, también ha intentado cumplir con el fallo, aunque sin éxito (al no lograr aprobar tres proyectos de ley sobre el tema), precisamente por proceder de acuerdo a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

Ahora, si volvemos al Poder Judicial y continuando con este análisis hipotético, ¿podría un juez local aplicar el control de convencionalidad y autorizar la FIV en Costa Rica en virtud de la sentencia definitiva? De acuerdo a esta teoría, dependerá de si el control de constitucionalidad de ese país es concentrado o difuso: si es concentrado no, pues solo podría hacerlo la Sala Constitucional; en caso de ser difuso, sí. Mas, al margen de ser una facultad que la Corte ha atribuido a los jueces locales, no pudiendo hacerlo, ¿basta solo con ignorar la prohibición para que pueda realizarse la FIV sin más, como añade la supervisión de cumplimiento, al considerar, a diferencia de la sentencia definitiva, las tres obligaciones como independientes? En atención a lo mencionado más arriba, esto parece inviable. Es por eso que a nuestro entender la sentencia definitiva de la Corte le está ordenando al Poder Legislativo tomar cartas en el asunto, pues si solo bastara con lo primero, en buena medida esto último carecería de sentido.

Por las mismas razones, la situación no parece cambiar demasiado con la modificación que la supervisión de cumplimiento hace de la sentencia definitiva –pese a su ilegitimidad–, al considerar que la prohibición de la FIV ya estaría levantada en virtud de esta última sin necesidad de un acto jurídico del propio Estado, pese a que en este caso, en teoría, no haría falta ejercer el control de convencionalidad interno. Debe tenerse presente una vez más que esta supervisión es posterior al fallo de la Sala, que fue precisamente lo que le dio origen.

Debe recordarse que el razonamiento según el cual el juez doméstico podría aplicar el control interno de convencionalidad descansa en aquella doctrina según la cual los tratados internacionales se incorporarían al “bloque de constitucionalidad”¹³⁷, al considerar que se encuentran al mismo nivel de la Carta Fundamental¹³⁸ o incluso sobre la misma¹³⁹. De esta manera, aun cuando muchos derechos puedan efectivamente ejercerse sin necesidad de su desarrollo por vía legal, bastando su sola consagración a nivel constitucional o su incorporación al bloque de constitucionalidad (ya que lo contrario sería “dejarlo[s] en el aire”¹⁴⁰, según declara un voto de minoría de la Sala Constitucional), en razón de todas las exigencias que la Corte ha planteado tanto en su sentencia definitiva como de manera ilegal en la supervisión de cumplimiento respecto de la FIV, en el presente caso, la permanente insistencia en validar el Decreto Ejecutivo muestra que resulta imperioso regular un cúmulo de aspectos relacionados a esta técnica, para no hacerlo “ilusorio”, según declara la propia supervisión¹⁴¹.

En realidad, esta imperiosa necesidad se prueba por lo siguiente: si realmente la FIV pudiera realizarse únicamente dejando de aplicar la prohibición que sobre ella pesa, y esto hubiera sido lo verdaderamente ordenado por la sentencia definitiva, no solo no se entiende por qué ella misma también ha mandado regularla a renglón seguido, sino tampoco qué nece-

137 Gómez Robledo, J. M. (2009). “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”. En García Ramírez, S.; Castañeda Hernández, M. (coord.). *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*. México. Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 140; Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, ob. cit., 115-123, 126 y 132-133; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, ob. cit., 56 y 65-68.

138 Castilla Juárez, K. (2013). “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 80; Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, ob. cit., 103-133; Gómez Robledo, J. M. (2009). “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, ob. cit., 140-142 y 150.

139 Mora Méndez, J. A. (2012). “El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del Derecho”. *Revista Republicana*, Núm. 12, 231-235; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1168 y 1187; Sagüés, N. P. (2014). “Derechos constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, ob. cit., 15-23.

140 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Voto Salvado de la Magistrada Hernández López, ob. cit., párr. 4ii.

141 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit., párr. 36.

sidad existía de ofrecer un Decreto Ejecutivo por parte de “el Estado” en la audiencia de supervisión de cumplimiento, ni tampoco que los mayores esfuerzos de la supervisión de cumplimiento se dirijan a validarlo.

En consecuencia, todo esto quiere decir que en virtud de sus propias exigencias, el control interno de convencionalidad no puede realizarse de cualquier manera (como por lo demás pareciera insinuar el juez Jinesta en su voto de rechazo¹⁴²), lo cual no viene sino a dar cumplimiento al artículo 2º de la Convención.

Por iguales razones, no existe aquí un desacato a lo ordenado por la Corte Interamericana en su sentencia definitiva, como también sostiene este voto de rechazo¹⁴³.

De hecho, este magistrado pretende otorgar competencias internas a la Corte para supervisar el cumplimiento de sus fallos –pese a que a la fecha de esta sentencia de la Sala Constitucional aún no se había dictado la supervisión de cumplimiento– que escapan completamente a lo que puede hacer un tribunal internacional¹⁴⁴. Por eso, a su juicio, la Sala no sería competente para analizar la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo hasta que la Corte dé su parecer, debiendo acatar lo que ella diga en virtud del control de convencionalidad externo¹⁴⁵.

Sin embargo, el anterior razonamiento contrasta absolutamente con lo manifestado por el juez Vio Grossi en su voto disidente, en cuanto a que los deberes que establece la Corte son “obligaciones de resultado”¹⁴⁶: la Corte sólo puede indicar el objetivo a alcanzar, no el modo de lograrlo.

En realidad, a nuestro juicio es la Corte la que incurre en un conflicto de competencia con la Sala mediante su posterior supervisión de cumplimiento, al pretender anular su fallo y revivir el Decreto Ejecutivo, además de entrometerse en una disputa entre órganos internos del Estado.

En consecuencia, para la Corte el control interno tendría un carácter subsidiario en relación al externo, no solo en cuanto a que el primero debiera aplicarse en pos del segundo, no pudiendo contradecirlo –al ser la Corte la intérprete última y definitiva de la Convención Americana, como sostiene

142 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Razones del Magistrado Jinesta Lobo para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, ob. cit., puntos III y IV.

143 *Ibidem*, Puntos II y III. Argumentos en parte relacionados en Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Voto Salvado de la Magistrada Hernández López, ob. cit., párr. 27.

144 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Voto Salvado de la Magistrada Hernández López, ob. cit., párr. 26.

145 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Razones del Magistrado Jinesta Lobo para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, ob. cit., Punto IV.

146 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 20, 30, 50, 51 y 53a.

en su voto de rechazo el juez Jinesta¹⁴⁷—, sino, además, porque este último tendría supuestamente la facultad de saltarse esas regulaciones internas que se exigen para aquel.

Ahora bien, como se ha dicho, a nuestro juicio, la Sala Constitucional no cuestiona ni contradice el criterio de la Corte, ni por tanto existen los conflictos que acusa este voto de rechazo. En realidad, la Sala sólo hace lo que no podía dejar de hacer, tanto por razones de su propio funcionamiento como por las exigencias del control de convencionalidad interno de respetar las competencias y regulaciones procesales correspondientes, así como por lo ordenado por la sentencia definitiva: que Costa Rica dicte las normas correspondientes, pero obviamente a su modo, no como la Corte quiere ni tiene derecho a ordenar. Por iguales razones, si bien corresponde a la Corte vigilar que sus sentencias se cumplan, ello debe hacerse siguiendo el mismo camino recién indicado, en virtud del artículo 2º de la Convención.

Es más: dado todo lo anterior, el Estado podría alegar razonablemente que no ha ejercido el control interno de convencionalidad tal como la Corte quiere, precisamente porque ella exige ceñirse a las competencias y regulaciones procesales correspondientes, siendo un llamado al principio de legalidad que ni el Estado ni la Corte pueden ignorar.

Finalmente, habría que preguntarse, entre otras cosas, aunque sean temas que no pueden ser desarrollados en este trabajo, por qué la Corte tendría derecho a saltarse estas formalidades, por mucho que se lo soliciten las víctimas o incluso algunas autoridades del país condenado, y, además, si con esta actitud no se estaría comportando, pese a sus habituales declaraciones en sentido contrario, como una cuarta instancia¹⁴⁸. Lo anterior también podría relacionarse a lo que se ha llamado el principio de irrelevancia del derecho interno¹⁴⁹.

De hecho, la utilización de la Corte IDH como una cuarta instancia ha continuado después de la supervisión de cumplimiento emitida a principios de 2016, pues la Presidencia ha invocado de nuevo la intervención

147 Sentencia de la Sala Constitucional, cit. Razones del Magistrado Jinesta Lobo para el rechazo de plano de la acción de inconstitucionalidad interpuesta, ob. cit., punto IV.

148 Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 369, 422 y 424-425; Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, julio-diciembre, 135-136; Ibáñez Rivas, J. M. (2012). “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 111.

149 Si bien mostrando su desacuerdo, Núñez Poblete, M. A. (2010). “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”. *Estudios Constitucionales*, Año 8 (2), 456.

de la Corte IDH como ente supraconstitucional, buscando que ésta valide ahora el reconocimiento legal de las uniones de parejas del mismo sexo y la autorización del cambio de sexo en actas de nacimiento a través de Decreto Ejecutivo, sin legislación por parte de la Asamblea Legislativa¹⁵⁰.

6. Conclusión

La extraordinaria actuación de la Corte IDH en la supervisión de cumplimiento del fallo sobre fecundación in vitro parece haber sido provocada por al menos dos factores: a) las peticiones del Poder Ejecutivo de Costa Rica y en parte de las víctimas, que efectivamente trataron a la Corte IDH como un ente supranacional, solicitándole que anulara la decisión de la Sala Constitucional¹⁵¹; y b) el tema de la fecundación in vitro en sí mismo, que para la Corte parece ser emblemático de una nueva visión de los Derechos Humanos, no compartida por sociedades relativamente tradicionales, como la costarricense¹⁵².

Es por eso que en repetidas ocasiones, tanto en el fallo del caso “Artavia” como en la supervisión de cumplimiento, la Corte expresa sin disimulo su frustración contra los “argumentos que *insisten* en la protección del derecho a la vida de los embriones, de forma *contraria a los razonamientos de la sentencia* de esta Corte”¹⁵³, frente a los cuales la Sala Constitucional “tenía que *hacer prevalecer* lo resuelto en la sentencia condenatoria del presente caso”¹⁵⁴, y debía contribuir “a *hacer cesar la discusión sobre la prohibición de la técnica FIV*, en ejecución de lo dispuesto en la sentencia”¹⁵⁵.

Estas expresiones parecen indicar cierto grado de impaciencia e intolerancia hacia aquellos que, a nivel nacional, cuestionan la legitimidad moral de la decisión de la Corte y, por ende, su autoridad¹⁵⁶. Al fin y al cabo

150 Madrigal, L. M. *Costa Rica consulta a Corte IDH si es necesaria legislación que regule uniones homosexuales*, 17 de mayo, 2016. Disponible en web: <http://www.elmundo.cr/costa-rica-consulta-corte-idh-necesaria-legislacion-regule-uniones-personas-del-sexo/>.

151 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 21, 32.

152 Véase Lamm, E.; Herrera, M.; Kemelmajer de Carlucci, A. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones”, *La Ley* 28-3-2016, 28-3-2016, 9. Cita Online: AR/DOC/875/2016 (sugiriendo que las técnicas de reproducción asistida “han movilizadado tanto a la Corte como a la Comisión adoptándose actitudes más activas que las usuales”).

153 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 13.

154 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 13.

155 Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 14 (énfasis añadido).

156 Véase Vio Grossi, E. “Reflexión sobre la justicia interamericana en DD.HH.”, *El Mercurio blogs*, 3 de enero de 2016. Disponible en web: <http://www.elmercurio.com/blogs/2016/01/03/38243/Reflexion-sobre-la-justicia-interamericana-en-DDHH.aspx> (indicando

sólo transcurrieron tres años y tres meses desde la sentencia del caso “Artavia” hasta que la Corte emitió la resolución sobre cumplimiento, lo cual representa un término relativamente corto si se toma en cuenta que el tema requiere amplio debate democrático, en el cual se abordarían no solo importantes consideraciones éticas y constitucionales, sino políticas y financieras, por la importante asignación de recursos económicos que el subsidio de la FIV implicara, sin mencionar el trabajo técnico en cuanto a la modificación del ordenamiento jurídico interno existente, incluyendo la armonización con otras leyes nacionales, por ejemplo, en materia sanitaria, de familia y de seguridad social¹⁵⁷.

Por otro lado, si se analiza la actuación que ha tenido la Corte IDH en el caso “Artavia”, se percibe claramente que ella ha intentado darse dos nuevas atribuciones a fin de lograr una mayor efectividad de sus fallos: ignorar la fuerza de la cosa juzgada de sus propias sentencias y pretender que ellas tengan efectos directos sobre los sistemas jurídicos de los Estados condenados sin necesidad de actuaciones suyas en tal sentido. Además, con esto ha buscado fortalecer el control de convencionalidad externo o desde arriba y debilitar las exigencias de respetar las competencias y regulaciones procesales correspondientes exigidas para el control de convencionalidad interno o desde abajo, materia que, como se ha dicho, ha sido analizada en este trabajo sólo de manera hipotética, no sólo por las graves críticas que merece esta teoría, sino, además, porque la Corte no ha invocado el control de convencionalidad en ninguna de las resoluciones del presente caso.

Sin embargo, lo anterior conlleva una abierta violación de sus competencias, tanto en cuanto tribunal internacional como respecto de lo que puede hacer a nivel estatal, todo lo cual se ha manifestado en las irregularidades de forma y fondo analizadas. A nivel internacional, pues pretende desnaturalizar lo que es una medida provisional y una supervisión de cumplimiento como instrumentos del Sistema Interamericano, lo que sienta un peligroso precedente respecto del principio de la cosa juzgada, que por razones evidentes ni ella misma puede ignorar. Y a nivel nacional, al considerar que sus resoluciones tienen efectos directos sobre el Estado condenado al margen de sus procedimientos y competencias internas, pese a lo establecido por la sentencia definitiva, el artículo 2º de la Convención y la OC 6/86.

que el incumplimiento parcial de los fallos de la Corte IDH es sumamente común en el Sistema Interamericano).

¹⁵⁷ Corte IDH, *Resolución de cumplimiento*, cit., párr. 39, 43, 46.

Ahora bien, desde el punto de vista internacional, la actitud de la Corte no solo viola reglas elementales de la cosa juzgada y del debido proceso (entre otras, la bilateralidad de la audiencia), sino que pretende otorgarse a sí misma competencias que no posee, al buscar inmiscuirse en asuntos domésticos del Estado condenado. Y desde el punto de vista interno del país sentenciado, el supuesto efecto directo de sus fallos no solo hace caso omiso de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes, sino que, en buena medida, también hace absurda la existencia de las supervisiones de cumplimiento, pues en virtud de esos efectos directos, muchas de ellas no se habrían interpuesto, ya que las modificaciones legales que echan en falta ya se habrían realizado y las sentencias definitivas ya estarían en buena medida cumplidas en virtud de sí mismas.

Sin embargo, no es lo mismo ordenar hacer algo a un Estado, según le corresponde a un tribunal internacional, que pretender hacerlo por sí mismo. Ello, porque la Corte sólo puede señalar lo que debe hacerse, no la manera de realizarlo ni mucho menos hacerlo directamente. Es por eso que no tiene sentido pretender que sus sentencias tengan un efecto directo o automático en el país condenado y al mismo tiempo se le ordene efectuar modificaciones a su ordenamiento interno.

Finalmente, tal vez el mayor problema del presente caso es el resquebrajamiento que todo lo anterior conlleva para los principios del debido proceso y de la cosa juzgada. Lo anterior, porque la Corte ha desoído el texto de la Convención no solo en cuanto a los derechos que tutela o el modo de comprenderlos —como ocurre en la sentencia definitiva del caso “Artavia” aunque no se haya analizado aquí¹⁵⁸, sino también respecto de sus propias competencias como tribunal internacional. En parte, lo anterior podría estar influido por el hecho de que la Corte no responde ante nadie ni existe ningún organismo que la fiscalice.

158 Paúl Díaz, Á. (2013). “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso ‘Artavia’”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*. Universidad del Desarrollo, Año 1 (2), 303-345; Paúl Díaz, Á. (2012). “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”. *Ius et Praxis*, Año 18 (1), 61-112; Silva Abbott, M. (2015). “El caso ‘Artavia Murillo c/ Costa Rica’: análisis crítico y posibles efectos regionales”. *Derecho Público Iberoamericano*. Universidad del Desarrollo, Año III N° 6 (2015-1), 13-61; De Jesús, L. M. (2015). “The Inter-American Court on Human Rights’ judgment in Artavia Murillo v. Costa Rica and its implications for the creation of abortion rights in the Inter-American System of Human Rights”. *Oregon Review of International Law*. Disponible en web: https://works.bepress.com/ligia_dejesus/12/. De Jesús, L. M.; Oviedo Álvarez, J. A.; Tozzi, P. A. (2013). “El caso ‘Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica (fecundación in vitro)’: la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”. *Prudentia Iuris* [en línea] 75. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf> [fecha de consulta: 20-6-2016], 135-164.

Sin embargo, si un tribunal pretende saltarse las normas que lo regulan, en buena medida deja de ser un tribunal, como advierte tangencialmente el juez Vio Grossi en su voto disidente¹⁵⁹, todo lo cual proyecta una inquietante sombra de duda sobre el Sistema Interamericano en su globalidad, pues pese a su rigideces y formalismos, los principios del debido proceso y de la cosa juzgada son piezas fundamentales para la tutela de los Derechos Humanos.

159 Corte IDH, *Supervisión de cumplimiento*, cit. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 2.