

SALA CONSTITUCIONAL

Exp: 15-013929-0007-CO

Res. N° 2016001692

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y veintiuno minutos del tres de febrero de dos mil dieciséis.

Acción de inconstitucionalidad promovida por **ALEXANDRA LORÍA BEECHE, GERARDO FABRICIO ALVARADO MUÑOZ, GONZALO ALBERTO RAMÍREZ ZAMORA, LUIS ALBERTO VÁSQUEZ CASTRO y MARIO GERARDO REDONDO POVEDA**, con cédulas de identidad número 104830297, 108820284, 108910592, 107880624 y 105890526, respectivamente, todos mayores de edad y diputados, contra el **Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”**, del 10 de setiembre de 2015.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 09:22 horas del 21 de setiembre de 2015, los accionantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad del **DECRETO EJECUTIVO N° 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”**, del 10 de setiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 178 del 11 de octubre de 2015, por considerarlo contrario al principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, al de autonomía

de la Caja Costarricense de Seguro Social, al de inviolabilidad de la vida humana y al de separación de Poderes, ya que representa una intromisión del Poder Ejecutivo en competencias que son propias del Poder Legislativo. Alegan que la normativa impugnada lesiona el principio de reserva de ley y de legalidad, el principio de división de poderes, la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social, el derecho a la vida, el derecho a la participación ciudadana, los numerales 53 y 74, Constitucionales; así como el preámbulo y los artículos 3 y 6, de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 5.1 y 6.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1, 4, inciso 1) y 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 9, del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos; la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos; y los artículos 31 y 32, de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados. Según los accionantes, la normativa impugnada presenta los siguientes vicios de inconstitucionalidad: **1) Violación al principio de reserva de ley.** El principio de reserva de ley entraña una garantía esencial y fundamental de y para nuestro Estado Social de Derecho. Se reserva a la ley el régimen jurídico de los derechos fundamentales. Se trata de un mandato específico que el constituyente dio al legislador, para que solo este regule ciertas libertades y derechos en sus aspectos fundamentales; con esto se vino a establecer una limitación a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Indican que la regulación del ejercicio de ese tipo de derechos, tales como el derecho a la vida, la dignidad humana y la salud, está reservada únicamente al legislador. En reiterada jurisprudencia constitucional, se ha considerado que el régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de la ley; por esta razón, un tema que incluya derechos tan importantes y esenciales como la vida y la salud de los seres humanos, exige una regulación mediante ley, no solo porque se encuentra

previsto dentro del sistema de libertad que garantiza el artículo 28, de la Constitución Política, sino que, además, se trata de un principio material que forma parte del régimen democrático, condición que le da un rango intrínsecamente fundamental. El principio de reserva legal no solo garantiza la libertad frente al resto de los ciudadanos, sino que constituye una garantía de control frente al poder público, que en el caso de la vida de seres humanos, exige que su regulación, autorización, limitación y control, provenga de la cámara legislativa, que es a quien le corresponde proteger o intervenir los derechos fundamentales del ciudadano. El derecho a la vida -y su corolario el derecho a la salud- y la dignidad humana, son el origen y el fin del ejercicio de los deberes y derechos consagrados en nuestra Carta Magna. Derechos fundamentales como la libertad personal, la dignidad de la persona, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho al honor, a la intimidad personal y el derecho a la salud, requieren el respeto al principio de reserva de ley. En estas materias el legislador no puede establecer ni permitir una habilitación genérica al Presidente de la República ni al gobierno, para que reglamente vía decreto, directriz o reglamento los derechos señalados y deslegalizar la materia reservada. No puede el legislador abdicar de sus obligaciones e imperativos constitucionales. La reserva de ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias que regulan derechos y libertades fundamentales sea mediante el procedimiento parlamentario, para garantizar además de lo comentado, el principio de publicidad, el contradictorio o debate del proyecto de ley, reforzando respecto de esas materias la garantía del pluralismo político y el ejercicio del control ciudadano. Como consecuencia de lo anterior, consideran que el Decreto aquí impugnado presenta no solo roces de legalidad, sino de constitucionalidad, pues pretende regular derechos fundamentales como la vida, la salud y la dignidad humana. Indican que si bien en los considerandos del decreto cuestionado se fundamenta en la sentencia número

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

2007-0446 emitida por la Sala Constitucional, aduciendo que esa Sala determinó que el principio de reserva legal no resulta violentado si vía reglamentaria se regula determinada situación que no restrinja o limite los derechos humanos, y siempre que el reglamento se circunscriba a indicar el proceso o los requisitos mínimos para el ejercicio de tales derechos fundamentales, no menos cierto es que la misma sentencia dispone: "...si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que si dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; no lo es en razón de cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por el artículo 28, Constitucional, sino únicamente normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente los decretos y reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo...". Partiendo de lo anterior, consideran que la principal causa de invalidez que anularía el Decreto en cuestión, nace justamente del carácter reglamentario de esa norma, pues por ser inferior a la ley no puede regular un tema que concierne en todos los aspectos al origen de la vida misma; se trata de un derecho fundamental cuya regulación es materia privativa de ley. Afirmar que el Decreto en cuestión no afecta derechos fundamentales de terceros, solo por el hecho de que con esa propuesta se pretende satisfacer la necesidad de la pareja o persona que quiera recurrir a la técnica, equivale a desconocer otra realidad: el derecho fundamental a la vida, la dignidad y la salud que nace precisamente a favor de la persona concebida a partir de la aplicación de la técnica del FIV. Aun cuando logre provocarse de manera extrauterina, mediante la técnica de fertilización in vitro, lo cierto es que esa vida, aunque incipiente, ya cuenta con derechos y, por ello, debe ser objeto de la tutela y el reconocimiento normativo, lo que el Estado no puede desatender. Así se deduce de la mera lectura del Libro, Título y Capítulo Primero, artículo 31, del Código Civil, referido a la existencia y capacidad jurídica de las personas, lo que

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

concuerta con el numeral 12, del Código de la Niñez y Adolescencia sobre el Derecho a la Vida. En consecuencia, el derecho a la vida y la dignidad humana no es materia de la que se pueda disponer por simple vía reglamentaria, sino que ello solo es posible por vía de ley y con las reservas que sobre la vida, libertades fundamentales y dignidad del ser humano, debe contener. Es la Constitución Política la que reserva al Parlamento -y no al Ejecutivo- su regulación, de modo que no puede un gobernante venir a normarlo, por más que someta previamente a consulta el decreto en cuestión. De persistir el Poder Ejecutivo en este vano intento por regular vía reglamentaria un derecho que el Constituyente reservó al Legislador, obligaría al Poder Legislativo a plantear el respectivo Conflicto de Competencia ante la Jurisdicción Constitucional. Destacan que luego de un análisis de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre de 2012, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, el Tribunal Constitucional, como máximo órgano contralor de constitucionalidad de nuestro país, dilucidó cualquier duda, al señalar que el cumplimiento de lo estipulado por la Corte Internacional únicamente podía regularse por la vía de una ley formal, válidamente emitida por la Asamblea Legislativa en ejercicio de sus competencias constitucionales (ver sentencia número 2014-3715). Tal situación fue advertida por la propia Caja Costarricense de Seguro Social al Presidente de la República, cuando contestó la audiencia conferida mediante el oficio DP-P-065-2015 del 3 de septiembre de 2015. La sentencia de la Corte Interamericana, en modo alguno, invalidó los artículos 28 y 124, de nuestra Constitución Política, el numeral 19, de la Ley General de la Administración Pública, ni tampoco invalidó las demás normas constitucionales e infra-constitucionales de nuestro país, la jurisprudencia de la Sala Constitucional o la doctrina constitucional costarricense, en las cuales se sustenta el hecho de que la regulación de esta técnica es materia reservada a la ley en virtud de la afectación de los derechos fundamentales que conlleva. Señalan que

como Presidente y Ministros del ramo, quienes suscribieron el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, se encontraban conminados a actuar conforme con el ordenamiento jurídico patrio, al tenor de la relación derivada de los ordinales 11, 28, 140, incisos 3) y 6), 148, 149, inciso 3), y 194, de la Constitución Política, atendiendo al juramento constitucional que procedieron a realizar al asumir el cargo. De ahí que la emisión de este decreto no sea una cuestión de mera legalidad, sino de hechos que violentan la legalidad constitucional, derivada de nuestra Constitución Política. Lo anterior violenta los derechos fundamentales de los concebidos todavía no nacidos, de los nacidos fecundados in vitro y de los contribuyentes y usuarios de la CCSS. Con base en las consideraciones expuestas, queda claro que la regulación de la técnica, vía decreto, resulta violatoria del principio de reserva de ley. **2) Violación al principio de división de Poderes.** Señalan que el Estado Constitucional moderno se basa en la democracia representativa, que se encuentra estructurado conforme al principio de división de poderes. Dicho principio fue ideado para garantizar la libertad y la democracia. La división de poderes no es otra cosa que la distribución de competencias y potestades entre diversos órganos estatales. En este sentido, cada órgano puede ejercer únicamente aquellas potestades propias de su competencia. El artículo 124, Constitucional, establece la manera en que las leyes deben promulgarse. El Estado de Derecho se justifica no por los fines que persigue, sino por la existencia de una estructura dirigida a protegernos contra los abusos y excesos del Poder de los gobernantes de turno, aunque los mismos posean o no una intención loable. Según se deriva claramente de lo dispuesto en el artículo 149, inciso 3), de la Constitución Política, el Poder Ejecutivo no puede inmiscuirse en el Poder Legislativo ni tampoco suplantarlo, aunque se alegue un retraso, justificado o no, de los asuntos propios del Parlamento. Por ello resulta improcedente que en materia de derechos fundamentales, específicamente en la discusión del derecho

fundamental por antonomasia, es decir, la vida, el Poder Ejecutivo venga a suplantar la voluntad del legislador, que no es más que otra cosa que la voluntad del pueblo. Consideran totalmente improcedente, que el Poder Ejecutivo gobierne por decreto, ante lo que el Presidente de la República ha denominado un atraso excesivo en la tramitación del proyecto de ley que regula la técnica de la Fertilización in Vitro. Es precisamente el principio de reserva de ley, el que determina que hay ciertas materias que involucran la definición o delimitación de derechos fundamentales y que dichas modificaciones deberán ser aprobadas por el Congreso con el objeto no solo de que sean sujetas de la más amplia discusión, sino también como un mecanismo de control. Es impensable que la mora legislativa sea sustituida por decretos ejecutivos, pues, en tal caso, todo el orden lógico de nuestro Estado de Derecho se iría al abismo, la representación de los ciudadanos quedaría reducida a su mínima expresión y nuestro sistema de gobierno se vería desvirtuado. El avance de la ciencia no es en sí mismo un valor absoluto. El legislador debe valorar si los nuevos conocimientos científicos, el modo de adquirirlos y, sobre todo, su aplicación van o no en detrimento del derecho a la vida u otro derecho fundamental, toda vez que el respeto a la vida y a la misma dignidad humana es una cuestión de principio. Es decir, son pilares esenciales a partir de los cuales se derivan otros derechos fundamentales. Desconocer su valor por encima de otros derechos significa una denegatoria de la esencia misma de nuestra idiosincrasia y el Estado de Derecho. En consecuencia, la intromisión o sustracción de potestades representa una clara violación al principio de separación de poderes. **3) Violación a la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social y al numeral 73, Constitucional.** Como institución autónoma creada por la misma Constitución Política, con las especiales características conferidas en el numeral 73, el Constituyente atribuyó la administración y gobierno de los seguros sociales a la Caja Costarricense de Seguro Social. La Asamblea Nacional Constituyente,

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

como consta en las actas números 125 y 126, aprobó la inclusión de la Caja Costarricense de Seguro Social siguiendo básicamente el texto original de la Constitución de 1871. Refieren que tanto de las actas de la Constituyente, como de la propia norma constitucional, se denota que el espíritu de los Constituyentes fue blindar a la Caja Costarricense de Seguro Social para que no fuera sujeta de manipulaciones o influencias del Poder Ejecutivo. Dicha autonomía le garantiza un grado de independencia que repele cualquier decreto que dicte el Poder Ejecutivo y que vulnere su potestad de auto determinarse en materia política o de gobierno. Por ello, no es posible que el Decreto aquí impugnado le imponga un plazo máximo de dos años a dicha institución, para poner en funcionamiento la técnica. En nuestro ordenamiento jurídico, existen tres formas de autonomía: **a)** administrativa, que es la posibilidad jurídica de que un ente realice su cometido legal por sí mismo, sin sujeción a otro ente, conocida en doctrina como la capacidad de autoadministración; **b)** política, que es la capacidad de autodirigirse políticamente, de autogobernarse, dictarse sus propios objetivos; y, **c)** organizativa, que es la capacidad de organizarse con exclusión de toda potestad legislativa. En los dos primeros casos, la autonomía se da frente al Poder Ejecutivo y en el tercero también frente al Legislativo. La autonomía usualmente comprende las potestades de formular planes o fijar los fines y metas del ente, darse los mecanismos internos de planificación funcional y financiera a través de los presupuestos y, por último, el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma. La Caja es el ente encargado de la administración de la seguridad social y está dotada de máxima autonomía para el desempeño de su importante función. En armonía con lo anterior, mediante los artículos 3 y 23, de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, su Junta Directiva tiene plena competencia para establecer los alcances de las prestaciones propias de la seguridad social vía reglamento, de manera que puede definir las condiciones, beneficios y requisitos de ingreso de cada régimen de

protección con sustento en estudios actuariales, a fin de no quebrar el sistema. Así entonces, el grado de autonomía que constitucionalmente se le dio a la Caja Costarricense de Seguro Social en su artículo 73, es el que se ha denominado como grado dos, que incluye autonomía administrativa y de gobierno. De manera que la ley o el legislador no puede interferir en materia de gobierno de la Caja Costarricense de Seguro Social, en virtud de la autonomía de gobierno de que goza esta institución. En consecuencia, si los legisladores se encuentran inhibidos de tomar decisiones en materia de gobierno sobre la CCSS, con mucho más razón se encuentra imposibilitado el Poder Ejecutivo para violentar la autonomía otorgada constitucionalmente a la institución. Lo anterior encuentra mayor fundamento en virtud de que, por la jerarquía de las normas, una ley tiene rango superior a las disposiciones que emanan del Poder Ejecutivo. La autonomía que posee la CCSS es una autonomía reforzada que no puede ser modificada por el legislador común, sino solamente por el constituyente. Esto hace que los fondos de la CCSS sean intangibles, lo que significa que nadie más que los jefes de dicha institución pueden disponer de ellos. Al atender la audiencia conferida por el Poder Ejecutivo para pronunciarse respecto del decreto que aquí se cuestiona, la Junta Directiva de la CCSS destacó la abundante jurisprudencia constitucional, referida a la autonomía de esa institución, para definir la forma en que prestará los servicios de salud. De ahí que, conforme con la normativa que rige la institución, en las consideraciones del acuerdo de la Junta Directiva de la CCSS se le hizo ver al Poder Ejecutivo que el decreto en cuestión violenta la autonomía de la CCSS conferida por el constituyente. Para el Constituyente existe una clara prohibición de que los fondos y las reservas de los seguros sociales encomendados a la administración de la CCSS, sean transferidos o empleados en finalidades distintas de las que motivaron su creación. La FIV no protege a los costarricenses contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte, sino que pone a la

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

salud de la madre en alto riesgo de enfermedades futuras, sin remediar su incapacidad para engendrar, puesto que es un procedimiento extracorpóreo y coloca en riesgo de muerte y/o de problemas graves de salud a las personas concebidas mediante esta técnica. 4) Violación a la Convención de los Derechos del Niño y al derecho interno relativo a la paternidad y la filiación. Manifiestan los accionantes que la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por Ley N° 7184 de 18 de julio de 1990. Además, tiene valor constitucional de conformidad con el artículo 7, de la Constitución Política. Señalan que de conformidad con el artículo 7, de la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce al niño el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, por lo que la disposición contenida en el artículo 4, del Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S sería contraria a estos preceptos. Consideran que lo dispuesto en el segundo párrafo, del artículo 4, del decreto cuestionado, no es consonante con lo regulado en tratados internacionales, específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, pues constituye una denegatoria del derecho reconocido en el artículo 7, de dicha Convención y al mismo derecho constitucional que establece que toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley -según el artículo 53, de la Carta Política-, el cual es un derecho irrenunciable (artículo 74, Constitucional). La fecundación in-vitro trasciende el ámbito de la ética y del derecho a la vida, ostentando estrecha relación con el derecho a una familia y, dentro de éste, el derecho a la filiación. Todo niño tiene el derecho a nacer en el seno de una familia, así como a ser criado y educado por sus padres, por lo que en la eventualidad de que la técnica llegare a aprobarse, debe desarrollarse tomando en cuenta este aspecto. El Estado puede, entonces, regular el ejercicio de ese derecho y controlar la actuación de la pareja, no en su relación íntima, sino en protección del derecho a la vida del "producto", en clara relación con la dignidad humana y del orden público. Aseveran que es difícil aceptar jurídicamente ese

derecho de disposición de los padres respecto del embrión o feto. Este es un "tercero" respecto de sus padres. Un tercero que tiene derechos frente a los seres humanos y el concepto colectivo de "dignidad humana" impone el respeto de esa vida. El derecho a la privacidad de las relaciones maritales incluye el derecho a la procreación, pero no implica la cesación de derechos del nuevo miembro de la familia humana, su propio hijo, a costa de diluir el derecho de los demás, como en este caso, mediante la técnica de la FIV eliminando embriones. Lo anterior conduce a cuestionar y rechazar la posibilidad de reconocer que los padres, por su condición de tales, tienen un derecho de disposición sobre ellos, que les confiere, entonces, un derecho de "propiedad". De persona se transforma en "cosa", en "producto", en "objeto que se puede poseer", con posibilidad de ser comercializado. Señalan que el embrión no puede ser considerado como propiedad personal de los proveedores de los gametos o sus donadores. Los artículos 17 y 18, del decreto cuestionado, tratan a los óvulos fecundados (cuando en realidad son seres humanos en estado embrionario), como objetos que incluso pueden ser donados a un tercero, facultando a los padres a disponer libremente de los niños y niñas creados en el laboratorio, lo cual es contrario a la dignidad de todo ser humano y del derecho a saber quiénes son sus progenitores, según ha precisado la Sala Constitucional en su jurisprudencia (ver Sentencia N° 2007-11158). Todo ser humano tiene derecho a conocer quiénes son sus padres, tal derecho a la filiación se encuentra debidamente estipulado en nuestra Carta Fundamental, así como en instrumentos internacionales ratificados por el país. A partir de lo anterior, cualquier decreto que se oponga a dichos preceptos, está viciado de inconstitucionalidad. Reiteran que cuando el decreto fue sometido a consulta de la CCSS, esta entidad formuló importantes objeciones en esta materia en contra de lo estipulado en el decreto. Objetó específicamente que la normativa en cuestión violenta el derecho de toda persona a conocer quién es su padre y amenaza los

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

derechos fundamentales de las personas menores de edad. También cuestionó la técnica y jurídicamente el que dicho decreto autorice la técnica del FIV en parejas del mismo sexo; sin embargo, sus argumentos no fueron tomados en cuenta por el Poder Ejecutivo. **5) Violación del derecho a la vida.** Indican que de conformidad con el artículo 21, de nuestra Constitución Política, la vida humana es inviolable. Por ello, resulta trascendental entender el momento a partir del cual es reconocido este derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Indican que la vida es tutelada en nuestro país a partir de la concepción, idea que está reforzada en los siguientes instrumentos internacionales: artículos 5.1 y 6.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; numerales 4, inciso 1), y 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos; el preámbulo y el ordinal 6, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así también ha sido concebida en nuestro ordenamiento jurídico interno, según el artículo 69, del Código de Familia; los numerales 2 y 12, del Código de la Niñez y la Adolescencia y los ordinales del 118 al 122, del Código Penal. Consideran importante destacar, que según lo indica la ciencia, el inicio de la vida empieza a partir de la unión de dos gametos (uno masculino con otro femenino) que forman una célula que técnicamente se llama "cigoto", el cual contiene la identidad genética del nuevo individuo. Como es un ser humano desde su primer día de existencia, ese ser humano es persona, pues el párrafo segundo, del artículo 1, de la Convención Americana de Derecho Humanos expresamente indica: "...persona es todo ser humano", y en virtud de lo anterior, hay que reconocerle su personalidad jurídica de conformidad con el artículo 3, de esta Convención y lo primero que reclama su personalidad, es el derecho a la vida, derecho sin el cual no podría ejercer ningún otro derecho. De ese concepto de vida se desprende el derecho a la salud de toda la población, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (artículo 9, del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de

Derechos Económicos), el cual abarca la atención primaria de la salud, donde se ubica la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos directamente asegurados y sus familiares, así como la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos ubicados dentro de la jurisdicción del Estado. Entendiéndose por servicios de salud, la atención, prevención y tratamiento de enfermedades, la educación de la población en estos temas y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo, o en condiciones de pobreza, aspecto que los posiciona en una condición más vulnerable (ver Sentencia de la Sala Constitucional, N° 2008-017276). Señalan que el Estado costarricense, además, debe velar por la protección del material genético humano, en cualquier técnica de fecundación asistida, pues se manipula material genético humano sin que existan sanciones en el Decreto Ejecutivo impugnado cuando la vida humana o su dignidad se vean amenazadas. La Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos, documento aprobado en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, reconoce la dignidad humana y pretende, para la comunidad científica internacional, un límite sustentado en una ética, producto del saber interdisciplinario y cuyo norte es la preservación de la vida humana. **6) Sobre la violación al principio de participación ciudadana.** Estiman lesionado el artículo 9, de la Constitución Política, que garantiza la participación ciudadana en Costa Rica, dada la omisión de consultar públicamente el proyecto de decreto. El artículo 361, de la Ley General de la Administración Pública, dispone que previo a la emisión de disposiciones generales, el Poder Ejecutivo o el Ministerio interesado debe conferir audiencia a las entidades descentralizadas y las representativas de intereses de carácter general o corporativo que pudieran verse afectadas. Además, por tratarse de un asunto de interés de toda la comunidad costarricense (como es la implementación de la Fecundación in Vitro con fondos provenientes de todas las personas que

contribuyen a financiar la Caja Costarricense del Seguro Social) y por involucrar, entre otros derechos, el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la salud, a la intimidad, la filiación de los niños creados en el laboratorio con gametos (óvulos y/o espermatozoides de terceros) y otras cuestiones similares, el anteproyecto del decreto impugnado, debió ser sometido a consulta pública. Sin embargo, esta no se efectuó. Por otro lado, se redujeron los plazos de consulta a la CCSS y al Colegio de Médicos, lo que estiman impidió un análisis profundo del decreto, a pesar de los alcances de dichas disposiciones y su incidencia en la salud pública. **7) Falta de fundamentación, debido proceso y derecho de defensa.** La Administración debió fundamentar la decisión que tomó, sobretudo porque la CCSS objetó la normativa impugnada en esta acción. No obstante, no expuso expresamente las circunstancias de hecho o de derecho que lo motivaron aprobar el decreto. **8) Violación a la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.** Señalan que la sentencia dictada por la Sala Constitucional en el año 2000 entendió, asertivamente, que la Convención obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones". En este sentido, la sentencia se fundamentó en el artículo 4.1, de la Convención, por lo cual la discusión debió fundarse en dicho artículo; sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio un abordaje distinto al tema, minimizando o subordinando todo lo referente al "derecho a la vida" ante los otros derechos. Tal perspectiva de análisis del caso por la que se opta en la sentencia, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por encima del "derecho a la vida". Ahora bien, dado que se trata de la interpretación de una norma convencional, lo que la Corte Interamericana debió hacer, fue tratar de buscar o entender la voluntad de los Estados Partes de la Convención al momento de suscribirla, conforme lo disponen los numerales 31 y 32, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados. Fundamentan su alegato indicando que para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, se es "persona" o "ser humano" desde el "momento de la concepción", lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último, se tiene que respetar la vida. Solicitan se declare con lugar el recurso y se anule el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostentan para promover esta acción de inconstitucionalidad, los accionantes señalan que proviene de la existencia de intereses difusos, dada la eventual afectación de los fondos públicos de la Caja Costarricense de Seguro Social y de los intereses de los contribuyentes de la seguridad social, así como por el respeto a la vida.

3.- Por voto N° 2015-15725, de las 11:20 horas del 07 de octubre de 2015, la mayoría de la Sala, con el voto salvado de los Magistrados Armijo Sancho, Jinesta Lobo y Hernández López -quienes rechazaron de plano la acción-, ordenó dar curso a la acción.

4.- Por resolución de Presidencia, de las 09:27 horas del 09 de octubre de 2015, se dio curso a la acción y se confirió audiencia a la Procuradora General de la República, al Ministro de la Presidencia, al Ministro de Salud y a la Presidenta Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.

5.- La Procuradora General de la República, en escrito presentado a las 15:23 horas del 03 de noviembre de 2015, rindió su informe, en el que manifestó que para dar cumplimiento a la resolución dictada por la Corte Interamericana el 28 de noviembre de 2012, el Estado de Costa Rica debe adoptar medidas legislativas para adaptar su ordenamiento jurídico interno conforme los procedimientos constitucionales, lo que significa que la adopción de las medidas que se requieren para adaptar el ordenamiento jurídico interno a lo exigido por la sentencia de la Corte Interamericana, están sometidas al control democrático que

ejerce el Congreso a través de sus competencias legislativas. Además, la resolución de la Corte Interamericana exige que el Estado de Costa Rica modifique el reforzado nivel de protección que tiene el derecho a la vida, pues, desde la perspectiva de la sentencia, la idea de que el embrión sea titular de derecho a la vida no puede -en criterio de la Corte Interamericana- justificar que se lesionen otros derechos y que se impida, en consecuencia, la técnica de la Fertilización in Vitro. Es decir, la resolución de 28 de noviembre de 2012 exige que el Estado de Costa Rica realice una nueva ponderación entre el derecho a la vida y otros derechos, tales como el derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia. Esto con el propósito de permitir y regular la técnica de la Fertilización In Vitro (FIV). Por otra parte, la sentencia de la Corte Interamericana ha reconocido que en Costa Rica, el Derecho Interno ofrece el mayor nivel de protección al Derecho a la vida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21, de la Constitución, el cual prescribe como garantía fundamental que la vida humana es inviolable. Este mayor nivel de protección de la vida ha sido recogido en las sentencias de la Sala Constitucional N° 5130-1994 de las 17:33 horas del 7 de setiembre de 1994, N° 7897-2012 de las 14:30 horas del 13 de junio de 2012 y N° 11222-2003 de las 17:48 horas del 30 de setiembre de 2003. En criterio de la mayoría de la Corte Interamericana, una protección absoluta del embrión, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto e impedir la FIV, implica una supuesta arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar de las personas ya nacidas. Así, en criterio de los integrantes de la mayoría de la Corte Interamericana, el "derecho absoluto a la vida del embrión" no tendría sustento en la Convención Americana tal y como ellos la interpretan. A tal efecto, la opinión mayoritaria de la Corte reinterpreto el artículo 4, de esa Convención, en el sentido de que no se debe dar una protección absoluta al

embrión, pues considera que es un derecho que debe ser restringido para balancear su protección con otros derechos y permitir la técnica de la Fertilización In Vitro. La decisión de la sentencia de 28 de noviembre de 2012 se fundamenta en que, en criterio de la mayoría de la Corte Interamericana, la Convención Americana no puede otorgar protección absoluta al embrión que impida la técnica de la Fertilización in Vitro pues, desde su perspectiva, el derecho a la vida es un derecho relativo que debe ceder ante los derechos de las otras personas para tener acceso a esa técnica, hecho que constató y reclamó con claridad el voto de minoría de esa misma sentencia. Entonces, lo exigido por la Corte Interamericana es que el Estado de Costa Rica realice una nueva ponderación en relación con el derecho a la vida, en orden a disminuir su nivel de protección, de modo que se permita la Fertilización in Vitro. De modo tal que, el efecto útil de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Derecho Nacional sería que el Estado de Costa Rica promulgue un marco jurídico que contenga una nueva ponderación del derecho a la vida que permita la práctica de la técnica de la Fertilización In Vitro pues, en criterio de ese organismo, el derecho a la vida del embrión sólo admite una protección relativa, gradual e incremental, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general como sería la Fertilización In Vitro. El proceso de adaptación del ordenamiento interno dispuesto en la sentencia de 28 de noviembre de 2012, implica que se reconfigure una nueva forma de tutela de la dignidad humana del embrión, pues la decisión de la Corte Interamericana ha reconocido que este requiere una tutela de la dignidad humana y una forma de ponderarla en relación con otros derechos; ponderación que debe permitir la Fertilización in Vitro. Es claro que para efectos de adaptar el Derecho Interno costarricense a lo dispuesto por la sentencia de 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana, se requiere de la intervención y control democrático de la Asamblea Legislativa como

cuerpo representativo y en el cual se ha delegado constitucionalmente la potestad de legislar. Esto en el tanto la materia a regular está sometida al principio de Reserva de Ley. Al respecto, señala que el principio de Reserva de Ley constituye una garantía de control frente al poder público, en el sentido de que la regulación, autorización, limitación y control de los derechos y libertades fundamentales debe provenir del Congreso, que es a quien le corresponde proteger o intervenir los derechos fundamentales del ciudadano, tal y como se deduce de lo dicho por esta Sala en sentencia N° 1668-2010 de las 15:12 del 27 de enero de 2010. Afirma que, bajo la Constitución, todo lo relacionado con los derechos fundamentales y su ponderación, incluyendo la vida, la salud, la dignidad humana y la protección de los seres humanos, es materia reservada a la Ley, según lo expuso esta Sala en sentencia N° 3078-2011, de las 15:01 del 9 de marzo de 2011 -que reitera el criterio del voto 1668-2010, de las 15:12 horas del 27 de enero de 2010-. Asimismo, de conformidad con la resolución de la Sala Constitucional N° 3715-2014 de las 11:40 horas del 14 de marzo de 2014, la regulación que se haga para implementar la resolución de la Corte Interamericana -la cual implicaría autorizar y regular la técnica de la Fertilización In Vitro- constituye materia sujeta al principio de Reserva de Ley. En el mismo sentido, la necesidad de que la nueva regulación tenga el carácter de Ley fue también reconocida en la propia resolución de la Corte Interamericana de 28 de noviembre de 2012, en los párrafos 334, 335, 336, 337 y 338, de esa resolución. En adición a lo anterior, la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana es una pieza esencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal y como lo ha indicado la sentencia de la Sala Constitucional N° 1424-2014 de las 11:40 horas del 31 de enero de 2014. Sin embargo, también es claro que, como lo indica el propio artículo 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, el proceso de adaptación del ordenamiento jurídico interno a lo exigido por el Sistema Americano de Derechos

Humanos requiere que se realice a través del proceso constitucional previsto. Además, conforme al Derecho Interno costarricense, específicamente el artículo 27, de la Ley N° 6889 de 9 de setiembre de 1983 -Ley Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- se requiere de una disposición de Ley para que las resoluciones de la Corte tengan fuerza ejecutiva y ejecutoria. Así, para dar fuerza ejecutiva de las decisiones de la Corte Interamericana, se ha requerido que el Congreso emita una Ley otorgándole esa eficacia. De forma análoga, se entiende que la modificación del ordenamiento jurídico -en orden a cumplir con lo exigido por la resolución de 28 de noviembre de 2012-, requiere también que se haga a través de los procedimientos y órganos constitucionales competentes. Lo anterior es de extrema importancia, toda vez que se ha reconocido que la intervención de los órganos de mayor legitimidad democrática, como la Asamblea Legislativa, es necesaria cuando la implementación de determinadas decisiones implique modificaciones al nivel de protección y ponderación de los derechos fundamentales. Esto para garantizar la legitimidad democrática de las medidas que se tomen para implementar esas decisiones y asegurar la integridad del mismo Sistema de Protección de Derechos Humanos. El proceso de adaptación del Derecho Interno a una decisión de una Corte Internacional -como la tomada en este caso que exige la autorización y regulación de la práctica de la FIV- requiere la concurrencia de los órganos constitucionales con las competencias necesarias para modificar el ordenamiento jurídico y, sobre todo, para tomar las decisiones que afecten derechos fundamentales. Así se ha indicado que la recepción en el Derecho Interno de las decisiones de los tribunales internacionales debe realizarse en el marco del sistema democrático y constitucional de la Ley Fundamental. Considera que la concurrencia de los órganos constitucionales para modificar el ordenamiento interno está implícita en el artículo 63.1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al cual se ha entendido que la Corte Interamericana puede

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

ordenar, como parte de las medidas de reparación, la modificación de las normas legales internas. Manifiesta que, en criterio de ese Órgano Asesor, no resulta conforme con la Constitución que, por la vía del Decreto Ejecutivo N° 39210 de 10 de setiembre de 2015, se proceda a adaptar y modificar el ordenamiento jurídico interno a lo ordenado por la decisión de la Corte Interamericana. Como refuerzo a lo anterior, está por lo dicho por la Sala Constitucional en su resolución N° 3715-2014 de las 11:40 horas del 14 de marzo de 2014, en la que señaló que dicho proceso de adaptación debe realizarse a través de una Ley de la República. Aclara que por la naturaleza de la esta acción y de su objeto, el informe circunscribió a examinar si el Decreto Ejecutivo N° 39210 es el procedimiento constitucionalmente válido para adaptar el ordenamiento jurídico a lo exigido por la resolución de 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana. Es decir, si el citado decreto es el procedimiento constitucionalmente válido, en el Derecho Interno, para adaptar el ordenamiento jurídico en orden a permitir la Técnica de la Fertilización In Vitro y regular el ámbito y cobertura de la tutela de la dignidad humana, la vida y la integridad física de las personas, amén de otros bienes y derechos constitucionales. Por lo que el informe no versa sobre si el Decreto Ejecutivo N° 39210 de 10 de setiembre de 2015 satisface o no lo requerido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación con la acusada inconstitucionalidad del decreto en cuestión, por violación a la autonomía de que goza la Caja Costarricense de Seguro Social en materia de salud, la Procuradora considera que existe un problema de constitucionalidad en cuanto al fondo, con el plazo de dos años impuesto a la Caja en el transitorio I del Decreto, no sólo por cuanto dicho plazo no deriva de la orden dictada por la Corte Interamericana, sino porque su imposición por parte del Poder Ejecutivo violenta la autonomía constitucional reconocida a esa institución. Arguye que todo lo relativo a la prestación de servicios de salud, es una competencia asignada constitucionalmente

a la Caja Costarricense de Seguro Social dentro de una esfera de autonomía administrativa y política. De ahí que dentro del poder de auto organización de la Caja deba incluirse la forma, los tiempos y los medios mediante los cuales se estructurará la prestación de los servicios de salud, según su criterio técnico. Consecuentemente, no podría el Poder Ejecutivo, a través de una norma infra constitucional, imponerle un plazo determinado a la Caja Costarricense de Seguro Social como ente autónomo, para hacer operativa la técnica FIV, pues esta decisión debe provenir del seno de la propia institución, según su capacidad técnica y financiera, y dentro del margen otorgado por la propia Corte Interamericana. Por ello, ese Órgano Asesor considera que, por fondo, el transitorio I, del Decreto Ejecutivo 39210-MP-S, resulta inconstitucional. Finalmente, en cuanto a este punto de la acción, señala que el reclamo de los accionantes en cuanto a la utilización de los fondos y reservas de los seguros sociales, en una técnica que no fue pensada por el Constituyente, en realidad no presenta dudas de constitucionalidad, toda vez que la Caja, como prestadora del servicio de salud, y dentro de los criterios técnicos existentes, puede ampliar la prestación del servicio cuando lo estime pertinente, aun cuando, como en este caso, la ampliación provenga de la orden de un tribunal internacional. Con respecto al derecho de los menores a conocer quiénes son sus padres, así como lo relativo a la protección de la niñez, la Procuradora aduce que el artículo 53, de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental de las personas a saber quiénes son sus padres y a recibir, desde que nacen, la protección de éstos, derecho que, además, es reconocido por la mayoría de los instrumentos de derechos humanos suscritos por Costa Rica, entre ellos, el artículo 23, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los artículos 2 y 7, de la Convención Americana de los Derechos del Niño, que reproducen los derechos contenidos en el artículo 53, de la Constitución Política, tanto desde la perspectiva de la no discriminación en razón del origen de

los hijos, como del derecho de los menores a saber quiénes son sus padres. Según lo estableció esta Sala en sentencia N° 1894-1999 de las 10:30 horas del 12 de marzo de 1999, las obligaciones y derechos que surgen del vínculo entre padres e hijos, que conforman lo que se conoce como relación filial, comprenden derechos y deberes tanto del padre para con el hijo como de éste para con su padre. Sin embargo, en la realidad se puede producir una falta de correspondencia entre lo que es la paternidad para el derecho y para la biología. Debido a esa diferencia entre la realidad y los efectos jurídicos que se asignan, el legislador constitucional previó el reconocimiento del derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres desde una doble perspectiva: desde el punto de vista sustantivo, en tanto derecho fundamental que permite a la persona desarrollar un concepto de identidad y, con ello, el reconocimiento de su dignidad como ser humano, y desde un punto de vista procesal, a través del establecimiento de un mandato al legislador ordinario para que desarrolle legislativamente los mecanismos necesarios para asegurar el disfrute efectivo de este derecho. La Sala ya se ha referido a la doble condición del derecho reconocido en el artículo 53, de la Constitución Política, en las sentencias N° 1894-1999 de las 10:33 horas del 12 de marzo de 1999, y N° 2007-011158 de las 14:52 horas del 1 de agosto de 2007. Además, tanto el derecho a conocer quiénes son los padres, como el derecho a recibir el cuidado y la protección de los mismos, se encuentran íntimamente relacionados, de manera que el ejercicio de uno de ellos, no puede implicar el detrimento del otro derecho, salvo casos excepcionales en donde el interés superior del menor así lo determine, tal y como lo ha definido la Sala en la citada sentencia N° 2007-011158 de las 14:52 horas del 1 de agosto de 2007. A partir del desarrollo efectuado por este Tribunal Constitucional, en relación con el derecho de los menores a saber quiénes son sus padres, la Procuradora considera que se pueden establecer varias conclusiones, a saber, 1. El derecho a conocer quién es el "verdadero" padre, es un derecho

humano fundamental de toda persona. 2. El derecho a conocer la identidad del "verdadero" padre es un derecho independiente del derecho a recibir protección y auxilio de los padres, por lo que puede ser ejercido sin que exista una obligación de los progenitores en relación con la manutención y cuidado del menor. 3. El derecho a conocer quién es el verdadero padre, es un derecho que admite limitaciones en nuestro sistema jurídico, limitaciones que deberán estar fundadas necesariamente en el interés superior del menor. 4. Las limitaciones al derecho a saber quién es el padre biológico, no pueden tener como fundamento el origen del nacimiento del menor únicamente. 5. El derecho a conocer quién son sus padres, es un derecho de configuración legal, es decir, debe ser desarrollado por una ley en sentido material y formal, no sólo por tratarse de la regulación de un derecho fundamental, sino principalmente por haberse establecido expresamente de esta manera en la Constitución Política. No obstante lo anterior, el derecho a saber quiénes son sus padres no es un derecho ilimitado, lo cual significa que es susceptible de ser restringido, siempre y cuando esta restricción responda al interés superior del menor. El principio del interés superior del menor se encuentra regulado en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, el cual ha sido desarrollado por el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia. De manera tal que, el interés superior del menor es entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños. El menor de edad es sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño, así como el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental, por lo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, lo que constituye

una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía, según lo afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Punto h, Surgimiento del Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Considera que las normas constitucionales han delegado en el legislador la definición de los mecanismos adecuados para que las personas puedan conocer quiénes son sus padres, por lo que el legislador, al desarrollar el sistema, debe permitir el desarrollo de estos derechos bajo el principio de interés superior del menor. A juicio de esa representación, el decreto cuestionado, en los artículos 4 y 5, sí contiene vicios de inconstitucionalidad, pues se trata de una regulación que vacía el contenido del derecho de los niños nacidos bajo la técnica de fecundación in vitro a saber quiénes son sus padres, amén de que se violenta el principio de reserva legal existente en esta materia por disposición constitucional. En cuanto al artículo 4 cuestionado, violenta el artículo 53, Constitucional, pues establece en un reglamento una limitación para los derechos del menor a tener el auxilio de sus padres y a saber quién es su verdadero padre, violentándose con ello la reserva legal establecida en el artículo en 53, mencionado. En su criterio, la regulación contenida en este artículo, al establecer una limitación al derecho a obtener alimentos y a saber quiénes son los padres, no podría ser efectuada por la vía del reglamento, ya que, necesariamente, tendría que regularse a través de una ley en sentido material y formal, tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional en la jurisprudencia citada. En el mismo sentido, el artículo 5, del decreto, contiene una referencia al tratamiento de la información sobre quién es el padre biológico de los menores, información que según el decreto deberá ser tratada de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales. Esta remisión a la ley por parte del decreto también resulta

violatoria de la reserva de ley establecida en el artículo 53, Constitucional, toda vez que, según lo dicho, este tema, por disposición del Legislador Constituyente, sólo puede ser regulada por vía de ley en sentido formal y material. Adicionalmente, considera que la conjunción de los artículos 4 y 5, del decreto cuestionado, lleva a una prohibición absoluta para que el menor que nazca con motivo de la aplicación de una técnica de fertilización in vitro conozca quién es su verdadero padre, prohibición que, según criterio de ese Órgano Asesor, vacía de contenido el artículo 53, Constitucional, sin que se pueda desprender de la regulación efectuada, que dicha restricción se da en interés superior del niño. Estos datos sensibles, de acuerdo con la ley, permanecen por diez años en los registros que fueron creados, salvo disposición normativa en contrario (artículo 6.1, de la Ley de Protección de Datos). En este caso, al no existir ninguna regulación específica sobre la duración de los registros, es posible que, al cabo de diez años, aquellos sean destruidos y, con ellos, la posibilidad de que el menor pueda acceder a la información de quién es su padre cuando tenga edad para requerir esa información por sí mismo. Adicionalmente, los datos contenidos en las bases de datos sólo pueden ser suministrados a terceros si su titular o sus herederos permiten el acceso a estos (artículos 7, 9.1 y 14, de la Ley de Protección de Datos). Esto quiere decir, que los hijos que nazcan por la técnica de fertilización in vitro, no podrán acceder a la información de quién es su "verdadero" padre, salvo que el donador del gameto o sus herederos, en caso de fallecimiento, accedan a esta petición, restricción que parece irrazonable a ese Órgano Asesor. Bajo esta misma línea de pensamiento, la Ley de Protección de Datos no contempla como una excepción a la autodeterminación informativa del ciudadano, los derechos del menor a conocer quién es su padre, pues, evidentemente, la Ley no fue creada para tal finalidad. A partir de las citadas normas, se desprende que el derecho a saber quiénes son sus padres, se limita en forma absoluta para los menores nacidos bajo la técnica de

fertilización in vitro, lo cual conduce a un vaciamiento del derecho en cuestión, sin que exista una razón amparada al interés superior del menor que permita considerar que se está ante una acción que beneficia y no perjudica al menor. Aduce que, para ciertos aspectos, principalmente sanitarios, el conocer quién es el padre biológico puede resultar imprescindible para el menor, pues podrían existir enfermedades congénitas o hereditarias que podrían justificar el que el menor logre acceder a conocer la identidad del padre biológico, situación que en este momento no es permitido. Adicionalmente, se produce una discriminación entre los hijos nacidos bajo la técnica de fertilización in vitro heteróloga, los hijos nacidos en esa técnica en forma homóloga y los niños nacidos en forma "natural", pues éstos dos últimos siempre tendrán el derecho para acceder a conocer el nombre de sus padres biológicos o a realizar las gestiones judiciales para ello; sin embargo, para los primeros, el acceder a este tipo de información será siempre prohibido. Nótese que el elemento diferenciador es, precisamente, el origen del nacimiento: la técnica de fertilización in vitro heteróloga, por lo que, en este caso, se produce una discriminación no fundamentada en una razón objetiva que beneficie al menor de edad, sino en el origen de la concepción, discriminación que se encuentra prohibida por los instrumentos internacionales. Por lo expuesto, considera que los artículos 4 y 5, del decreto, resultan inconstitucionales, por violentar el artículo 53, de la Constitución Política y el artículo 3, de la Convención de los Derechos del Niño, al establecer una prohibición absoluta al derecho a saber quiénes son los padres biológicos de los hijos nacidos bajo la técnica de fertilización in vitro, por un mecanismo no idóneo (reglamento), creando una discriminación no fundamentada en una base objetiva, entre los hijos nacidos "naturalmente" y los hijos nacidos por fertilización in vitro heteróloga. En relación con la alegada violación al principio de participación ciudadana, reconocido en el artículo 9 constitucional y lo dispuesto en el numeral 361, de la Ley General de la

Administración Pública, por cuanto, previo a su aprobación del decreto en cuestión no se consultó con la comunidad costarricense, y a las instituciones consultadas únicamente se les otorgó un plazo de cinco días para referirse y no diez días como está previsto en la ley, estima que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, no toda violación a lo dispuesto en el artículo 361, de la Ley General de Administración Pública, constituye una violación constitucional, sino únicamente aquellos casos donde se viole el derecho de defensa, según lo ha establecido la Sala en reiterada jurisprudencia, entre ella, en sentencia N° 11035-2000 de 13:59 horas del 13 de diciembre de 2000. Incluso, en algunos otros casos, la Sala Constitucional ha reconocido que la falta de consulta pública para dictar disposiciones de carácter general, es un asunto que incide únicamente sobre la legalidad del reglamento (ver sentencias 459-91, 3550-92 y 4702-93, 2002-06515 y 16491-2007). En todo caso, del propio texto del artículo 361, de la Ley General de la Administración Pública, se deriva que no toda persona está legitimada para invocar dicha violación, pues únicamente lo estarán las entidades jurídicas representativas de intereses de carácter general o corporativo que resulten afectadas con la regulación. De lo anterior, y considerando que los accionantes no especifican de qué manera se les lesionan sus derechos fundamentales con la falta de audiencia previa del Decreto, se considera que el tema es de legalidad y no de constitucionalidad. Lo mismo cabe indicar en cuanto al reclamo de reducción de plazos a las instituciones consultadas por el Poder Ejecutivo, pues se trata de plazos legales y no constitucionales, además de que los accionantes no están legitimados para representar a las instituciones supuestamente agraviadas con dicha reducción. En consecuencia, estima que no resultan procedentes las afirmaciones de los accionantes en cuanto a este extremo, sin perjuicio de lo indicado en cuanto al principio de reserva de ley. Finalmente, en cuanto a la alegada inconstitucionalidad por falta de motivación y fundamentación del decreto

cuestionado, con violación del derecho de defensa y el debido proceso, señala que la potestad de dictar decretos ejecutivos corresponde al Poder Ejecutivo por disposición del numeral 140, inciso 3), de la Constitución Política. Por tal motivo, aun en los casos en que el decreto haya sido sometido a consulta de otras instituciones, el Poder Ejecutivo tiene la atribución de separarse de tales criterios, sin perjuicio del control a posteriori que pueda realizarse de la norma. En todo caso, el reclamo de los accionantes en cuanto al incumplimiento de normas de la Ley General de la Administración Pública, constituye un tema de legalidad y no de constitucionalidad.

6.- En memorial presentado a las 14:51 horas, del 03 de noviembre de 2015, el Presidente de la República y los Ministros de la Presidencia y de Salud, informan que los accionantes carecen de legitimidad para la interposición de esta acción de inconstitucionalidad, ya que para la figura de diputado no se reconoce legitimación institucional para interponer de forma directa una acción de inconstitucionalidad. Incluso, la Sala ha enfatizado que la condición de legislador no otorga legitimación especial para accionar, sino que debe demostrarse que se encuentra amparado por alguno de los supuestos restantes del artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y ello se debe argumentar apropiadamente. Además, el argumento aducido por los actores es insuficiente para fundamentar su legitimación, toda vez que no explican con razones concretas cómo se produce la afectación al interés difuso. El simple señalamiento de lesión a tales intereses no basta para justificar la interposición de la demanda. Se aprecia con toda claridad que los alegatos de los accionantes no evidencian de forma contundente la vulneración a cualesquiera intereses difusos. Agregan que en este caso, la causa de legitimación invocada por los actores no se adapta al concepto de intereses difusos, en la acepción definida por la Sala Constitucional, a saber, como aquellos intereses individuales y paralelamente, diluidos entre un grupo de personas, que no se

confunde con la colectividad en su generalidad ni con un grupo identificable de sujetos. En este caso, el interés aludido es identificable, de modo que no resulta procedente invocar que se está en presencia de intereses difusos. En cuanto al fondo, manifiestan que en la sentencia del 28 de noviembre de 2012, del caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la sentencia constitucional número 2000-02306 de las 15:21 horas del 15 de marzo de 2000. De manera particular, estudió la relación de la Fecundación in Vitro (FIV) y el tratamiento del derecho a la vida a la luz del artículo 4.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El criterio de la CIDH en la sentencia del caso Artavia Murillo, destacó la diferencia entre el momento de la fecundación y aquel de la concepción, de modo que debe entenderse ese segundo como la implantación del óvulo fecundado en el útero materno. Asimismo, afirman que la Corte IDH enfatizó que la Convención Americana no hace mención a la etapa de la fecundación, sino al acto de la concepción. La CIDH concluyó que tanto en el embarazo natural como en la realización de la FIV se presenta pérdida embrionaria. Estimó desproporcionado dotar al embrión de un resguardo total ante un riesgo que es parte natural del proceso, que está presente incluso cuando no se efectúa la FIV. Aunado a esto, la Corte señaló que en Costa Rica se permite la técnica de inseminación artificial, aun cuando la utilización de este mecanismo de asistencia tampoco asegura que cada óvulo se perfeccione en un embarazo; ergo, también media el riesgo de pérdida de embriones. Se evidencia que la CIDH dirimió el conflicto jurídico relativo al inicio de la vida. Mediante la sentencia del 28 de noviembre de 2012, la Corte generó el precedente necesario para respaldar la realización de la FIV, toda vez que dejó claro que dicho tratamiento médico no atenta contra la vida por el posible margen de pérdida embrionaria. Corresponde a los tribunales internos aplicar y acatar los precedentes del órgano continental, en ejercicio del control de convencionalidad

que les es debido. Sin duda alguna, la vida es el bien jurídico por excelencia y es por ello que se brinda la mayor protección, dado que de este deriva el ejercicio pleno de la amplia gama de derechos humanos. El Estado costarricense reconoce y garantiza tal tutela mediante una extensa y estricta regulación que parte del artículo 21, de la Constitución Política, así como de diversas normas que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No obstante, con absoluto apego a la sentencia de la CIDH y a la orden dictada al Estado de Costa Rica en dicho pronunciamiento, es que el Poder Ejecutivo procedió a emitir el Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S, con el objetivo de autorizar y regular la técnica de reproducción asistida FIV, a favor de las personas con infertilidad comprobada. Aducen que, debido a la evolución científica que ha experimentado la FIV, existen significativas diferencias entre la técnica reconocida en el Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995 y el tratamiento autorizado en el Decreto N° 39210-MP-S del 10 de setiembre de 2015. El principal avance de la técnica es la cantidad de óvulos que deben ser fertilizados y que luego se transfieren al útero materno, ya que a diferencia de la práctica realizada en el año de 1995, cuando se transferían seis óvulos fecundados, en la actualidad, se logra desarrollar el tratamiento con la transferencia de un único óvulo fertilizado, lo que está recogido en el artículo 16, del decreto en cuestión. Con lo anterior, se evidencia que no hay una fecundación masiva de óvulos, sino que se asegura la cantidad mínima de óvulos fecundados sin exceder la producción embrionaria y con ello, la cantidad de óvulos fecundados por transferir solo se limita a uno de ellos, salvo en caso particular y bajo criterio médico, se transferirán dos óvulos. En el supuesto de que se obtengan más de dos óvulos fecundados y dado que la transferencia se circunscribe a uno o dos de ellos, aquellos que no se transfieran deben ser preservados para futuros ciclos reproductivos de la pareja o mujer beneficiada, o bien para ser donados, según lo establece el ordinal 17, del Decreto 39-210-MP-S. Incluso, de acuerdo con el

artículo 18, del Decreto accionado, se autoriza la posibilidad de donar los óvulos fecundados en caso de no poder o no querer realizar futuras transferencias. De manera que, con el número determinado de ovocitos por fecundar, de óvulos fecundados por transferir, así como la preservación y la donación de estos, se asegura su adecuado tratamiento, así como el ejercicio profesional médico apegado a la ética y a la buena práctica médica vigente. Por otra parte, pese a que los accionantes acusan que en el reglamento impugnado no se establecen sanciones y esto pone en riesgo la manipulación de la técnica, lo cierto es que en el artículo 10, del Decreto en mención, se asienta la competencia sancionatoria que posee el Ministerio de Salud, como ente rector en la materia, y con fundamento en la Ley General de Salud, se dispone que en caso de incumplirse el contenido del Decreto referido, ese Ministerio deberá aplicar lo consignado en los numerales 77 y 78, de la Ley General de Salud. Lo anterior sin obviar el marco jurídico penal vigente en Costa Rica con respecto a la práctica de la Medicina. No se puede obviar que el Decreto 39210-MP-S, en su artículo 19, también contempla en su haber un régimen de prohibiciones respecto del tratamiento de óvulos fecundados. Considerando que los accionantes se oponen a la práctica de esta técnica por la alegada pérdida de óvulos fecundados y la supuesta falta de sanciones -ante la manipulación del material genético-, queda esclarecido que no llevan razón en sus alegatos, ya que con la amplia regulación mencionada, se afianza el óptimo desarrollo de la técnica. Además, la parte accionante no logra demostrar cómo el Decreto impugnado violenta el derecho a la vida, pues en sus alegatos no señalan con exactitud la lesión que, en su criterio, surge con la reglamentación citada. Los accionantes refieren que con la falta de regulación en torno a la FIV se corre el riesgo de incurrir en crímenes de lesa humanidad. Esta aseveración es, en el mejor de los casos, temeraria, ya que contrario a lo argüido, esta técnica de reproducción asistida está destinada a ayudar al logro del embarazo. Su implementación y

regulación se da con total respeto a la dignidad de los pacientes y bajo los estándares científicos necesarios para el sano ejercicio de la práctica, sin destruir vidas ni irrespetar, en modo alguno, la naturaleza humana. Por último, es importante aclarar que en el caso Parrillo vs Italia -citado por los accionantes-, la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó la prohibición de la legislación italiana de donar los embriones para investigación médica. En ese proceso, se alegó violación a la vida privada y al derecho de posesión del embrión; sin embargo, la Gran Cámara determinó que el embrión no es una cosa sobre la cual se ejerza una posesión real, de modo que determinó la ausencia de lesión a los derechos reclamados. El Decreto número 39210-MP-S, en su numeral 19, reconoce la prohibición expresa y contundente de experimentar con los óvulos fecundados, de forma que no se permite la manipulación ni la investigación con estos. Respecto de la donación de óvulos fecundados, esta se reconoce para la implantación a favor de otras personas que requieran de la FIV, lo cual se torna en la práctica de "adoption for birth", contemplada y validada así por la Gran Cámara en el caso supra citado. En consecuencia, con la donación de óvulos fecundados no se incurre en un acto ilegítimo, sino que, por el contrario, se potencian el derecho a la vida y los derechos humanos sexuales y reproductivos de las personas que padecen de infertilidad. En cuanto a la aducida violación a los principios de división de poderes y reserva de ley, indican que no se puede afirmar que exista una reserva general de ley. Si bien nuestro ordenamiento no ha regulado una reserva reglamentaria, salvo en favor de entes dotados de una especial autonomía normativa (por ejemplo, las universidades públicas), tampoco se puede afirmar que todas las demás materias solo pueden ser regidas por ley formal. Por el contrario, se ha establecido, únicamente, para aquellos temas que realmente ameriten la **intervención del Poder Legislativo**, como garantía de participación y legitimidad democrática. En el ordenamiento jurídico nacional, del artículo 28, de la

Constitución Política, se deriva que cualquier limitación a los derechos y libertades está reservada a la ley. Esta norma es desarrollada por el artículo 19, de la Ley General de la Administración Pública y completada por el numeral 59, de dicho cuerpo normativo, relativo a la creación de potestades de imperio. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 30, obliga a los Estados parte a respetar el principio de reserva legal para el establecimiento de limitaciones a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, cuando los Estados impongan restricciones a los derechos humanos, solamente podrán hacerlo mediante una ley, la cual deberá superar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, para determinar si existe arbitrariedad en la limitación y si esta responde a razones objetivas y justificadas. La realización de este test no encuentra cabida en aquellas normas que no contemplen limitaciones. Como parte del juicio de razonabilidad y proporcionalidad, la Corte IDH, en la sentencia del 19 de setiembre de 2006 del caso Claude Reyes y otras vs Chile, enumeró los requisitos que debe enfrentar la limitación a un derecho humano, para ser considerada convencional. De ello se deduce que el principio de reserva de ley rige cuando el Estado pretende restringir un derecho fundamental, ya que su esencia aspira a evitar arbitrariedades en el ejercicio de las funciones públicas. Dado que su naturaleza es contener el abuso de poder, este principio debe ser aplicado en aquellos casos expresamente regulados por el ordenamiento. La Corte IDH analizó ampliamente el tema relativo al derecho a la vida en la sentencia Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. El Tribunal Continental determinó, en forma contundente, que la técnica de reproducción asistida FIV no vulnera el derecho a la vida. Superado este tema, y considerando la orden específica girada por la Corte IDH al Estado de Costa Rica para que adoptara las medidas necesarias para dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV y regular los aspectos que se estimen necesarios para implementar

dicha técnica, el Poder Ejecutivo, en representación del Estado y como órgano dotado constitucionalmente de potestad reglamentaria, dictó el Decreto número 39210-MP-S. De la orden dada por la CIDH al Estado de Costa Rica, se vislumbra claramente que no se delimitó a una autoridad específica el cumplimiento de la medida, sino que se ordenó al Estado dejar sin efecto la prohibición y normar el tratamiento de FIV, empleando los medios que sean válidos de acuerdo con el ordenamiento interno. El Poder Ejecutivo, en acatamiento de dicha orden y actuando dentro del marco de sus competencias legales y constitucionales, emitió el reglamento en cuestión. De la lectura de dicho Decreto se aprecia con notaría claridad que este no limita derecho fundamental alguno, pues su finalidad consiste en levantar la prohibición considerada inconvencional por la Corte IDH y así garantizar el goce pleno de los derechos humanos de sus habitantes. Tales derechos, en virtud de su naturaleza de inherentes al ser humano, no ameritan reconocimiento previo. El reglamento impugnado no incide negativamente en la esfera jurídica de las personas, no irrumpe los espacios del orden público, la moral o los derechos de terceros. Por ello, no es posible alegar que la regulación de esta técnica esté reservada a la ley. Asimismo, no es dable aludir que en el Decreto impugnado existen limitaciones a los derechos humanos, por cuanto el contenido de esta norma no contempla restricción alguna que sea susceptible de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. La imposibilidad de efectuar dicho juicio refleja la ausencia de limitaciones a los derechos humanos. Es absolutamente improcedente afirmar que el Decreto cuestionado produce cualquier transgresión a la parte dogmática de la Constitución, ya que -por el contrario- mediante el Decreto en mención se afianza el goce de los derechos humanos sexuales y reproductivos, reconocidos en los instrumentos jurídicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como en el ordenamiento interno. Muy por el contrario, mediante el reglamento que autoriza la FIV se refuerza el respeto por los

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

derechos humanos destacados por la Corte IDH en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica y se cumple con el deber de brindar a las personas que padecen la discapacidad de la infertilidad, la oportunidad de acceder a los avances médicos que la tecnología y la ciencia han alcanzado para combatir, en forma eficaz, tal padecimiento. El Estado costarricense estaba llamado a eliminar los obstáculos que impedían el acceso a la FIV y así asegurar el ejercicio de este método, de acuerdo con los estándares científicos internacionales y haciendo uso de los avances tecnológicos más recientes, de modo que se potencie su efectividad, con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales a la vida privada, la integridad personal, la salud y la libertad reproductiva. Resulta incongruente alegar el quebranto a cualesquiera derechos fundamentales cuando el Decreto objetado persigue la autorización para el ejercicio de un procedimiento médico que permite, a las personas con infertilidad, disfrutar de sus derechos a la reproducción y a formar una familia. Siguiendo esta línea de razonamiento, tampoco es factible acusar violación al principio de división de poderes, ya que atendiendo a la potestad y deberes atribuidos en los artículos 33 y 140, incisos 3) y 18), de la Constitución Política, así como en los numerales 25, inciso 1), 27 y 28, inciso 2), acápite b), de la Ley General de la Administración Pública, el Poder Ejecutivo hizo un uso legítimo de la competencia reglamentaria para emitir el Decreto número 39210-MP-S. Se trata del cumplimiento estricto de las obligaciones generadas a partir de una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que determinó de modo contundente, que el Estado de Costa Rica se encontraba incumpliendo postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta situación no solamente implica una violación de deberes impuestos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que también contraviene lo que dispone el artículo 7º, de la Constitución Política, así como la abundante y conteste jurisprudencia emitida por la Sala Constitucional. El Poder Ejecutivo,

como titular de la potestad reglamentaria otorgada por la propia Constitución, está autorizado -y a la vez obligado- a crear los reglamentos necesarios para el adecuado funcionamiento del Estado, para el cumplimiento de todos sus deberes y la garantía de que prestará servicios públicos de calidad. De este modo, el reglamento puede operar en aquellas materias residuales donde hay ausencia legal, siempre que no vulnere el principio de reserva de ley. El reglamento impugnado responde a la potestad mencionada. Su contenido está limitado a la regulación de un servicio de salud, sin apropiarse de competencias ajenas o propias del Poder Legislativo. Si bien el reglamento es una norma que suele derivarse de la ley, como complemento de ejecución, lo cierto es que no debe concebirse únicamente como norma secundaria -reglamento ejecutivo-, sino que su naturaleza también está encaminada a contribuir con la producción normativa y actuar, dentro de los límites respectivos, en los espacios vacíos del ordenamiento jurídico donde no opere la reserva de ley. No se puede afirmar que solamente la potestad reglamentaria ejecutiva es válida dentro del ordenamiento costarricense. Ello implicaría vaciar y desvirtuar dicha competencia. Se comprende, con lo anterior, que para el ejercicio de la potestad reglamentaria no siempre se requiere de una ley previa que el reglamento venga a desarrollar y completar. En este caso, el Decreto N° 39210-MP-S se deriva, primero, de la facultad reglamentaria que asiste al Poder Ejecutivo y, en segundo término, de la necesidad de acatar la orden dictada por la CIDH. Dado que este reglamento regula la técnica médica de FIV, sin restringir en modo alguno cualquier derecho humano, no se transgreden los principios de división de poderes y reserva legal. El reglamento impugnado es, al mismo tiempo, derivado directamente de normas constitucionales y convencionales y basadas en la ley. Al no existir una ley especial que regule la FIV, se trata de un reglamento autónomo, emitido por el Poder Ejecutivo para regular un servicio de salud. Sin embargo, la denominación de autónomo o independiente no significa que el reglamento regula

la técnica de la FIV sin guardar relación con la ley, sino que está actuando en el espacio donde no hay precepto legal aplicable. Por otra parte, algunas normas del reglamento -artículos 3, 4, 6, 7, 10 y 16- vienen a desarrollar contenidos de la Ley General de Salud, la Ley Orgánica del Ministerio de Salud y el Código de Familia. Debido a que el reglamento autónomo contribuye a llenar espacios en el ordenamiento jurídico, se reconoce la posibilidad de que su vigencia esté sujeta a la emisión de la ley faltante, de modo que el reglamento se convierte en una norma que soluciona, temporalmente, el vacío jurídico, hasta que el Poder Legislativo decida regular la materia y desplazar la norma infra-legal. En este sentido, el Decreto número 39210- MP-S es un reglamento autónomo de servicio, que responde a una actuación propia de la Administración, como lo es la regulación de los servicios de salud. Ante la orden de la Corte IDH, se dictó el reglamento en cuestión, para establecer una base normativa adecuada, que implicara autorizar la realización de la técnica de la FIV y regulara sus aspectos esenciales, con el objeto de garantizar los derechos fundamentales a la salud y a la libre determinación. Esta norma no invade el ámbito de la ley, porque no regula una materia reservada a aquella, como lo sería si limitara derechos fundamentales. El proceder del Poder Ejecutivo se efectuó con total apego al principio de legalidad, toda vez que el Gobierno es respetuoso y vigilante de la separación de funciones que caracteriza al Estado costarricense. La emisión de dicho reglamento, no obsta para que la Asamblea Legislativa dicte una ley que regule la materia. La Constitución Política y la Ley General de la Administración Pública facultan al Poder Ejecutivo a crear los reglamentos necesarios para la prestación de los servicios públicos. Asimismo, la Ley General de Salud, N° 5395, del 30 de octubre de 1973, designa al Ministerio de Salud como el órgano rector de la salud pública, competente para coordinar todas las actividades públicas y privadas relativas a la salud, y le habilita para dictar los reglamentos autónomos en esta materia. De igual forma, la Ley Orgánica

del Ministerio de Salud, N° 5412 del 8 de noviembre de 1973, reafirma que corresponde al Poder Ejecutivo la definición de la política nacional de salud, la organización y la coordinación y suprema dirección de los servicios de salud del país. Es por medio del Ministerio de Salud, que el Poder Ejecutivo ejerce la dirección en dicho ámbito, siendo competente para determinar los lineamientos que deben regir los servicios de salud. Por su parte, la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, Norma N° 8329 del 2 de abril de 2002, reconoce como derechos de los usuarios del servicio de salud recibir información clara, concisa y oportuna, sobre sus derechos y deberes, así como sobre la forma correcta de ejercitarlos, recibir la información necesaria y, con base en ella, brindar o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico y recibir, sin distinción alguna, un trato digno con respeto, consideración y amabilidad. Mediante este reglamento se levanta la prohibición para aplicar la FIV en Costa Rica y se establecen los lineamientos básicos para la ejecución de dicho tratamiento; se dispone la creación de la norma técnica por parte del Ministerio de Salud, tarea reconocida en la Ley General de Salud y se reafirma el trato digno que debe recibir el paciente en cualquier servicio de salud; asimismo, se contemplan otros derechos desarrollados en la Ley N° 8329. Además, el contenido del Decreto también fue guiado por los principios y derechos destacados por la Corte IDH en la sentencia dictada en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica. En cuanto al papel que desempeña la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), el Decreto número 39210-MP-S se acoge a lo ordenado por la CIDH en la sentencia del 28 de noviembre de 2012, en la cual se estableció que el Estado, mediante la CCSS, debía practicar la técnica de reproducción asistida. Es decir, el reglamento no crea **ninguna competencia** a cargo de la CCSS. El deber de dicho ente público de ofrecer la FIV como tratamiento contra la infertilidad no deriva de este acto, sino

de la orden expresa dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia tantas veces citada. En atención a la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, Ley N° 17, del 22 de octubre de 1943, y al Reglamento del Seguro de Salud, el Poder Ejecutivo se limitó a reconocer que la CCSS es la autoridad competente para practicar la FIV, como un servicio de salud, de conformidad con el artículo 14, del Decreto accionado. La FIV es un tratamiento de salud, como tantos otros que se brindan en forma privada y que presta la CCSS. Al igual que estos otros tratamientos médicos, la implementación de la FIV no amerita una ley formal. A lo sumo se requiere de la autorización y la emisión de las reglas necesarias para su aplicación en forma segura y eficaz. A la luz del razonamiento desarrollado, se denota que el Decreto impugnado forma parte de la reparación a la obligación internacional que violentó el Estado de Costa Rica y busca el cumplimiento a la orden dictada por la Corte IDH. Ante el vacío legal tendente a acatar dicha orden internacional y por respeto al bloque de legalidad, el Poder Ejecutivo, en ejercicio de sus potestades y al amparo de la necesidad de respetar los derechos humanos consagrados en la Constitución Política y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, procedió a decretar la autorización del método de reproducción asistida de FIV, con la finalidad de eliminar cualquier barrera que imposibilitaba la realización de esta técnica en Costa Rica y, así, procurar restablecer el pleno disfrute de los derechos de los habitantes que requieran de ese tratamiento. En conclusión, el decreto objeto de esta acción es perfectamente respetuoso de los principios constitucionales de reserva de ley y separación de poderes. En relación con la supuesta violación a la autonomía que otorga la Constitución Política a la Caja Costarricense de Seguro Social, aducen que, de conformidad con el criterio emitido por la Corte IDH en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo que genera la incapacidad de procreación.

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA, SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

Este padecimiento afecta a la persona, tanto en forma física como psicológica. Por ser la infertilidad una enfermedad que produce una incapacidad, el Estado está llamado a atender dicho padecimiento mediante los servicios públicos de salud. Todo sistema de atención sanitaria debe, necesariamente, contemplar la salud genética, entendida como aquella que atiende la salud reproductiva de la mujer y el hombre, favoreciendo su posibilidad de procrear en condiciones seguras y determinar cuándo y con qué frecuencia hacerlo. El Estado tiene la responsabilidad de respetar y permitir el disfrute de la salud reproductiva de sus habitantes y atender los padecimientos reproductivos, sin incurrir en cualesquiera tratos discriminatorios. No solo se debe evitar actuar de forma que se limiten tales derechos, sino que también se deben propiciar las condiciones esenciales para su ejercicio. Ante la necesidad de combatir la infertilidad, el Estado debe disponer de los métodos de reproducción asistida lícitos, seguros, eficaces y asequibles, de forma que dé atención a la población con este tipo de necesidad, sin desprotegerla. Precisamente, el Decreto N° 39210-MP-S, tiende a garantizar el derecho a la salud y a permitir el acceso a la atención médica desplegada a través de la FIV. Es así como se brindará el servicio de salud que requieren las personas con infertilidad que no logran alcanzar el embarazo mediante el método natural u otras técnicas médicas, tales como la estimulación ovárica y la inseminación artificial. La autorización para implementar la FIV constituye un acto de acatamiento de lo dispuesto por la Corte IDH en la sentencia del 28 de noviembre de 2012, considerando que esa autoridad supranacional ordenó el levantamiento de la prohibición y la regulación necesaria para la puesta en práctica de ese tratamiento. Consideran absolutamente claro que la obligación que impugnan los actores, para que el Estado, por medio de la CCSS, implemente la FIV, no proviene, únicamente, de la decisión del Poder Ejecutivo. Por el contrario, se trata tan solo de la implementación de un deber que determina la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en la referida sentencia. Dada esta disposición, el Poder Ejecutivo, en el Decreto N° 39210-MP-S, procedió a autorizar y regular la realización de este tratamiento médico en los ámbitos público y privado. Con dicha autorización, no se está creando ni imponiendo una nueva obligación para la CCSS. La FIV es parte de los servicios de salud que la CCSS está llamada a brindar. Reconocer dicha técnica mediante el Decreto constituye, simplemente, la autorización para ejecutar un derecho prestacional que no le es ajeno a esa institución autónoma. De acuerdo con la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, Ley N° 17 del 22 de octubre de 1943, y el Reglamento del Seguro de Salud, la CCSS tiene la obligación de hacer valer el seguro social mediante la atención médica que requieran los habitantes del país, en caso de enfermedad, maternidad invalidez, vejez y desempleo involuntario. En la prestación de sus servicios, deben imperar los principios de universalidad del seguro social, igualdad, integralidad, suficiencia y eficiencia, según dispone el Reglamento del Seguro de Salud. De este modo, la implementación de la FIV no es ajena a los servicios de salud a cargo de la CCSS. Por constituir un mecanismo idóneo para hacer valer un derecho prestacional, el Estado debe asegurar el acceso a la FIV, con la finalidad de atender el padecimiento de las personas infértiles, así como para evitar actuaciones desiguales y odiosas por razones físicas y económicas. Se persigue con ello, mejorar la calidad de vida de las personas que demandan de la FIV para procrear. Es contrario al régimen constitucional afirmar, como lo hacen los accionantes, que la CCSS no está llamada a brindar la FIV. De la Constitución Política y las normas infraconstitucionales que rigen la labor de la CCSS, se desprende con palpable claridad que esa institución está en el deber de facilitar la atención médica que ameriten las personas, para garantizar su derecho a la salud. En el caso de la FIV, no solo está presente el derecho a la salud, sino toda una extensa gama de derechos humanos destacados por la CIDH en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica,

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

al ordenar que la CCSS prestara dichos servicios. Es por ello que el Poder Ejecutivo, a través del Decreto número 39210- MP-S, no invade la competencia y autonomía de la CCSS al levantar la prohibición para practicar la FIV en el país y disponer que la CCSS ofrecerá dicho tratamiento a las personas infértiles. Con la emisión del Decreto impugnado no se quebranta la autonomía de la CCSS, toda vez que el Poder Ejecutivo, respetuoso de las potestades de esa institución autónoma, no le está imponiendo nuevas obligaciones. El Decreto en mención, se limita a dejar sin efecto la barrera que impedía la realización de la FIV y, a su vez, regula los aspectos técnicos necesarios para su puesta en práctica en el servicio de salud público y privado, de acuerdo con la competencia del Poder Ejecutivo, como rector en la materia. Con el reglamento cuestionado no se está controlando ni alterando la disposición de los recursos materiales y humanos de la CCSS. Tampoco se está ordenando un fin u objetivo determinado en el ejercicio de sus competencias. No se impone a la CCSS cómo debe estructurar el servicio de salud que dará con la FIV; menos aún, se coarta su capacidad para determinar las medidas por adoptar para satisfacer las necesidades derivadas de la aplicación de la FIV. Estas competencias son exclusivas de esa institución y de su naturaleza de ente autónomo. El Decreto objetado está en consonancia con la autonomía de la CCSS, puesto que deja en manos de esa entidad la elaboración de los protocolos correspondientes para la aplicación de la FIV, su estructuración, planificación y ejecución financiera. La implementación de la FIV, como un tratamiento médico para atender la infertilidad, no constituye la emisión de una política por parte del Poder Ejecutivo, sino el reconocimiento de los derechos que asisten a las personas que requieren de dicha técnica como parte del servicio de salud. El sistema de seguridad social a cargo de la CCSS se caracteriza por el principio de solidaridad social, que es su piedra angular. La esencia del principio de solidaridad social es generar un equilibrio en la sociedad, al asegurarse servicios no diferenciados de

salud, sin importar el importe de la contribución que haga cada individuo, tal y como lo ha establecido la Sala en sentencia número 2008-01573, de las 14:55 horas, del 30 de enero de 2008. El principio de solidaridad social deriva de los artículos 50, 73 y 74, de la Constitución Política, los cuales, a su vez, son reflejo de los principios que influyeron en el constituyente al sentar las bases del Estado social de derecho en Costa Rica. El empleo de los recursos de los seguros sociales debe regirse por el principio de solidaridad social. Es por eso que el Estado, por medio de la CCSS, tiene la obligación de atender a las personas con infertilidad que requieren de la FIV para mejorar las posibilidades de concretar un embarazo. Esta asistencia médica no implica la desviación de los fondos de la CCSS, como lo arguyen los accionantes, ya que la infertilidad es una enfermedad que debe ser atendida de la misma forma en que se atienden todas las patologías tratadas por esa autoridad. La Ley Constitutiva de la CCSS dispone la forma de administrar los fondos y las reservas del régimen de seguridad social provenientes de los capitales y rentas de esa institución. Los ordinales 33 y 34 de esa norma dan origen al fondo de repartos para la atención de los servicios de enfermedad que demande el régimen de seguridad social. En razón de lo anterior, los recursos financieros que se requieran para la práctica de la FIV provendrán de ese fondo. Los accionantes basan su legitimación y alegatos en el hecho de que la implementación de la FIV afecta los fondos de la CCSS y no protege a los costarricenses contra la invalidez, vejez y muerte. Sin embargo, la parte accionante confunde el régimen de reparto con el de capitalización -relativo a las pensiones-, cuando la técnica de reproducción asistida es una prestación correspondiente al fondo de reparto. Si el motivo de creación del régimen de seguridad social, inspirado en el principio de solidaridad, es la prestación de un servicio de salud pública eficiente y eficaz para los administrados, es contradictorio alegar que con la realización de la FIV se desvíen los recursos de la CCSS, pues por el contrario, se trata de la prestación de

un servicio médico intrínseco a dicho sistema. Adicionalmente, los accionantes cuestionan la puesta en práctica de este método de reproducción asistida al indicar que no remedia la incapacidad para engendrar. Este alegato resulta incomprensible, en el contexto del Estado social y democrático de derecho. La atención médica no puede reducirse a la curación del padecimiento, pues se limitaría el servicio de salud a aquellos métodos científicos que aseguren la solución certera de la enfermedad, lo cual es inviable en el estado actual de la ciencia. El derecho a la salud abarca el beneficio de recibir el servicio médico oportuno para tratar cualquier padecimiento. De lo contrario, se incurriría en una actuación discriminatoria, contraria a la dignidad humana. En el caso de la infertilidad, mediante la FIV no se busca restablecer el estado físico del paciente, sino contribuir a que logre el embarazo. Este argumento de los accionantes demuestra que la discusión que se genera alrededor de la FIV no está vinculada con la forma de regular la técnica -si debe darse por vía legal o reglamentaria- o con una genuina preocupación con la preservación de la autonomía de la CCSS, sino que se trata de una disconformidad de orden ideológico con el tratamiento. En palabras concretas, se evidencia una manifiesta oposición hacia la FIV, por estimarla contraria a sus principios y valores. La resistencia de los accionantes a la implementación de la FIV se asemeja a la oposición que en 1973, manifestó cierto sector durante la elaboración y discusión del Código de Familia, respecto de la técnica de inseminación artificial con semen de un tercero. De acuerdo con el artículo 72, de dicho Código, es posible efectuar inseminación heteróloga en caso necesario. No obstante, para el momento de la creación de dicha norma, este tipo de inseminación era poco aceptada, en especial para sectores conservadores, pero pese a tal oposición, la técnica fue admitida y se convirtió en un importante avance jurídico y una novedad médica. Estiman que es claro que, en determinado contexto social, la implementación de técnicas científicas avanzadas genera divergencias en

el colectivo, pero esto no puede traducirse en la prohibición para su realización, si el tratamiento -como es el caso de la FIV- contribuye a mejorar la calidad de vida de las personas, pues forma parte de su derecho a la salud. Al analizar con detalle el tema de la autonomía de la CCSS y el funcionamiento del sistema de seguridad social, se concluye fácilmente que el Decreto N° 39210-MP-S no quebranta la independencia administrativa y de gobierno de la CCSS, ni impone una nueva obligación a esa institución, ya que la FIV corresponde a un tratamiento más que debe contemplarse como parte del servicio de salud brindado por dicha entidad autónoma y su aplicación no representa una desviación de los recursos de la CCSS. Responde, además, a una orden expresa dictada por el máximo tribunal regional del continente americano en materia de derechos humanos. Con respecto a la acusada violación al derecho del niño de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, manifiestan que el Decreto impugnado establece que son destinatarios de la FIV la pareja, mayor de edad, en la cual alguno de ambos presente infertilidad. Así también, la mujer sin pareja, infértil y mayor de edad. De la lectura de ese mismo numeral, también se desprende que la persona solicitante de la FIV debe padecer de infertilidad comprobada y demostrar que agotó, sin éxito, los demás tratamientos médicos practicados en el país para la infertilidad. Las personas destinatarias de la FIV pueden acceder a la forma homóloga o bien a la heteróloga, según lo amerite cada caso. El Decreto número 39210-MP-S, en su ordinal 4°, regula el método homólogo para el supuesto de las parejas que no poseen problemas con la producción de células sexuales. En tanto, la forma heteróloga está destinada para la pareja en la cual no es viable aplicar la técnica homóloga y en el caso de la mujer sin pareja, pues ambas situaciones requieren de células germinales donadas para la realización de la FIV. No se puede reconocer únicamente la forma homóloga, o bien, solo permitir el acceso a la técnica por parte de la pareja y dejar de lado a la mujer sin pareja, ya que se estaría incurriendo

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

en un trato discriminatorio, rechazado por la Constitución Política y contrario a lo dispuesto por la Corte IDH en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica. La parte accionante estima que la forma heteróloga resulta contraria al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa interna -Constitución Política y Código de Familia-, pues en el artículo 4° del reglamento impugnado se establece que la donación de células sexuales no genera obligación filial y paternal, al igual que la inseminación artificial heteróloga, reconocida en el Código de Familia. No obstante, los accionantes se limitan a señalar la aparente violación, sin explicar las razones de su alegato. No tratan siquiera de demostrar cómo el Decreto objetado podría quebrantar la posibilidad de que se investigara la paternidad. La parte accionante confunde el vínculo biológico con el jurídico. La filiación no siempre se deriva de la relación biológica, pues mediante la adopción -figura jurídica- se genera el vínculo filial entre los padres y el hijo. Lo anterior, evidencia que la realidad biológica no necesariamente coincide siempre con la realidad jurídica. El reconocimiento de la filiación implica determinadas consecuencias jurídicas, un conjunto de derechos y deberes. Para que este vínculo de parentesco surja, es necesaria la determinación de la paternidad. En este sentido, el Decreto N° 30210-MP-S no limita la posibilidad de investigar el vínculo biológico, toda vez que el artículo 4°, de esa norma, dispone con claridad que la donación de las células germinales no implica la adquisición de obligaciones o derechos parentales, pero esto no impide que se esclarezca la relación biológica. Ciertamente, los ordinales 5° y 13 dan protección a la información que se genere en el tratamiento de la FIV, lo cual es lógico, pero esto no constituye un obstáculo que impida a la persona interesada, conocer acerca de la identidad del donador. Las reglas específicas en materia de paternidad y filiación están dadas por el Derecho de Familia. No le corresponde al Decreto impugnado regular tales aspectos, sino, únicamente, establecer que el donador no adquiere derechos ni deberes propios de

la paternidad, a efectos de estar en consonancia con lo que ya regula el artículo 72, del Código de Familia, y que guarda absoluta relación con las características de la donación de células germinales. La FIV heteróloga no es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño ni a la Constitución Política. El Decreto N° 39210-MP-S no modifica la normativa actual que rige esta materia. Queda claro que con el reglamento impugnado no se niega el derecho de la persona a investigar quiénes son los padres, no impide que el niño nacido sea registrado por sus padres biológicos o jurídicos, no incide sobre la protección que han de brindarle sus padres, ni limita la formación de su identidad. Por otra parte, en cuanto al tema de la donación de óvulos fecundados, estiman oportuno explicar el papel de esa figura en el proceso de la FIV. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 16, del Decreto N° 39210-MP-S, el desarrollo actual de esta técnica permite la transferencia de un óvulo fecundado por ciclo reproductivo y, solo en caso necesario bajo criterio médico respectivo, se transferirán dos óvulos fecundados. Para la óptima realización de este tratamiento, se establece el deber de fecundar el mínimo de óvulos necesario que permita la obtención de el o los óvulos fecundados por transferir a la cavidad uterina; así lo consigna el artículo cita. Con esta regulación se evita que la técnica no produzca cantidades excesivas de óvulos fecundados, sino los estrictamente pertinentes para la aplicación de la FIV. En caso extraordinario que quede algún óvulo fecundado sin transferir, este deberá ser preservado, según lo establecido en el numeral 17, del Decreto impugnado, para futuros ciclos reproductivos de la mujer o la pareja. Lo anterior constituye la segunda regla respecto los óvulos fecundados, para dar adecuado tratamiento a estos. Finalmente, de conformidad con el artículo 18 del reglamento objetado, si la pareja o mujer que preserve sus óvulos fecundados no pudiere o no quisiere realizar futuras transferencias, podría donar esos óvulos fertilizados a otras personas destinatarias de la FIV. De forma adicional, para blindar a la donación de

cualquier fin lucrativo, se dispone de un amplio régimen de prohibiciones respecto del óvulo fecundado -artículo 19-, entre las cuales se encuentra la negativa de comerciar con estos. Aunado a lo anterior, se halla la prohibición de desechar óvulos fecundados. Con la regulación expuesta, se observa que el Decreto cuestionado procura dar un resguardo adecuado a los óvulos fecundados, de manera que es improcedente alegar que, con esta regulación, el óvulo fecundado es tratado como una cosa. Además, este cuestionamiento planteado por los recurrentes se dirige a discutir el contenido de la sentencia de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica; incluso, una vez más, la parte recurrente hace mención a la sentencia de la Sala Constitucional N° 2000-2306, de las 15:21 horas del 15 de marzo de 2000, cuando la CIDH dirimió el conflicto derivado de dicho precedente constitucional. En definitiva, el Decreto número 39210-MP-S no modifica en nada la regulación vigente del Derecho de Familia respecto del tema de paternidad y filiación. Es evidente que compete a esta rama de la ciencia jurídica normar la materia filiar y de parentesco. Por ello, el Decreto impugnado no limita ni modifica tales derechos. Por lo demás, el reglamento accionado establece la regulación necesaria para dar trato apropiado a los óvulos fecundados y evitar así, acciones contrarias a derecho, como las que preocupan a los actores. Por otra parte, los accionantes alegan violado el principio de participación ciudadana, por cuanto no se consultó públicamente el Decreto N° 39210-MP-S, como -a su juicio- ordena el artículo 361, de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), ya que los actores estiman que la implementación de la FIV es un asunto de interés para toda la comunidad costarricense, toda vez que se destinarán fondos de la CCSS para la realización de dicha técnica. Además, alegan que están de por medio derechos fundamentales y por ello, debió someterse a consulta pública el referido Decreto. Sostienen los accionantes que no se respetó dicho trámite. De forma adicional, mencionan que no se acató el criterio emitido

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

por la CCSS en el proceso de consulta, pues el Poder Ejecutivo no tomó en consideración lo expuesto por esa institución y no motivó la separación de dicho criterio. Al respecto, el Presidente de la República y los Ministros de la Presidencia y de Salud estiman que, de la lectura del numeral 361 citado, se colige que es obligación del Poder Ejecutivo cumplir con el proceso de consulta consignado en los incisos 1 y 2, de ese artículo, a efectos de revestir de publicidad el procedimiento para su emisión. Contrario sensu, la audiencia contemplada en el inciso 3, del artículo mencionado, no es obligatoria. Queda a decisión del Poder Ejecutivo si confiere la audiencia pública en cada procedimiento, lo cual constituye una potestad discrecional, en la que serán valorados aspectos de orden político. Con absoluto apego al artículo 361.1 de la Ley General de la Administración Pública, el Poder Ejecutivo, mediante los oficios número DP-P-066-2015 y DP-P-065-2015, ambos del 3 de setiembre de 2015, sometió a conocimiento de la CCSS y del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, el proyecto del decreto para la autorización de realización de la FIV y la transferencia embrionaria. Para atender la audiencia, se confirió un plazo de cinco días hábiles. Ambas autoridades consultadas están directamente vinculadas con la implementación de la FIV y son contempladas de forma expresa en el Decreto accionado. Además, no cabe duda que ambas entidades forman parte de la Administración descentralizada. La CCSS es una institución autónoma de creación constitucional, mientras que el Colegio de Médicos y Cirujanos responde a una naturaleza descentralizada y de carácter corporativo profesional, siendo una figura que se rige por el derecho público. En este caso particular, no resultaba procedente la consulta indicada en el inciso 2, del artículo en mención, pues la implementación de la FIV no conlleva afectación directa a entidades representativas de carácter general o corporativo. La realización de un servicio prestacional no está relacionado con los intereses de grupos particulares. En igual sentido, tal y como se dijo, la audiencia pública no es

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

obligatoria, como lo plantean los accionantes, sino que está sujeta a la decisión discrecional del Poder Ejecutivo. Aun cuando los accionantes consideran que se omitió efectuar esta audiencia por estar relacionado el tema de la FIV con el ejercicio de derechos fundamentales, lo cierto es que los derechos de las minorías no pueden someterse al criterio de las mayorías, ya que se podría incurrir en una situación discriminatoria, según lo expuso la Sala Constitucional en Sentencia N° 2010-13313 de las 16:31 horas del 10 de agosto de 2010. Las actuaciones desplegadas por el Poder Ejecutivo, en este caso, son acordes con lo que disponen los artículos 9, Constitucional y 361, de la Ley General de la Administración Pública, pues es claro que para la emisión del Decreto N° 39210-MP-S se siguieron los trámites exigidos por el ordenamiento, y que tutelan la publicidad en el proceso de aprobación de los actos generales. Se llevaron a cabo las consultas exigidas, como requisito formal, para contar con la opinión de las autoridades consultadas respecto de la implementación de la FIV. Además, el término otorgado fue fijado por el Poder Ejecutivo, ya que el artículo 361.1, de la LGAP no establece un plazo determinado. En ese sentido, se debe tener presente el pronunciamiento dado por la Procuraduría General de la República en el dictamen número C-077-2015 del 13 de abril de 2015. Por otra parte, los actores reclaman violación al debido proceso, ya que, de acuerdo a su consideración, el Poder Ejecutivo se separó del criterio dado por la CCSS, sin la debida motivación. Al respecto, afirman que no es factible invocar violación al debido proceso en la emisión de una disposición de carácter general, toda vez que, según ha determinado la Sala Constitucional en sentencia número 2011-3346 de las 09:13 horas del 18 de marzo de 2011, ello no constituye violación del derecho constitucional de defensa consagrado en el artículo 39, de la Constitución Política, ya que lo que dicha disposición constitucional tutela es el derecho de defensa en procesos o procedimientos cuya finalidad es imponer una sanción de carácter penal

o administrativo, o denegar, suprimir o limitar derechos subjetivos, o causar otro agravio directo en los derechos o intereses legítimos de los particulares, en tanto la promulgación de disposiciones de carácter general por parte del Poder Ejecutivo, no es un proceso tendente a imponer sanción alguna, sino que su propósito es establecer regulaciones que serán de aplicación general para los administrados. El objeto de la consulta efectuada a las autoridades descentralizadas, es poner en su conocimiento la actuación que pretende emitir el Poder Ejecutivo y que les atañe directamente, de modo que se pueda recibir la posición oficial de la institución. Es claro, que no se trata de un criterio técnico o dictamen vinculante que someta al Poder Ejecutivo para su acatamiento o, siquiera, uno que obligue a motivar la decisión contraria a este. Los informes rendidos, tanto por la CCSS como por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, si bien tienen una base técnica, son -en esencia- reflejo de la posición institucional de las organizaciones en cuestión. Reflejan su criterio político acerca de un proyecto de reglamento que les atañe. Es una opinión que puede ser de gran ayuda en la toma de la decisión del Poder Ejecutivo, pero no más que eso. Por consiguiente, se denota que, de previo a emitir el Decreto número 39210-MP- S, el Poder Ejecutivo atendió el proceso de consultas establecido por ley; concedió el plazo necesario para que las autoridades descentralizadas estudiaran el proyecto de reglamento y, una vez recibidos los informes, estos fueron analizados y se tomaron en consideración las recomendaciones oportunas para mejorar la regulación propuesta. Evidentemente, el procedimiento seguido para la aprobación del decreto impugnado es plenamente acorde con lo exigido por el ordenamiento. Por otra parte, los accionantes aducen que la sentencia de la Sala Constitucional, número 2000-02306 de las 15:21 horas del 15 de marzo de 2000, da una más adecuada interpretación al artículo 4.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que la dada por la Corte IDH, pues a diferencia de la sentencia emitida en el caso Artavia Murillo y otros vs.

Costa Rica, estiman que se da mayor protección al embrión. En efecto, consideran que al interpretar el artículo 4.1 referido, la Corte IDH no se apegó a las reglas hermenéuticas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, afirman que se irrespetó dicha Convención. Para sustentar su criterio con respecto a la protección que debe darse a la vida, la parte actora cita el voto disidente del juez interamericano Eduardo Vio Grossi. En cuanto a este extremo de la acción de inconstitucionalidad, es notorio que el alegato de la parte accionante no guarda relación con el Decreto número 39210-MP-S y una eventual irregularidad por parte de este, sino que tal exposición está vinculada con la disconformidad que los actores demuestran hacia la sentencia de la CIDH del 28 de noviembre de 2012, particularmente respecto de la interpretación que el alto tribunal continental da al derecho a la vida. Resulta innecesario subrayar, que no es factible cuestionar el contenido de la decisión de esa autoridad regional, pues el fallo de la Corte IDH es definitivo e inapelable, así como de acatamiento obligatorio, de acuerdo con los artículos 67 y 68, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Junto con el ordinal 7, Constitucional, la Sala ha desarrollado una sólida doctrina jurisprudencial acerca de la primacía de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Mediante diversos fallos, el Tribunal Constitucional ha concedido un valor normativo privilegiado a los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico costarricense. Por más de veinte años, la Sala ha sostenido que si tales instrumentos contemplan un reconocimiento mayor que el dado por la Carta Fundamental, estos prevalecen incluso sobre la Constitución Política (entre muchas otras, las sentencias número 1992-03435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992 y 2010-13313 de las 16:31 horas del 10 de agosto de 2010). En virtud del valor normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado tiene el deber de velar por el respeto de los derechos reconocidos en ese tratado y

adoptar las medidas internas para el pleno goce de tales derechos. Sin embargo, la Corte IDH, en la sentencia del 28 de noviembre de 2012, determinó que Costa Rica estaba desacatando dicha obligación y emitió las órdenes respectivas para reparar ese estado de desatención. Acatar la disposición de la CIDH implica obedecer las obligaciones contraídas con la suscripción y aprobación de la Convención Americana, específicamente los artículos 1, 2, 63.1, 67 y 68, de ese tratado regional. Por ello, es deber ineludible acatar el fallo de la Corte IDH. Las órdenes emitidas por la CIDH se derivan de la violación de una obligación internacional, lo que hace necesario enmendarla adecuadamente, así como reparar los daños ocasionados. La reparación aspira a la restitución plena -*restitutio in integrum*-, es decir, a restablecer la situación anterior a la comisión del acto que transgrede la norma convencional. Si ello no fuera factible, se deben adoptar medidas para garantizar que la violación no se repita en el futuro en perjuicio de las mismas u otras víctimas. Es por ello, que la finalidad del Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S, es eliminar cualquier barrera que imposibilite la realización de esta técnica en Costa Rica y, así, procurar restablecer el pleno disfrute de los derechos de los habitantes que requieran de ese tratamiento, a causa de su infertilidad. El Estado de Costa Rica tiene el deber de atender la orden de la CIDH, ya que, como parte de la Comunidad Internacional, es obligado por el principio de *pacta sunt servanda*, que obliga al país a acatar de buena fe las obligaciones convencionales suscritas en el ámbito internacional. Incluso, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 27 que "*... Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*" De modo, que el Estado de Costa Rica está en la obligación de acatar el fallo de la Corte IDH, sin cuestionar su contenido y disposición, ya que la fuerza vinculante de esta sentencia es inherente a la lógica misma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a la naturaleza

jurisdiccional de la Corte y a la admisión expresa de los Estados al reconocer la competencia de esa autoridad regional. Paralelo al deber de obediencia de la sentencia, se halla la eficacia que esta tiene frente a las autoridades internas del Estado obligado. Cuando un fallo con carácter de cosa juzgada es dictado contra el Estado parte de un proceso contencioso internacional, sus autoridades internas están sometidas al contenido de esa sentencia y están en la obligación de velar por la ejecución de tal fallo, y así garantizar el respeto de la Convención Americana. Ese deber recae de forma especial en las autoridades judiciales nacionales, de conformidad con lo dicho en resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la CIDH, en el caso *Gelman vs Uruguay* del 20 de marzo de 2013. Los tribunales nacionales están llamados a ejercer, de manera difusa, el control de convencionalidad. Mediante ese mecanismo, los órganos nacionales, deben hacer valer los derechos humanos, ante el supuesto de normativa interna de un Estado que se oponga a las disposiciones internacionales. La relevancia de este control fue destacada en el voto salvado de los magistrados Jinesta Lobo y Rueda Leal de la sentencia número 2013-13808 de las 16:11 horas del 16 de octubre de 2013. Las autoridades jurisdiccionales nacionales, a partir de los deberes de respeto y de adopción de las medidas internas, así como de la regla de agotamiento previo de los recursos internos, son actores primarios del Sistema Interamericano. Les corresponde realizar el control de convencionalidad difuso al resolver los conflictos de su competencia y, así, aplicar de primera mano el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, los tribunales locales están sujetos a las sentencias que les vinculan directamente como Estado parte de un proceso, por lo que les corresponde acatarlas y hacerlas cumplir. Cuando se trata de un fallo con incidencia directa, la recepción de este no se limita al diálogo vertical, como un instrumento optativo para el acogimiento de los derechos humanos. Por el contrario, la recepción interna (los puentes de comunicación entre

los órdenes nacionales e internacionales) es indispensable para lograr el máximo desarrollo sin conflictos evitables, en el régimen total de protección de los derechos humanos; si se llega a obviar esta recepción, el sistema interamericano se tornaría frágil e insuficiente. En el caso concreto, ese puente de comunicación entre la Sala Constitucional y la Corte IDH es necesario para alcanzar la verdadera recepción del fallo supra citado. Parte del deber de acatamiento está en respetar los procesos competencia de la autoridad regional, con la finalidad de dar aplicación inmediata a la resolución respectiva. En ese sentido, actualmente se desarrolla en la Corte IDH la etapa de supervisión del cumplimiento de la sentencia del 28 de noviembre de 2013, mediante el cual, la CIDH determinará si el Estado de Costa Rica ha obedecido las órdenes dictadas. En este proceso, la Corte se encuentra estudiando el Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S, a efectos de decidir si este puede ser considerado como una acción válida de acatamiento. Por ello, debido a que la competencia de la Corte IDH está activa en este caso y se está a la espera de la decisión correspondiente, lo procedente es suspender cualquier proceso judicial nacional cuyo resultado pueda entorpecer el efectivo cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH, hasta tanto la autoridad regional no resuelva el proceso de supervisión, tal como lo manifestaron en voto de minoría la Magistrada Hernández López y los Magistrados Armijo Sancho y Jinesta Lobo en la sentencia 2015-15725 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 2015, que admitió la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto número 39210-MP-S. En conclusión, como bien lo plantea el Juez de la Corte IDH, Diego García-Sayán, "*...la operatividad y eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos está condicionada a que los Estados adopten las medidas necesarias para cumplir y hacer cumplir los derechos protegidos, para ello, los tribunales nacionales tiene un papel protagónico.*" (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano/2008, página 397). La actuación de la Sala Constitucional resulta

vital para la recepción y cumplimiento de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, con la finalidad de restituir el pleno goce de los derechos humanos de las víctimas de ese proceso y hacer valer la preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, vulnerado por las acciones realizadas en el pasado por el Estado de Costa Rica. En síntesis, concluyen que el Decreto Ejecutivo número 39210- MP-S es perfectamente acorde con los principios de reserva de ley, legalidad, separación de poderes y la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social. Asimismo, con esta norma se respetan los derechos y principios consagrados en los artículos 9, 21, 53, 73 y 74, de la Constitución Política. Finalmente, es posible afirmar que dicho Decreto es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y atiende de forma particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sentencia de la Corte IDH del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012, de la cual constituye un acto claro para su cumplimiento. Solicitan se rechace de plano la acción o, en su caso, se declare sin lugar.

7.- En escrito presentado a las 13:29 horas, del 05 de noviembre de 2015, la Presidente Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) rindió el informe de ley, en el que manifestó que para la aplicación de la técnica de fertilización in vitro (FIV), se requiere de una debida regulación desde el punto de vista técnico-médico y jurídico, la cual habría de darse por medio de ley, dados los derechos fundamentales y humanos comprometidos, en la que se considere una adecuada relación de coordinación entre la Caja y el Poder Ejecutivo, en lo tocante a los aspectos relativos a las obligaciones y deberes de esta Institución; además, de la necesaria corrección y ajuste de los conceptos técnico-médicos utilizados, así como una garantía de los recursos financieros requeridos. Todo ello, según lo acordado por la Junta Directiva de la CCSS en el artículo 3º, de la Sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015. Indica que, con fundamento en normativa y

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

jurisprudencia analizada por la asesoría jurídica institucional, dadas las implicaciones que en materia de derechos humanos conlleva la implementación de la técnica FIV, la CCSS ha considerado que existe una imposibilidad legal y constitucional de realizar ese procedimiento, en tanto no exista una ley -formal y material- que lo regule, por estar de por medio -para su implementación- derechos tales como el derecho a la vida del embrión, a la salud de las parejas, del embrión y del niño nacido, el derecho a la filiación del niño, entre otros. De modo que, el decreto ejecutivo impugnado violenta el principio de reserva de ley, al pretender el decreto regular la técnica de Fertilización in Vitro, obviando lo dispuesto en los artículos 9 y 124, Constitucionales, en cuanto a que, en materia de reserva de ley, únicamente el Poder Legislativo se encuentra facultado para regular una materia específica. Así, la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo, para este tipo de asuntos, vendría a constituirse en el tanto lo sea para completar una norma, dentro del marco que la ley establezca. Ello resulta esencial para proceder dentro de un escenario de seguridad jurídica y protección a los derechos humanos y fundamentales de las personas, que el país ha aceptado respetar y proteger. Sobre este tema, en materia constitucional se han establecido distintos precedentes, que permiten entender mejor lo referido. Al efecto, pueden verse las sentencias dictadas por la Sala Constitucional N° 1190-90, N° 1876-90, N° 03987-92 y N° 1084-93, entre otras. En consecuencia, al amparo de las implicaciones que en materia de derechos humanos conlleva dicho procedimiento, hasta que no exista ley que regule la misma, el criterio externado por la Institución, conforme fue acordado por su Junta Directiva, es que resulta constitucionalmente improcedente la regulación de la técnica FIV mediante un decreto ejecutivo. Aunado a ello, el decreto que se ha emitido contiene aspectos que deben ser corregidos y ajustados, según fue advertido -incluso previo a su emisión- por las instancias técnicas de la CCSS, y así comunicado por la Junta Directiva, conforme lo acordado en la sesión

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

CCSS, y así comunicado por la Junta Directiva, conforme lo acordado en la sesión

del 9 de septiembre de 2015. Una de las razones por las cuales la instancia técnico-jurídica institucional recomendó a la Administración manifestar su total rechazo al proyecto aquí conocido, fue porque se violenta también la autonomía que goza la Caja en materia de seguridad social, la cual es establecida constitucionalmente, según se expuso en el dictamen N° DJ 5407-2015. Así, desde antes de su promulgación, se consideró que, el ahora decreto impugnado, genera roces constitucionales en contra de los numerales 73 y 188, de ese cuerpo normativo, en virtud de una vulneración de la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social. La autonomía de gobierno y administración de la Caja Costarricense de Seguro Social forma parte del Derecho de la Constitución, cuya supremacía material y formal vincula a toda autoridad pública, la cual fue definida por el Constituyente en el artículo 73, de la Constitución Política. En virtud de esa autonomía, ningún órgano o ente externo puede intervenir en la esfera dejada por el constituyente a favor de la Caja, lo que significa que solo esta puede regular lo relativo a la administración y el gobierno de los seguros sociales que le corresponden. Ello, al contar con un grado de autonomía diferente y superior al establecido en el artículo 188, de la misma Constitución Política, según lo ha reconocido este Tribunal Constitucional. Al respecto, con fundamento en la normativa y jurisprudencia allí citada, el criterio jurídico institucional indicó que: *"(...) vía reglamento no puede imponer obligaciones económicas a la Caja, toda vez que se esta violentando la autonomía institucional. Sobre este punto, se destaca que constitucionalmente se ha señalado que esa autonomía no puede ser vulnerada ni siquiera por ley, esto porque la Caja goza de un grado autonomía superior en la administración y gobierno de los seguros sociales, la cual no pueden ser modificada por el legislador ordinario."* Al efecto, la Junta Directiva Institucional fue clara al referirse a estos extremos, ante la audiencia concedida por el Poder Ejecutivo, reseñando gran cantidad de jurisprudencia y criterios jurídicos

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

en la materia, conforme se consignó en el artículo 3°, de la sesión N° 8799, del 9 de septiembre de 2015. Resultan claras y evidentes las incongruencias contenidas en el decreto de comentario, dado que en el artículo 14, del mismo se establecen responsabilidades para su representada, contrarias a los artículos 73 y 188, Constitucionales. En consecuencia, tal autonomía constituye un límite para el propio legislador y toda autoridad administrativa, por lo que no es lo propio que, por la vía de un decreto ejecutivo, se le impongan obligaciones económicas a la Institución, o se regule la forma en que la CCSS deba estructurar la prestación de un servicio de salud, en este caso, los beneficiarios y las condiciones en que debe brindar la reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, con lo cual se violenta la autonomía consagrada por la Constitución Política y la normativa particular de aseguramiento y prestación de servicios de salud que regula a la Institución. Con respecto a la violación de la Convención de los Derechos del Niño y al derecho interno relativo a la paternidad y filiación, así como la violación al derecho a la vida y a la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (artículos 21, 51, 52 y 53, Constitucionales), indica que el espíritu de esas normas es que todo niño tiene derecho a nacer en el seno de una familia, a conocer a ambos padres y a ser cuidado por ellos. Desde esa perspectiva, la Dirección Jurídica de la CCSS, al presentar la posición institucional ante la Junta Directiva, emitió serios cuestionamientos al entonces proyecto y ahora decreto impugnado. El análisis jurídico institucional llamó la atención a la Junta Directiva acerca de parámetros de filiación estipulados en convenciones internacionales y en legislación de familia, los cuales no pueden ser modificados por una norma de rango inferior, así como advirtió acerca de la omisión del ahora Decreto Ejecutivo de resolver el tema de los derechos del hijo que eventualmente quisieran conocer la identidad del donante. Aunado a ello, las instancias técnicas institucionales, efectivamente, hicieron cuestionamientos de la normativa propuesta, de frente al

principio de interés superior del menor, su derecho a filiación, a información, a la identidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la imagen, a la vida en familia, su derecho al contacto con el círculo familiar y a la prestación alimentaria, el respeto al derecho a la vida y la preponderancia en la protección de la dignidad humana, entre otros. Los planteamientos analizados y expuestos por las dependencias técnicas de la CCSS, el Decreto Ejecutivo N° 32910-MP-S, denominado "Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria", adolece defectos relevantes, entre los que se pueden sintetizar los siguientes: **a)** No se regula el tiempo durante el cual pueden congelarse los embriones y las condiciones legales bajo las cuales pueden ser reclamados, mientras estén congelados; **b)** No se norma la donación, principalmente en temas relevantes relativos al banco de donantes, los derechos y obligaciones del donante y del receptor o los receptores, el alcance de los derechos de los niños que nacen bajo esa técnica de conocer a sus padres, en caso de que haya sido producto de una donación de semen, evaluación previa del estado de salud del donante o la necesidad de que se deba informar sobre posibles enfermedades hereditarias o enfermedades congénitas; **c)** No hace referencia a las normas del Código Civil, de Familia y Penal, que van a ser modificadas o derogadas, en aspectos referentes a paternidad, filiación, patrimonio, régimen sancionatorio, etc.; **d)** No se establece el procedimiento para el otorgamiento de certificados de funcionamiento de los laboratorios FIV, ni las condiciones para otorgarlos, tampoco hace referencia a las sanciones administrativas en caso de incumplimientos; **e)** No regula el tema de responsabilidades de los profesionales que, en el ámbito privado, apliquen la técnica FIV; **f)** No se explica ni se detalla técnicamente en qué consiste el procedimiento de la técnica FIV; **g)** No se regula cuál es el tratamiento que se le dará en el evento de que se generen embriones sobrantes; **h)** En el caso de la inclusión de la Caja como obligada en la prestación

de esa técnica, no se regula la fuente presupuestaria para ello; **i)** No se desprende del Decreto qué bien o bienes jurídicos se pretenden tutelar, que permita su ponderación respecto de aquellos que se podrían afectar; **j)** No se mencionan los requisitos académicos y profesionales del equipo médico que podría aplicar la técnica; y **k)** No cuenta con un glosario que oriente y evite vicios de interpretación, en un ámbito de aplicación tan delicado como lo es las técnicas de fecundación asistida en seres humanos. En suma, conforme a todo lo expuesto, las instancias técnicas de la CCSS -desde antes de la promulgación del Decreto Ejecutivo en comentario- han advertido que la autorización de esta técnica no podía dejar de lado la regulación aspectos que pueden alterar, afectar, modificar, variar o violentar elementos esenciales de la vida, de procreación, de filiación, sancionatorios, etc. De ahí que, la Junta Directiva de la CCSS, en el artículo 3°, de la Sesión N° 8799, del 9 de setiembre del año 2015, abogó por una normativa adecuada, por medio de una ley -formal y material- que abarque los elementos mencionados. En cuanto a la acusada violación al principio de participación ciudadana y falta de fundamentación, debido proceso y derecho de defensa, señala que la Dirección Jurídica de la CCSS y la Comisión Institucional Atención a la Pareja Infértil FIV, ambas dependencias técnicas encargadas de emitir criterio respecto del entonces proyecto y, ahora, Decreto Ejecutivo, fueron contestes al advertir una serie de aspectos que debían solventarse, de previo a la autorización de la realización de la técnica reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria. Así, en el artículo 3°, de la mencionada Sesión N° 8799, la Junta Directiva de la CCSS acordó, entre otras cosas, que "*(...) desde el punto de vista jurídico, la regulación dada la materia que se trata, así como los derechos fundamentales y humanos comprometidos, entendemos que es materia reservada a la ley y no vía decreto. (...) // (...) // (...) se indica que desde el punto de vista técnico-médico, conforme al criterio técnico que fue rendido a este órgano colegiado, el Decreto*

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

propuesto contiene conceptos que deberán ser corregidos o ajustados (...)."La implementación de esta técnica impone la necesaria regulación de los derechos fundamentales de la mujer y del embrión -ambos en su condición de minorías y poblaciones vulnerables- expuestos al procedimiento médico de comentario, aunado a que su aplicación en la CCSS concierne a los derechos difusos de la colectividad, respecto de los fondos y la prestación de servicios de salud que brinda la Caja, en el marco de las normas que regulan la seguridad social costarricense. Con lo que se evidencia, que la regulación de la materia, a fin de cuentas, es un tema que concierne a todos los ciudadanos, dado los intereses públicos involucrados. De tal manera que, la promulgación de cualquier decreto ejecutivo requiere de un procedimiento conforme con el ordenamiento jurídico patrio, con suficiente acceso a la información y derecho a audiencia, en la forma y la medida en que la naturaleza de las circunstancias lo requiera, según se desprende de la relación derivada de los artículos 9, 11, 27, 30 y 140, inciso 3), de la Constitución Política. De esta forma, desde un punto de vista meramente jurídico, efectivamente, se coligieron algunas inconformidades en el procedimiento mediante el cual se aprobó el Decreto Ejecutivo que nos ocupa. Atendiendo a lo dispuesto por el canon 28, párrafo 2, inciso b), de la Ley General de la Administración Pública, se tiene que: *"(...) 2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros: (...) b) Preparar y presentar al Presidente de la República los proyectos de ley, decretos, acuerdos, resoluciones, órdenes y demás actos que deban suscribir conjuntamente relativos a las cuestiones atribuidas a su Ministerio; (...)* Sin embargo, fue un hecho público y notorio los cuestionamientos que circularon en los medios de prensa nacional sobre el particular. Así, la realización de un debido proceso para la promulgación de un Decreto Ejecutivo, que reviste particular interés público e involucra intereses difusos y colectivos de los usuarios de la seguridad social, precisa mantener conformidad con el principio de

participación ciudadana, el derecho de representatividad, seguridad jurídica y respeto a las minorías, contenidos en nuestra Constitución Política y diversos instrumentos internacionales, tal cual lo ha señalado esa Sala Constitucional, en sentencia número 9361-05, de las 14:45 horas del 13 de julio de 2005. Con respecto a las audiencias conferidas, destaca que la CCSS procedió a darle debida atención en el plazo solicitado; empero, ciertamente el canon artículo 361, de la Ley General de la Administración Pública dispone que habrá de concederse a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, afectados por la disposición, la oportunidad de exponer su parecer, mediante una audiencia por un plazo de diez días. En ese tanto, las instancias técnicas de la CCSS recomendaron que se debía involucrar a otros colegios profesionales, entre ellos al Colegio de Microbiólogos y Químicos Clínicos de Costa Rica, entre otros, según el criterio técnico-médico vertido por las Doctoras Fiorella Bagnarello González, Yanín Bonilla Bagnarello, Carla Guillén Brenes y Daniela Zamora Portuquez, integrantes de la Comisión Institucional Atención a la Pareja Infértil FIV. Solicita se declare con lugar la acción.

8.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo, del artículo 81, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fueron publicados en los números 211, 212 y 213, del Boletín Judicial, de los días 30 de octubre, 02 y 03 de noviembre, todos del 2015, respectivamente.

9.- YALENA DE LA CRUZ FIGUEROA, cédula de identidad N° 1-691-932; ALBERTO CABEZAS VILLALOBOS, cédula de identidad N° 1-1063-064; BORIS MOLINA ACEVEDO, cédula de identidad N° 1-696-764; ANA MARCIA AGUILUZ SOTO, Directora del Programa para Centroamérica y México CEJIL; ALEJANDRA MORA MORA, Presidenta Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres; MONTSERRAT SOLANO CARBONI, Defensora de los Habitantes de la República; y ALEXIS CASTILLO GUTIÉRREZ, apoderado general del

Colegio de Médicos y Cirujanos, presentaron escritos en los que solicitaron ser tenidos como coadyuvantes en esta acción.

10.- Por resolución de Presidencia de las 10:06 del 25 de noviembre de 2015, se tuvo como coadyuvantes en esta acción a YALENA DE LA CRUZ FIGUEROA, cédula de identidad N° 1-691-932; ALBERTO CABEZAS VILLALOBOS, cédula de identidad N° 1-1063-064; BORIS MOLINA ACEVEDO, cédula de identidad No. 1-696-764; ANA MARCIA AGUILUZ SOTO, Directora del Programa para Centroamérica y México CEJIL; ALEJANDRA MORA MORA, Presidenta Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres; MONTSERRAT SOLANO CARBONI, Defensora de los Habitantes de la República; y ALEXIS CASTILLO GUTIÉRREZ, apoderado general del Colegio de Médicos y Cirujanos. Asimismo, se tuvieron por contestadas las audiencias conferidas, en resolución de las 9:27 horas del 9 de octubre de 2015, a la Procuradora General de la República, al Ministro de la Presidencia, al Ministro de Salud y a la Presidenta Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. Además, por estar listos los autos, se turnó la acción al Magistrado Luis Fernando Salazar Alvarado, a quien por turno correspondió.

11.- Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 ibídem, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional.

12.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Salazar Alvarado**; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. Los accionantes aducen que están legitimados para promover esta acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo, del artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional, dada la existencia de intereses difusos por la eventual afectación de los fondos públicos de la Caja Costarricense de Seguro Social y de los intereses de los contribuyentes de la seguridad social, así como por el respeto a la vida. La Sala, por mayoría, en Voto N° 2015-15725, de las 11:20 horas, del 07 de octubre de 2015, ordenó dar curso a la acción y consideró que, efectivamente, los accionantes se encuentran legitimados para plantear esta acción, toda vez que en este caso están involucrados intereses difusos ante la posible afectación de los fondos públicos de la Caja Costarricense de Seguro Social, los intereses de los contribuyentes de la seguridad social y el respeto a la vida. De igual manera, en la resolución de Presidencia, de las 09:27 horas, del 09 de octubre de 2015, en la que se dio curso a la acción, se consideró que los accionantes están legitimados para la promoción de esta acción, dado que se trata de la tutela de intereses difusos. De modo que, la acción es admisible en los términos preceptuados en el párrafo segundo, del artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

II.- Objeto de la impugnación. De previo a conocer el fondo del asunto, la Sala aclara que el tema de la compatibilidad material del procedimiento de fecundación in vitro, con el derecho a la vida, fue conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 28 de noviembre de 2012 (*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*). En dicha ocasión, la Corte *Interamericana* interpretó la Convención Americana en el sentido de que la *Fecundación in Vitro* no lesionaba el derecho a la vida, contenido en el artículo 4, de dicho instrumento y que el Estado costarricense se encontraba en el deber de regularla, para posibilitar su práctica en el territorio nacional. La Sala *Constitucional* reconoce que las resoluciones de la Corte Interamericana carecen de apelación, que la sentencia supra citada ha adquirido firmeza y debe ser considerada cosa juzgada internacional. Así, el respeto a lo decidido por la Corte *Interamericana* en dicha sentencia, inhibe a la Sala de hacer un pronunciamiento sobre el objeto tratado en

ella (en lo que existiría identidad de objeto, según las reglas que rigen la cosa juzgada). Sin embargo, este Tribunal **Constitucional** se encuentra en la obligación de resolver aquellos asuntos que no fueron objeto en la sentencia *Artavia Murillo vs Costa Rica* -sobre los que no existe cosa juzgada internacional-, toda vez que persiste su deber de ejercer el control de constitucionalidad, según lo regulado en el numeral 10, de la Constitución Política. En ese tanto, el objeto de este proceso será limitado a la luz de la existencia de una sentencia internacional con carácter de cosa juzgada, según se expresa a continuación. Ahora bien, los accionantes consideran inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”, del 10 de setiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 178 del 11 de octubre de 2015, por considerarlo contrario al principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, al de autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social, al de inviolabilidad de la vida humana, al de separación de Poderes, al derecho a la participación ciudadana, los numerales 53 y 74, Constitucionales; así como el preámbulo y los artículos 3 y 6, de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 5.1 y 6.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1, 4, inciso 1) y 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 9, del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos, los artículos 31 y 32, de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados. En términos generales, los alegatos de inconstitucionalidad que presentan los accionantes se pueden agrupar entonces en dos clases; a saber, una que atañe a cuestiones de forma esenciales, relativas a la idoneidad formal del instrumento jurídico utilizado para regular la denominada técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

embrionaria; y, otra a cuestiones de fondo relativas a la vulneración de principios y normas sustantivas, tanto de la Constitución Política, como de diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Con base en lo expuesto al inicio de este considerando, el análisis de la conformidad del Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, cuestionado con el Derecho de la Constitución, se hará en relación con el primer grupo de reparos de constitucionalidad, toda vez que, como ya se indicó, el respeto a lo decidido por la Corte [Interamericana](#) en dicha sentencia inhibe a la Sala de hacer un pronunciamiento sobre el segundo grupo de reclamos, lo que no obsta que la Sala [Constitucional](#) entre a resolver, como es su obligación constitucional, aquellos asuntos que no fueron objeto en la sentencia de la Corte [Interamericana](#).

III.- Sobre el fondo. Constitucionalidad del instrumento jurídico utilizado para regular lo relativo a la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria a la luz del principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales. Es criterio reiterado, que todo lo relativo al régimen de regulación y afectación de derechos fundamentales, es materia reservada al legislador ordinario. Este principio, se extrae del artículo 28, de la Constitución Política y está contenido en los artículos 30, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 29, párrafo segundo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En nuestro ordenamiento infraconstitucional, ese principio es desarrollado por el artículo 19, de la Ley General de la Administración Pública. Entre las partes, no existe divergencia alguna en cuanto a la vigencia y aplicación de este principio, sino que, la discrepancia se da en torno a si el Decreto Ejecutivo N° 39120-MP-S, Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, del 10 de setiembre de 2015, viola ese principio constitucional -como lo afirman los accionantes- o si, por el contrario, en ese

decreto no se afecta el régimen de los derechos fundamentales -tal es la posición de la Presidencia de la República- y, por ende, no se viola ni el principio de reserva de ley, ni el de separación de poderes, que le sirve de sustento. Es, entonces, una discrepancia en la interpretación de esa normativa, no en cuanto a la vigencia del principio citado. En definitiva, se trata de esclarecer si el decreto en cuestión restringe o limita, de algún modo, los derechos y libertades fundamentales; o, simplemente, los regula, sin afectar, esos derechos. En criterio de la Presidencia de la República, no solo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, determinó, de manera contundente, que la técnica de reproducción asistida FIV no vulnera el derecho a la vida, sino que el decreto impugnado no limita derecho fundamental alguno, ya que su finalidad es levantar la prohibición, considerada inconvencional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a fin de garantizar el pleno goce de los derechos humanos de los habitantes, derechos que, por ser inherentes al ser humano, no ameritan reconocimiento previo. De modo que, en tesis del Poder Ejecutivo, se trataría de una mera regulación de derechos fundamentales, sin afectación, extensión, restricción o limitación alguna, que, al contrario de lo que afirman los accionantes, no solo no viola el derecho a la vida, sino que permite el goce de los derechos humanos sexuales y reproductivos, reconocidos en los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el derecho interno. En este caso, habría un uso legítimo de la competencia reglamentaria que, por ley, le corresponde al Poder Ejecutivo, ya que dicho decreto estaría limitado a la regulación de un servicio de salud, sin apropiarse de competencias ajenas o propias del Poder Legislativo. En concreto, el Poder Ejecutivo, artífice del decreto ahora cuestionado de inconstitucional, estima que ese reglamento no incide **negativamente en la esfera jurídica de las personas**, no irrumpe los espacios del orden público, la moral o los derechos de terceros, tampoco contiene limitaciones a

los derechos humanos, ya que no contempla restricción alguna que sea susceptible de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Más bien, se trata de un instrumento jurídico derivado directamente de las normas constitucionales y convencionales, basado en la ley; además, al no existir una ley especial que regula la FIV, es un reglamento autónomo, emitido por el Poder Ejecutivo para regular un servicio de salud, donde no hay precepto legal aplicable. Así, la potestad reglamentaria que asiste al Poder Ejecutivo se habría ejercido con el fin de cumplir con la necesidad de acatar la orden dictada por la CIDH. Sin embargo, la Sala no comparte esta posición. En efecto, en múltiples ocasiones, este Tribunal Constitucional, ha establecido que cuando una regulación involucra aspectos relativos a la vida, dignidad y salud de los seres humanos, ello únicamente puede hacerse por medio de ley formal, según lo regulado en el Derecho de la Constitución. En el sub examine, tales materias están claramente comprometidas en el decreto cuestionado, pues se regulan aspectos relacionados con la dignidad del embrión -Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos-, así como el derecho a la vida y la salud de la mujer y sus embriones en los términos fijados por la CIDH. Al respecto, en Sentencia N° 2010-001668 de las 15:12 horas, del 27 de enero de 2010, esta Sala expresó:

“...respecto de la regulación de derechos o libertades fundamentales, es claro que ello es tarea reservada al legislador, básicamente porque el Parlamento es el órgano estatal pluralista y democrático por excelencia que sigue un procedimiento particular para emitir disposiciones normativas de alcance general como son las leyes. En otras palabras, la razón de que ciertas materias estén reservadas al legislador es porque se consideran de tanta incidencia y trascendencia en los derechos fundamentales, que sólo un órgano como el parlamento podría regularlas. En esta misma línea de pensamiento se entiende, por ejemplo, que la creación de impuestos, deba responder al principio de reserva legal, y que las restricciones al derecho a la intimidad y la imposición de sanciones penales sean también materia que deba responder al principio de reserva legal. Incluso en el caso de la lotería,

esta Sala determinó que las causales de caducidad o prescripción de los premios, no puede regularse por vía reglamentaria, como lo establecía el artículo ochenta del reglamento de loterías, resolviéndose mediante voto número 2009-13605, que dicha materia estaba sometida al principio de reserva de ley. Por ello, con mayor razón podemos concluir que tanto el ejercicio de la libertad de experimentación científica con seres humanos, como la protección del derecho a la vida y la dignidad humana en relación con ese tipo de experimentaciones, son cuestiones y materias de reserva legal. De esta forma, la regulación de la libertad de experimentación con seres humanos debe ser primigeniamente legal, básicamente porque su ejercicio involucra uno de los más fundamentales derechos, a saber, la vida y la dignidad humana. En otras palabras, aunque la libertad de experimentación tenga sustento constitucional y legal, la regulación de su ejercicio, cuando se refiere a seres humanos, no puede quedar librada a un reglamento, pues este es un tipo de libertad cuyo ejercicio está reservado en su totalidad a una regulación legal, ya que –según se dijo- involucra un derecho tan importante y trascendental como el derecho a la vida (su corolario el derecho a la salud) y la dignidad humana”.

Si bien en el caso citado se hizo referencia el tema de la experimentación con seres humanos, lo dicho con respecto a la reserva de ley, es de plena aplicación a la materia que se pretende regular por el decreto impugnado, pues en esta regulación, también están en juego el derecho a la vida y la salud de las madres y sus embriones implantados, en los términos fijados por la CIDH, así como la dignidad humana. Más aún, este Tribunal Constitucional, si bien ha aceptado la constitucionalidad de la emisión de reglamentos que no restrinjan o limiten los derechos humanos, siempre que esos instrumentos se circunscriban a indicar el proceso o los requisitos mínimos para el ejercicio de un derecho fundamental, también ha entendido que toda otra regulación de derechos fundamentales debe hacerse por ley formal. Así lo estableció, de forma contundente, en Sentencia N° 2007-0446, de las 14:40 horas, del 17 de enero de 2007, en la que expuso la línea jurisprudencial que al respecto ha seguido esta Sala:

V.- PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LIMITACIONES IMPUESTAS AL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. *En primer término, y, sobre el tema de la reserva de ley de los derechos fundamentales, este Tribunal Constitucional, en el Voto No. 3173-93 de las 14:57 hrs. del 6 de julio de 1993, dispuso lo siguiente:*

“(…) VI.- El régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de la ley. Este principio tiene rango constitucional (artículo 39 de la Constitución); rango legal, en este sentido se encuentra consagrado expresamente en la Ley General de Administración Pública -"el régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley" (artículo 19); "los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares" (artículo 124)-, y también tiene reconocimiento jurisprudencial, tanto constitucional como administrativa, que han declarado aplicables a la materia disciplinaria, las garantías de la legalidad penal. "Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber:

"a.) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b.) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"-;

c.) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial: (sic)

d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es

potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley." (...)

La inmediata consecuencia de esto es que, si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; no lo es en razón de cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por el artículo 28 constitucional, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente los decretos o reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, y los reglamentos autónomos, dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas, lo mismo que cualquier norma de igual o inferior jerarquía.(...)."

Asimismo, en el Voto No. 1829-99 de las 16:09 hrs. del 10 de marzo de 1999, se indicó, en lo conducente, lo siguiente:

*"(...) IV.- Sobre el principio de reserva legal. El principio de reserva legal, derivación lógica del principio de legalidad, tiene como doble fundamento el Estado de Derecho y el principio democrático. Del Estado de Derecho en cuanto el mismo impone al Estado el sometimiento a aquellas normas por él mismo creadas, configurándose en un límite a la actividad pública, en especial la del Poder Ejecutivo. Del principio democrático, en tanto la Ley formal es producto de la actuación de un órgano donde las diversas fuerzas políticas de una sociedad se encuentran representadas: el Parlamento. **La reserva legal impone a la Administración un límite a su actividad: el de no poder restringir, por vía de reglamento, el disfrute de derechos fundamentales de las personas.** Solamente la Ley formal, y aún en forma restricta, puede limitar el ejercicio de tales libertades. (...)." (El destacado no forma parte del original).*

De otra parte, y, en lo tocante a los límites y limitaciones de los derechos fundamentales, esta Sala, en el citado Voto No. 3173-93, señaló lo siguiente:

"(...) I.- Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que

determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones.

II.- Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros-, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil.

III.- No escapa a esta Sala la dificultad de precisar de modo unívoco el concepto de orden público, ni que este concepto puede ser utilizado, tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones en nombre de los intereses colectivos a los derechos. No se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada. Constituyen su fundamento la seguridad de las personas, de los bienes, la salubridad y la tranquilidad.

IV.- Al hablar de las razones justas para imponer limitaciones a los derechos fundamentales debe hacerse obligada mención del artículo 28 constitucional; que establece los límites de las libertades públicas, de manera tal que "las acciones privadas que no sean contrarias a la

moral, el orden público, ni dañen a terceros, se encuentran fuera del dominio de la ley." Estas consideraciones han sido reiteradas por esta Sala, incluso remitiéndose a antecedentes de la Corte Plena en función de tribunal constitucional. Por ejemplo, según sesión extraordinaria número 51 de las trece horas treinta minutos del veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y dos, cuando se dijo:

"... el artículo 28 de la Constitución Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a.) el principio de libertad, ...; b.) el principio de reserva de ley, ...; y c.) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a terceros están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma, vista como garantía implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera reserva constitucional" en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público. (...)."

Aunado a esto, en la Sentencia No. 4205-96 de las 14:33 hrs. del 20 de agosto de 1996, se estimó lo siguiente:

"(...) Sin embargo, no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de "necesaria", "útil", "razonable" u "oportuna", la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente. En este orden de ideas, debe distinguirse entre el ámbito interno, que se refiere al contenido propio o esencial del derecho -que ha sido definido como aquella parte del contenido sin el cual el derecho mismo pierde su peculiaridad, o lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo-, de manera que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección; y el ámbito externo, en el cual cobra relevancia la actuación de las autoridades públicas y de terceros. Asimismo, la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad -sentencia número 3550-92-, así por ejemplo: 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés

público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.(...)”.

De la anterior cita, se colige que, en materia de regulación de derechos fundamentales, el ámbito de acción del Poder Ejecutivo es sumamente restringido y secundario, marco que ha sido transgredido por el reglamento cuestionado. Si bien la técnica de la Fecundación in Vitro no involucra la violación del derecho a la vida con respecto al embrión fecundado, según lo resuelto por la CIDH en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, la inconstitucionalidad del reglamento de cita persiste, ya que constituye una regulación de derechos fundamentales más allá del simple establecimiento de requisitos y condiciones para su ejercicio, pues la normativa que contiene incide en el contenido del derecho a la vida y la salud de la mujer y los embriones implantados, en los términos fijados por la CIDH, así como el derecho a la dignidad humana. La propia sentencia de la CIDH, claramente estableció, que esta materia es de reserva de ley:

“335. En particular, y conforme al artículo 2 de la Convención, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen”.

El cumplimiento de la sentencia de la CIDH, de 28 de noviembre de 2012, dictada en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, implica una reconfiguración del nivel y el alcance del derecho a la vida, así como la definición de un nuevo estatus de protección del embrión, con el fin de realizar una nueva

ponderación de la protección de los otros derechos involucrados, para su implementación en el Derecho Interno, tal y como lo señala la Procuraduría General de la República en su informe, lo cual, por el principio de reserva de ley, que rige en materia de derechos fundamentales, sólo puede hacerse por medio de ley formal promulgada por la Asamblea Legislativa. Esta misma tesis ya fue sostenida por la Sala en Sentencia N° 3078-2011, de las 15:01 horas, del 09 de marzo de 2011:

“No debe olvidarse, igualmente, que mediante sentencia #2010-1668 de las 15:12 horas del 27 de enero del 2010 la Sala declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo #31078-S de 5 de marzo de 2003, Reglamento para las Investigaciones en que participan seres humanos, del Reglamento para la Investigación Clínica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social, así como del Reglamento actual para la investigación biomédica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense del Seguro Social, por violentarse el principio de reserva de Ley. En dicha sentencia la Sala consideró que la regulación de la libertad de experimentación con seres humanos debe ser primigeniamente legal, por cuanto su ejercicio involucra derechos básicos, como los ya mencionados, a la salud, la vida y la dignidad humana. De este modo, los aspectos que arriba se han reseñado que forman parte de las distintas fases de la investigación médica se deberán incorporar en la ley correspondiente...”

Aunado a lo anteriormente dicho, esta Sala Constitucional, en Sentencia N° 2014-3715, de las 11:40 horas, del 14 de marzo de 2014, en fecha anterior a la promulgación del decreto impugnado, había resuelto que era indispensable la promulgación de una ley, en sentido estricto, pues esa regulación tocaría cuestiones fundamentales, tales como la integridad física, el derecho a la vida de la mujer y los embriones implantados, y la dignidad:

*“...Interpretada la resolución de la Corte en sus justas dimensiones, no es suficiente dejar sin efecto la prohibición, esto es necesario, pero no suficiente, sino que **“debe regular” el Estado de Costa Rica esa técnica.** Esta regulación, lógicamente, tiene que ser a través de una ley formal, toda vez que el régimen jurídico de los derechos fundamentales está reservado a la Ley, específicamente esta cuestión atañe, a manera*

de ejemplo, a temas que tienen que ver con: la integridad y vida de la mujer y de los embriones.

III.- Como es bien conocido, para el ejercicio de un derecho fundamental se requiere de una ley en dos supuestos. El primero, cuando se busca restringir su ejercicio por razones de interés público y todo dentro de las exigencias de una sociedad democrática, tal y como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concretamente: el numeral 30 que expresa que 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. Sobre este numeral, la Corte ha señalado en la **Opinión Consultiva 6/86**, en la que la República Oriental del Uruguay consulta sobre el alcance de la expresión "leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que,

"(...) la Corte concluye lo siguiente la pregunta se limita a indagar sobre el sentido de la palabra **leyes** en el artículo 30 de la Convención. No se trata, en consecuencia, de dar una respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como "leyes", "ley", "disposiciones legislativas", "disposiciones legales", "medidas legislativas", "restricciones legales" o "leyes internas". En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente.

No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión **ley** o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones,

Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y

c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.

*El significado del vocablo **leyes** ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo **leyes** en el derecho interno de un Estado Parte.*

En este sentido, la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones diferentes.

*El sentido de la palabra **leyes** dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.*

Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento

de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

*La expresión **leyes**, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.*

La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten " por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas " con el propósito para el cual han sido establecidas " se encontraba ya reconocido en el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones "

no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas”.

El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del " bien común " (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es " la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad " (" Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ".

"Bien común " y " orden público " en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos " requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa " (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que " tienen como fundamento los atributos de la persona humana ", deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2).

*La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de **leyes** a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad. Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa ", que se traduce, **inter alia**, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.*

*No es posible desvincular el significado de la expresión **leyes** en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención "de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de*

libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre " (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un " principio " reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

Las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley en el artículo 30 de la Convención, permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.

Por tanto, en respuesta a la pregunta del Gobierno del Uruguay sobre la interpretación de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención, que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y

establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.

El segundo, cuando se requiere precisar su alcance y límites para hacer posible su ejercicio. Éste es el caso típico en que nos encontramos, pues hay aspecto que debemos ser normados por el legislador, concretamente: lo relativo a las células reproductivas, a los individuos que surgen de la fecundación, a la prohibición del uso de células reproductivas para la investigación o comercio, etc.

*IV.- Recapitulando, en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica **el deber de regular** el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, **NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA**. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra...”.*

Por todo lo dicho supra, esta Sala estima que el decreto ejecutivo cuestionado se promulgó con violación del principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, por lo que resulta contrario al Derecho de la Constitución, toda vez que el cumplimiento de la sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, que sin duda debe acatar el Estado costarricense, solo puede

efectuarse de manera válida a través de las vías constitucionalmente previstas en el ordenamiento jurídico costarricense.

IV.- Sobre el principio democrático. Íntimamente relacionado con el principio de reserva de ley, está el principio democrático. Esta Sala Constitucional ha dicho que la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Derecho Interno, es una pieza clave del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, en Sentencia N° 2014-1424, de las 11:40 horas, del 31 de enero de 2014, aseveró:

“...Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen, en el país pleno valor; y tratándose de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales "tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución" (Sentencia 2313-95 reiterada en la resolución 9685-2000 de las 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000). En el caso subjudice, en atención a las afectaciones a las víctimas, así como las consecuencias de orden inmaterial y no pecuniario derivadas de las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos declaradas en su perjuicio, la Corte Interamericana estimó en la sentencia del 28 de noviembre de 2012 "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica", que el fallo dictado constituye una forma de reparación y dispuso una serie de medidas que el Estado Costarricense debe adoptar para dejar sin efecto la prohibición de practicar la fertilización in vitro y la obligación de incluir la disponibilidad de la fertilización dentro de los programas y tratamientos de infertilidad, entre otros. Precisamente, en relación con el cumplimiento de la sentencia, señaló que: "10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma." De modo que, del propio texto de la sentencia, se desprende que, por su función contenciosa, la Corte Interamericana es la competente para supervisar el cumplimiento de sus sentencias. Desde esta perspectiva, los artículos 33, 62.2, 62.3 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, 24 y 30 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29, 31 y 69 de su Reglamento aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, establece el procedimiento por incomparecencia o falta de actuación y señala que las resoluciones que pongan término al proceso, son de resorte exclusivo de la Corte Interamericana. Cabe agregar, que la supervisión del cumplimiento de la sentencia implica, que la Corte solicita información al Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento en el plazo otorgado en su sentencia, así como recabar las observaciones de la Comisión y de las víctimas o sus representantes. Una vez que la Corte cuente con esa información, puede apreciar si hubo cumplimiento de lo resuelto, orientar las acciones del Estado para este fin y cumplir con la obligación de informar a la Asamblea General sobre el estado de cumplimiento de los casos que se tramitan ante ella. Asimismo, cuando lo considere pertinente, podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones y escuchar el parecer de la Comisión. Bajo esa premisa, Costa Rica al ser Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte. De ahí que, como se indicó supra, la supervisión de un fallo le corresponde directamente a la Corte Interamericana, pues es el ordenamiento internacional que establece la obligación Estatal de indicar a la Corte Interamericana cómo está cumpliendo cada uno de los puntos ordenados por éste, lo que es fundamental para evaluar el estado del cumplimiento de la Sentencia por dicho órgano (Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, y Caso Abrill Alosilla Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2013, entre otros). Por ello, la implementación efectiva de las decisiones de la Corte es la pieza clave de la verdadera vigencia y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin la cual se hace ilusorio el propósito que determinó el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27, de la Ley N° 6889 de 9 de setiembre de 1983, Ley Convenio para la Sede de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, las resoluciones de esa Corte, tienen la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses, pero, para ello, es necesario que el Congreso de la República emita una ley otorgándole, a la sentencia, esa eficacia. De igual modo, para la modificación del ordenamiento jurídico que implica el cumplimiento de la sentencia del 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica se requiere que se haga a través de los procedimientos y órganos constitucionales competentes. Lo anterior, dado que en virtud del principio democrático, es necesaria la intervención de los órganos de mayor legitimidad democrática, como la Asamblea Legislativa, cuando el cumplimiento de determinadas decisiones -como sucede en el caso de la sentencia del 29 de noviembre de 2012 de la CIDH- implique modificaciones al nivel de protección y ponderación de los derechos fundamentales. Se trata de la toma de decisiones que afectará la esfera de protección de los derechos fundamentales, lo que solo puede llevarse a cabo dentro del marco del sistema democrático y constitucional que contiene nuestra Carta Fundamental. El órgano central dentro del Estado democrático (artículo 1, de la Constitución Política), no puede ser otro que el legislativo, pues es allí únicamente donde puede darse un debate entre las fuerzas políticas y sociales, plurales y heterogéneas, que lo conforman, para lograr una legitimación democrática de las decisiones que tome el poder público. Esta Sala ya ha llamado la atención con respecto a la íntima relación que existe entre el principio de reserva de ley y el principio democrático en materia de regulación o restricción de derechos fundamentales.

Así, en Sentencia N° 2009-013605, de las 14:56 horas, del 26 de agosto de 2009, indicó:

“ el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales puede ser objeto de regulación e, incluso, de límites y limitaciones razonables,

pero únicamente por medio de actos normativos con la jerarquía, potencia y resistencia de una ley, en sentido formal y material, emanados de la Asamblea Legislativa -en representación de la soberanía popular (artículos 1, 105 y 121, inciso 1, de la Constitución Política)-, y nunca por medio de reglamentos u otros actos normativos de rango inferior...”.

Sólo, entonces, por medio de ley en sentido formal, es decir, emanada del Órgano Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, y material, sea, por un órgano representativo de la soberanía popular, conformado por fuerzas plurales y heterogéneas, que se puede afectar el régimen de los derechos fundamentales. Esta tesis también ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, en relación con la expresión "leyes" en el artículo 30, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual expresó:

“22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

*23. Lo anterior se deduciría del principio -así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (**Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City**, Advisory*

Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65, pág. 56)- de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

(...)

*32. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de **leyes** a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (ver **supra** 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, **inter alia**, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común (ver **supra** 22).*

(...)

*34. No es posible desvincular el significado de la expresión **leyes** en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención "de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de*

libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre " (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un " principio " reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

*35. En consecuencia, las **leyes** a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.*

(...)

37. La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley en el artículo 30 de la Convención, permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana”.

De manera tal, que el hecho de que esté reservado a la Asamblea Legislativa, por medio de una ley formal, la restricción o regulación del régimen de los derechos fundamentales, también responde a una cuestión de legitimación dentro de un Estado Democrático de Derecho, pues es el Poder representativo de la soberanía popular; y, por ende, que cumple a cabalidad con el principio democrático (artículos 9 y 105, de la Constitución Política). En este sentido, el Poder Ejecutivo, con la promulgación del decreto ejecutivo en cuestión, vulneró también el principio democrático, ya que adoptó un acto cuya competencia es exclusiva del Legislativo, vulnerando con ello, también, el Principio de División de Poderes, lo que torna el decreto ejecutivo denominado “Autorización para la

Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”, del 10 de setiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 178 del 11 de octubre de 2015, en inconstitucional, también por violación de los citados principios, vicios que lo afectan en su totalidad.

V.- Conclusión. Con base en lo expuesto, se declara inconstitucional, en su totalidad, el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”, del 10 de setiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 178 del 11 de octubre de 2015, por violación de los principios constitucionales de reserva de ley y democrático. Dada la forma en que se resuelve esta acción, y por economía procesal, de conformidad con lo indicado en el tercer considerando de esta sentencia, se hace innecesario pronunciarse sobre el resto de los alegatos de inconstitucionalidad planteados.

VI.- Finalmente, no se puede, ni debe pasar inadvertido, el hecho de que han pasado más de tres años desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia condenatoria contra el Estado de Costa Rica; sin embargo, aún no se ha cumplido. No hay que perder de vista que, de conformidad con el artículo 68, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado de Costa Rica está en la obligación de cumplir la sentencia de la Corte Interamericana en los términos que ésta dispuso. Además, con fundamento en el numeral 2, de ese Instrumento Internacional de Derechos Humanos, hay una obligación del Estado de Costa Rica de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas que son necesarias para restablecer y hacer efectivo los derechos y libertades que la Corte Interamericana consideró vulnerados en su sentencia. Asimismo, con base en su numeral 27, las resoluciones de la Corte Interamericana, en su caso, de su presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales

correspondientes de la República, tienen la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses. Ergo, 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. Si bien se reconoce el esfuerzo que ha realizado el Poder Ejecutivo por dar cabal cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana, esto ha sido sin seguir el procedimiento 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 ley. De modo que, ante el citado incumplimiento y la sensibilidad de los derechos implicados, debe, el Poder Ejecutivo, impulsar la iniciativa legislativa a partir de las próximas sesiones extraordinarias, de forma tal, que se pueda cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana. Al respecto, debe tenerse presente, que esta Sala, en la sentencia número 2000-02306, de las 15:21 del 15 de marzo de 2000, anuló el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 45, del 03 de marzo de 1995, que regulaba la Fecundación in Vitro y la Transferencia de Embriones, precisamente, por regular esa materia por vía de decreto y no de ley formal, como corresponde, con lo que se violó el principio de reserva de ley en materia de restricción de derechos fundamentales. A pesar de lo anterior y del excesivo plazo transcurrido, el Poder Legislativo aún no ha emitido la ley correspondiente, situación que, incluso, ha provocado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya condenado al Estado costarricense por *incumplir* lo ordenado en la sentencia del 28 de noviembre de 2012, dictada en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica.

VII.- RAZONES DEL MAGISTRADO JINESTA LOBO PARA EL RECHAZO DE PLANO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA.

El Magistrado Jinesta Lobo rechaza de plano la acción de inconstitucionalidad interpuesta, con fundamento en los siguientes argumentos.

I.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO Y DIFUSO. Desde la afortunada irrupción de la figura del control de convencionalidad de las conductas de los poderes públicos, se ha venido distinguiendo dos niveles claramente diferenciados de fiscalización, el difuso, que deben ejercer todos los operadores jurídicos nacionales, y el concentrado que le corresponde, exclusivamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto interprete último y definitivo del bloque de convencionalidad (artículos 33, 62 y 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El control de convencionalidad, es un concepto relativamente reciente, asumido, expresa y formalmente, por la Corte regional citada a partir de 2006, por virtud de varias sentencias que profirió ese órgano judicial autónomo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El control de convencionalidad, consiste, esencialmente, en el examen o test que debe efectuarse de cualquier conducta pública a la luz del *corpus iuris* interamericano, esto es, con el parámetro de convencionalidad, conformado por las convenciones en materia de Derechos Humanos, preponderantemente, las interamericanas o regionales, como con las sentencias y opiniones consultivas vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales, incuestionablemente, están llamados a ejercer, junto con otros operadores jurídicos nacionales, un control de convencionalidad difuso de toda conducta de un sujeto de **Derecho público**, cuando no exista una cuestión pendiente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Empero, cuando ya se ha residenciado una

controversia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el órgano llamado a efectuar el control de convencionalidad lo es, precisamente, ese Tribunal regional, no pudiendo ser disputada su competencia. Un Tribunal nacional no puede sostener un conflicto de competencia con un Tribunal regional, si la divergencia ya ha sido planteada ante este último. En tal caso, el control difuso de convencionalidad debe cederle el paso al control concentrado, habida cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene, indubitablemente, la condición del intérprete último y definitivo del parámetro de convencionalidad, rol que no puede ser cuestionado por un Tribunal nacional. Al respecto, el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (aprobado mediante Resolución No. 448 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, Octubre de 1979), dispone en su artículo 1º que “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)*”.

II.- NÚCLEO DURO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. RELACIÓN INDISOLUBLE ENTRE PROCESO DE CONOCIMIENTO Y DE EJECUCIÓN. Está pacíficamente admitido en el Derecho procesal común, tanto en el plano nacional, regional o internacional, que la función jurisdiccional, consiste, básicamente, en juzgar y en ejecutar lo juzgado. La fase de ejecución es una prolongación del proceso de cognición donde se resuelve el mérito del asunto. Se trata de una cuestión elemental y básica de competencia, un Tribunal que ha dictado una sentencia es el mismo que debe determinar si las actuaciones de una de las partes que ha resultado vencida y condenada en virtud de la misma, cumple o no con el contenido mismo del fallo. Lo anterior, salvo que exista norma expresa en contrario que habilite a un tribunal diferente para conocer de la fase de ejecución, lo que en el Derecho suele ser excepcional, además, tal desdoblamiento,

resulta, jurídicamente, inconveniente. Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado una sentencia, es ese Tribunal el llamado a establecer y determinar si las actuaciones de un Estado que ha resultado condenado y vencido se ajustan al contenido del fallo, dictado en el proceso de cognición previo. No podría un Tribunal nacional suplantar a la Corte Interamericana, primero por no encontrarse expresamente habilitado para tal efecto y segundo por infringir un principio del Derecho procesal común, conforme al cual el Tribunal u órgano jurisdiccional que conoce plenariamente de un asunto, tiene, por principio, la competencia para resolver sobre su ejecución. En el caso del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, resulta fuera de toda duda que la Corte Interamericana, luego de dictar una sentencia, tiene la competencia suficiente y expresa para determinar la extensión y alcances de su ejecución por parte del Estado condenado. Sobre tal extremo, el artículo 69 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009), estatuye lo siguiente: *“Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes (...) 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar su cumplimiento de sus decisiones (...) 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes (...)”*.

III.- LA “PREJUDICIALIDAD CONVENCIONAL” Y LA “LITISPENDENCIA CONVENCIONAL”. El surgimiento del control de convencionalidad en el horizonte del mundo jurídico contemporáneo, ha obligado a

los operadores y cultores del Derecho a tener que acuñar una serie de novedosas categorías dogmáticas, tales como el “Estado convencional de Derecho”, el “control concentrado de convencionalidad”, el “control difuso de convencionalidad”, el “parámetro de convencionalidad”. En esa tónica de adaptación necesaria, actualmente, debe hablarse, ineluctablemente, de las cuestiones de “prejudicialidad convencional” y de la “litispendencia convencional”. De acuerdo con los principios del Derecho procesal común y universal, un órgano jurisdiccional o Tribunal, no puede conocer o resolver un asunto determinado, cuando otro debe pronunciarse de manera previa y especial, por tener, exclusiva y excluyentemente, atribuida una competencia. Se trata de una prejudicialidad devolutiva, habida cuenta que otro órgano jurisdiccional distinto debe pronunciarse de previo sobre la cuestión. El control de convencionalidad concentrado que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la ya señalada condición de interprete último y definitivo, le impide a un Tribunal nacional, incluido uno constitucional, pronunciarse sobre la convencionalidad o no de una conducta del Estado condenado, cuando la diferencia ya ha sido invocada y pende de ser resuelta ante el Tribunal regional citado, tanto en la etapa de cognición como de ejecución. Le corresponde, en tal supuesto, al Tribunal nacional abstenerse de resolver la cuestión hasta que el Tribunal regional se pronuncie. Máxime, cuando le compete, exclusivamente, a la Corte Interamericana, en la fase de seguimiento o de ejecución, determinar si una conducta específica del Estado condenado y vencido se ajusta al contenido de una sentencia previa vertida por ese órgano interamericano y, en general, al bloque de convencionalidad. Cabe advertir que la prejudicialidad convencional, fuera de la abstención de resolver, tiene, como consecuencia jurídica mínima esperable, la suspensión del proceso hasta que sea resuelta. Importa acotar que la prejudicialidad se configura cuando el objeto de sendos procesos no es absolutamente idéntico, por lo que, a modo de ejemplo, una

vez dilucidada la convencionalidad de una conducta pública, la Corte, Tribunal o Sala Constitucional puede conocer y resolver la cuestión de estricta constitucionalidad interna o nacional. En lo relativo al concepto de “litispendencia convencional”, debe tratarse de un objeto procesal idéntico, en cuyo caso el Tribunal regional que está conociendo del asunto, sea en fase de conocimiento o de ejecución, debe resolver la cuestión y no se puede interponer otro proceso con igual objeto ante un alto Tribunal nacional, el que, por un principio general del Derecho procesal común, está obligado a declarar tal litispendencia. La “litispendencia convencional” es producto de los conceptos de *perpetuo iurisdictionis* y *perpetuo legitimationis* que suponen un objeto procesal idéntico. Tratándose del control de convencionalidad concentrado, que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fase de conocimiento o de seguimiento, si la cuestión empeñada es la convencionalidad de un acto formal de un poder público, se produce, inevitablemente, una “litispendencia convencional”.

IV.- CASO CONCRETO: “LITISPENDENCIA Y PREJUDICIALIDAD CONVENCIONALES”. En la presente acción de inconstitucionalidad, que es un proceso constitucional nacional o interno, se conoce de la presunta infracción a los parámetros de constitucionalidad y de convencionalidad por el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 10 de septiembre de 2015, denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”, emitido por el Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. Ese instrumento normativo fue dictado, como lo ha alegado el Estado costarricense, para cumplir con la sentencia vertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica de 28 de noviembre de 2012. Ese decreto ejecutivo se encuentra, hasta este momento, bajo el estudio y análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fase de seguimiento,

para determinar si es suficiente para tener por cumplido el contenido del fallo de mérito citado, al haberse constatado una “omisión inconvencional” del Estado costarricense. Como se ve, la cuestión a dilucidar pertenece a lo que se denomina el control concentrado de convencionalidad, no pudiendo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, disputar o sostener competencia con el Tribunal regional de Derechos Humanos, por cuanto, se trata de conocer y resolver una cuestión atinente a la ejecución de un fallo vertido por este último. Desde el momento, en que el Decreto Ejecutivo fue dictado para cumplir con una sentencia previa de mérito de la Corte Interamericana surge una “litispendencia convencional”, debiendo dilucidarse por el Tribunal regional si se cumple o no con el contenido del fallo y, en general, con el bloque de convencionalidad, no pudiendo la Sala Constitucional de Costa Rica conocer de ese extremo en particular. Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que debe determinar, a la luz del parámetro de convencionalidad, si el decreto ejecutivo de marras se adecúa a los principios, normas y derechos contenidos en el *corpus iuris* interamericano, se trata de una competencia exclusiva y excluyente. Deberá la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinar si los derechos humanos reconocidos por ese órgano regional en la sentencia, deben tener una eficacia directa o inmediata, si tienen una vinculación más fuerte, si para su vigencia se requiere de un desarrollo normativo específico (v. gr. legislativo o infra legal) que emane de un órgano estatal determinado (poder legislativo o ejecutivo), si, únicamente, los límites intrínsecos o extrínsecos que moldean y modulan el contenido esencial de los derechos humanos reconocidos en la sentencia de mérito deben ser objeto de reserva de ley, si la disposición infra legal analizada (decreto ejecutivo), *per se*, contiene o no límites y limitaciones que son reserva de ley y que, por ende, deben respetar el principio de proporcionalidad y sus sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, etc. Nótese, a

mayor abundamiento, que la posición de la mayoría de este Tribunal Constitucional, soslayó el ejercicio básico de efectuar y puntualizar un análisis de cuáles normas del decreto ejecutivo suponen restricciones, límites o limitaciones de un derecho fundamental o humano, siendo que se conforma con afirmaciones abstractas, generales y apriorísticas, indicando que el instrumento normativo, *in totum*, supone restricciones, sin indicarlas. La simple lectura del decreto ejecutivo, pone de manifiesto un conjunto de normas que no tienen relación alguna con restricciones de derechos fundamentales o humanos, sino que se trata de cuestiones organizacionales y de otra índole, por lo que resulta improcedente efectuar una declaratoria indiscriminada y general de invalidez constitucional, sin siquiera aplicar, parcialmente, el principio *favor acti*. De otra parte, es menester indicar que dentro del parámetro de convencionalidad que debe aplicar la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, al enjuiciar si una conducta pública cumple con un fallo de mérito, se encuentra el ordinal 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que preceptúa lo siguiente: “*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 las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*”. Asimismo, le corresponde, única y exclusivamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en lo apuntado, dilucidar y aclarar qué entiende por “*(...) regular (...) los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la (...) Sentencia*” (punto 3 de la parte resolutive del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, no puede usurpar tales competencias al Tribunal regional y, menos aún, sostener, como regla absoluta, que un derecho humano para que tenga plena eficacia requiere, siempre y necesariamente, de la *interpositio legislatoris*.

En lo relativo a los extremos o agravios de estricta constitucionalidad interna o nacional, dejando al lado lo dicho sobre las cuestiones de convencionalidad, se produjo, en mi criterio, una “prejudicialidad convencional”, por cuanto, también se ha aducido la presunta infracción del principio, al propio tiempo, convencional y constitucional interno de la reserva de ley en materia de restricción de los derechos, además de otros principios como los de representación y participación y la propia autonomía constitucional de la entidad encargada de la seguridad social en Costa Rica (Caja Costarricense de Seguro Social). En definitiva, en lo relativo a los agravios de inconvencionalidad esgrimidos en la acción de inconstitucionalidad, existe una “litispendencia convencional” y respecto de los vicios de inconstitucionalidad invocados al estar conexos con el principio de reserva de ley en materia de restricciones a los derechos fundamentales o humanos, se produjo una “prejudicialidad convencional”. Como se ve, la Sala Constitucional de Costa Rica, se encuentra impedida, con fundamento en principios del Derecho procesal común y universal, de emitir criterio sobre la aducida inconvencionalidad del decreto ejecutivo impugnado, dado el control concentrado existente en el caso concreto; de otra parte, hasta tanto no se supere la etapa de seguimiento, no tiene competencia respecto de los argumentos esgrimidos de inconstitucionalidad (atinentes, estrictamente, al Derecho constitucional nacional) formulados en contra del instrumento normativo impugnado.

VIII.- VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA HERNÁNDEZ LÓPEZ.

El contexto en el que se ha tomado esta decisión.

1.- El sistema interamericano de derechos humanos es parte del sistema de protección de la libertad -en sentido amplio- de las y los habitantes y forma, junto con los mecanismos de derecho interno, -en especial la jurisdicción constitucional-,

un solo sistema integrado e interdependiente (sistema de libertad). Ese sistema está diseñado para actuar en dos niveles diferentes, pero compatibles y congruentes entre sí; nunca para actuar uno contra el otro.

2.- En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en el caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*” del 28 de noviembre de 2012, nuestro país fue condenado y obligado a garantizar el acceso a la fertilización in Vitro como derecho humano, para las parejas que médicamente califiquen, según los términos expuestos en la sentencia, como parte de sus derechos reproductivos.

3.- En respuesta a reclamos presentados por distintas personas a través de procesos de amparo, sostuve que, como órgano concernido dentro del proceso de cumplimiento, la Sala Constitucional, según lo ordenó la Corte Interamericana, podía y debía tomar una decisión concreta para privar de valor jurídico a su sentencia número 2000-2306 (véase mi voto disidente en la sentencia 14-01424)

4.- Además, expuse (Voto disidente en sentencia 2014-03715 entre otros) lo siguiente:

i) que de conformidad con lo anterior y al declarar la Corte Interamericana un derecho fundamental a acceder a la fecundación in vitro, no existían –ni existen en este momento- obstáculos para su libre ejercicio, ya que los derechos fundamentales no requieren ley para su disfrute, sino únicamente para su limitación;

ii) que por esa misma razón, entender que se requería una “autorización previa de rango legal” para el ejercicio de los derechos fundamentales, constituye un gravísimo precedente de abandono de los fundamentos de nuestro sistema jurídico-constitucional. En lo que interesa:

“No comparto la tesis de mayoría en el sentido de que es necesario para garantizar el derecho a la atención a la salud de las personas afectadas por la no aplicación de la FIV, la necesidad de una ley que regule la materia. En realidad el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son “self executing”, es decir no necesitan de leyes que los implementen para su garantía. La sentencia de la Corte Interamericana incorpora el derecho a la técnica de la fertilización in Vitro para las parejas que por razones médicas comprobadas se puedan beneficiar de ella para formar una familia, de tal forma que en virtud del control de convencionalidad, ya se integra y reinterpreta nuestro texto constitucional. Pretender que un derecho fundamental requiere de una ley que lo regule para su vigencia, implicaría, desde mi punto de vista, sujetar el régimen de libertad, a la voluntad del legislador ordinario, lo que significa dejarlo en el aire.”

iii) finalmente, que en este tema concreto, ante la nueva situación producida por la sentencia de la Corte Interamericana, recobraban plena vigencia el poder de policía en materia sanitaria y de salud reconocidas por nuestra ordenamiento jurídico al Estado en general y al Poder Ejecutivo a través de la Ley General de Salud.

5.- Posteriormente, ante la denuncia presentada a la Corte Interamericana por quienes se sienten afectados por lo que estiman ha sido un incumplimiento de la misma, ese órgano internacional decidió concretar diversos mecanismos de supervisión de cumplimiento que incluyen una audiencia de cumplimiento. Durante esa audiencia el Gobierno de la República, señaló el **Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S**, denominado *“Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”* como parte de las acciones del Estado costarricense por garantizar el acceso a este tratamiento. **Esa audiencia está en curso de desarrollo en este momento, sin que la Corte Interamericana se haya pronunciado aún.**

6.- De forma casi concomitante, los accionantes en este caso presentaron un proceso para declarar la inconstitucionalidad del recién citado Decreto; proceso que se admitió mediante la resolución 2015-15725 y en donde, junto a los magistrados Jinesta Lobo y Armijo Sancho-, sostuve que de momento la Sala debía declinar su competencia para pronunciarse sobre el decreto impugnado hasta la resolución de audiencia de cumplimiento convocada al efecto por la Corte Interamericana.

7.- En lo que interesa expresamente se indicó:

“Los suscritos Magistrados salvamos en voto en este asunto y rechazamos de plano la acción con sustento en las siguientes consideraciones: Actualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene pendiente de conocer y resolver los términos en que se ha cumplido o no la sentencia del 28 de noviembre de 2012, vertida en el caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica”. Uno de los puntos medulares que debe resolver ese órgano regional, como contralor último y definitivo de la convencionalidad, es si la norma reglamentaria emitida por el Poder Ejecutivo de Costa Rica cumple o no con lo ordenado en la sentencia. Hasta el momento no se ha pronunciado sobre tal extremo, razón por la cual estimamos que la Sala Constitucional carece, de momento, de competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad planteada. El razonamiento expuesto, naturalmente no prejuzga sobre el fondo del mismo, es decir, sobre su conformidad o no con la Constitución Política, ya que en esta etapa procesal, lo que se discute es la admisibilidad de la acción, de tal forma que nos reservamos el derecho de pronunciarnos sobre el contenido del decreto, en el momento que resulte procesalmente oportuno y siempre y cuando la Sala conserve su competencia para hacerlo, dependiendo de los alcances de la resolución de cumplimiento que emita la Corte Interamericana.”.

Razones que motivan esta decisión.

8.- Ahora, que el caso llega nuevamente a consideración del Pleno para la resolución de fondo del asunto, se impone reiterar las consideraciones dadas en su momento y sumarle los siguientes elementos de juicio:

a) La situación fáctica no ha cambiado.

9.- Desde la fecha de nuestro voto en el sentido señalado, (parágrafo 7) la situación fáctica allí descrita no ha variado sustantivamente en tanto sigue **en curso** el proceso de supervisión abierto por el Tribunal Internacional para verificar el cumplimiento la sentencia, vertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre de 2012 en el caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica”. (parágrafo 5)

10.- De hecho, puede más bien afirmarse que el marco fáctico ha variado para reforzar nuestra posición pues a diferencia de la multiplicidad de procesos de verificación y cumplimiento que puedan estar pendientes ante el órgano internacional, en el caso de estudio se observa –en primer lugar- que la Corte Interamericana ha realizado ya **una audiencia específica**, dentro del proceso de supervisión de la sentencia “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica”, en la cual el Estado costarricense ha sometido a la consideración del Tribunal internacional, inter alia, el **Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S**, denominado **“Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”** el cual es precisamente el objeto de esta acción.

11. Tal normativa estatal será entonces objeto específico de valoración y pronunciamiento por el tribunal internacional y no puede dejar de remarcarse que ese análisis del decreto discutido por parte de la Corte Interamericana se orienta a **determinar si la norma reglamentaria emitida puede contar como ejercicio válido**

de cumplimiento a la luz de la Convención y al tenor del punto 3 de la parte resolutive de la sentencia citada que ordenó:

“3.- El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia” (El subrayado no está en el original)

12.- En particular, el objeto de la audiencia de supervisión de cumplimiento tiene como fin, entre otros, valorar “si se tomaron con celeridad las medidas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV y puedan hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida sin encontrar impedimentos”, así como si se cumplió entre otros con la medida supra descrita de “regular a la brevedad posible los aspectos necesarios para la implementación de la FIV, según se dice, repito “con los principios establecidos en la sentencia”. (http://corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_15.pdf).

13.- Es dentro de ese marco que el Estado costarricense ofrece el decreto aquí cuestionado como parte del cumplimiento de esas regulaciones y sobre el que como indiqué, pende resolución para tenerlo como válido o no, en el contexto señalado.

14.- Mientras tanto, y **al mismo tiempo**, en el ámbito del Derecho interno, se ha accionado a través de esta acción de inconstitucionalidad para que la Sala determine si ese mismo decreto contiene lesión a principios y derechos recogidos en el marco jurídico constitucional de nuestro país, tales como el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, la inviolabilidad de la vida

humana, derecho a la participación ciudadana y la separación de los Poderes y la autonomía de la Caja Costarricense del Seguro Social.-

15.- Empero, la definición de tales cuestiones en sus aspectos fundamentales por parte de esta Sala, exige de forma previa ineludible un primer ejercicio de precisión de los alcances de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica y en general del marco convencional aplicable a la situación, por lo que tal actividad depende esencialmente de que lo que previamente pueda señalarse como resultado del proceso de supervisión de cumplimiento pendiente de trámite en la Corte Interamericana.

b) El papel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la definición de la competencia de la Sala en este caso.

16. El principal argumento para dar curso a este proceso por parte de la mayoría, fue que el poder-deber impuesto a la Sala por el artículo 10 de la Constitución Política no puede estar sujeto a la intervención de terceros ajenos al proceso.- Dicha afirmación desconoce el marco normativo del sistema interamericano por completo, y pierde su contundencia inicial ya en el propio ámbito del ordenamiento jurídico nacional, donde la Sala tiene reafirmada su negativa para analizar posibles lesiones a derechos fundamentales cuando el objeto del amparo lo es –al mismo tiempo- de conocimiento de otro órgano en diligencias de cumplimiento o ejecución. No obstante, aún dejando de lado ese aspecto, resulta evidente que en el caso concreto, tal posición no puede hacerse a espaldas del ordenamiento jurídico internacional de los Derechos Humanos vigente en el país.

17. Al respecto, considero que esta Sala recibió mandatos específicos en la sentencia Artavia Murillo y otros” (ver mi voto disidente en sentencia 2014-01424)

y por ese motivo está obligada –en el ámbito de su función- a velar para que la normativa convencional atinente, como las sentencias de la Corte Interamericana sin excepción, tengan un “efecto útil” (ello según doctrina de las sentencias de la CIDH *Almonacid Arellano y otros Vrs Chile; Boyce y otros vrs Barbados; entre otras.*)

18. Ciertamente, nuestro país optó hace ya varias décadas por transitar el camino del respeto, consolidación y defensa de los Derechos Humanos como instrumento clave en la concreción de los valores más fundamentales de la cultura humanista a la que nos adherimos y de su conjunto de valores. Esto abarca tanto la producción de normativa relevante, como la instauración de mecanismos para vigilar y lograr su debido respeto. Costa Rica ha atendido seriamente la necesidad de integrarse como miembro pleno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aceptando la normativa respectiva y comprometiéndose además en apoyar el funcionamiento los órganos de dicho sistema y por supuesto a respetar también el resultado del ejercicio de las competencias de éstos últimos lo cual incluso se ha visto reforzado con la concreción del Convenio de sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente en nuestro país, Ley 6889 del nueve de septiembre de 1983*) en nuestro país que le da a las sentencias de la Corte, la fuerza ejecutiva y ejecutoria de sus propios tribunales. Sobre el tema, el texto del, señala con contundencia en su artículo 27:

“Artículo 27.- Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”.

19. Esa circunstancia y su desarrollo a través de décadas de funcionamiento y vigencia, le impone a los órganos internos encargados de hacer valer los derechos humanos en el contexto nacional – en especial a este Tribunal- la construcción de soluciones apropiadas tanto a los requerimientos propios del régimen jurídico de los Derechos Humanos, como también al estímulo y consolidación de las competencias de los órganos internacionales encargados de ejercer tal jurisdicción en sede internacional. Dicha necesidad resulta más acuciante cuando tomamos en cuenta por una parte que, al carecer de mecanismos formales y efectivos de coerción, dichos órganos internacionales creados por voluntad estatal para la protección de Derechos Humanos, dependen para su subsistencia y su éxito, del grado de compromiso y respeto por su actuar, que sean capaces de proveer las diferentes autoridades nacionales en sus respectivos campos de acción.- Y, por otra parte, también se aprecia tal necesidad de ajuste, por tratarse de órganos ubicados en diferentes esferas jurídicas, de modo que las respectivas reglas y principios de aseguramiento de coherencia interna, no resultan fácilmente extrapolables.

20.- Prestan entonces poca ayuda el orden interno y sus conceptos, y, por lo demás, resulta mucho menos aceptable renunciar a ese esfuerzo e imponer, sin matiz alguno, las competencias dispuestas en el ordenamiento interno, para abordar casos que ya han trascendido hasta la sede internacional, pues se arriesga con ello la producción de sentencias contradictorias que afectarían sin duda alguna la legitimidad y peso que deben tener los órganos de la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos cuando han realizado precisamente la labor que les encomendó la comunidad que los crea y les da soporte y de la cual forma parte nuestro país.

21.- Al contrario, la necesidad de producir, en lo que se refiere al resultado final de protección de los Derechos fundamentales, un aseguramiento del cumplimiento de aquellos mandatos que los protegen y refuerzan, exige a los operadores jurídicos en nuestro país, sin excluir a este tribunal, la adopción de una posición congruente y clara de apego a tales decisiones y no cabe adoptar una posición selectiva, brindando apoyo y acatamiento a unos casos sí, pero a otros no, según nos parezca mejor y más apropiado jurídicamente o más coincidente con nuestras ideas o valores, sino también -y principalmente- cumplir con nuestra obligación cuando las decisiones adoptadas en dichas sedes se presentan divergentes frente a nuestras opiniones jurídicas y convicciones.-

22.- Esto aplica a mi caso, dado que, según expresé claramente en mi voto particular en la sentencia 2014-3715, no comparto los argumentos de fondo de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo y otros, sin embargo, estoy jurídicamente obligada a cumplirla. Por encima de los criterios personales, debe prevalecer ese círculo virtuoso que el país ha venido construyendo trabajosamente en las últimas décadas y que ha conseguido, a través de pasos grandes o pequeños pero siempre relevantes de los distintos protagonistas- una mayor y cada vez más acentuada cultura de reconocimiento y defensa de los Derechos Humanos para los miembros de nuestra sociedad.

23.- En resumen, nuestro papel es a esta altura el de colaboradores en un proceso en fase de ejecución de una sentencia que radica de la Corte Interamericana y nuestra obligación consiste en su ajustado cumplimiento, que debe adelantarse por nuestra parte al tenor los artículos 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 69 del Reglamento de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales fijan un entorno jurídico suficiente para entender nuestro deber de reservar, en favor del órgano decidor, la

toma de decisiones que pretendan modular el alcance de las disposiciones contenidas en la decisión principal.

c) Conclusión sobre la forma en que de decidirse esta controversia.-

24.- Con base en los razonamientos arriba expuestos se concluye que el análisis de fondo del reclamo planteado en esta acción de inconstitucionalidad arriesga un ejercicio competencias coincidente y traslapado en cuanto su objeto, pues toca de lleno una cuestión de ejecución, específicamente, respecto del equilibrio y balance que la Corte Interamericana ordenó llevar a cabo en nuestro país, a propósito del procedimiento descrito como *Fertilización in vitro* y con base en el alcance de los distintos derechos fundamentales involucrados que la sentencia del Tribunal internacional dejó claramente establecidos.

25.- Una intervención de la Sala en este caso podría modificar y poner en riesgo la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana en contra del ya citado marco normativo que regula la ejecución de las sentencias de la corte y en contraposición incluso del principio de buena fe (*pacta sunt Servanda*) y de inoponibilidad de normas de Derecho interno para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados recogidos en los artículos 1 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

26.- Frente a tal situación, donde un tribunal nacional y uno internacional ambos con competencia sobre la materia de Derechos Humanos, adelantan procesos distintos pero susceptibles de estorbarse entre sí, por estar obligados **a resolver de manera simultánea** sobre una misma cuestión, cabe concluir que existen desde un punto de vista jurídico y técnico-procesal, buenas razones para que el Tribunal nacional –en cuanto órgano del Estado costarricense, que se ha obligado como un todo a respetar la jerarquía y competencia de la Corte

Interamericana y a cumplir y hacer cumplir sus fallos- pueda afirmar la existencia motivos suficientes para tener por declinada su competencia y diferir su ejercicio, hasta que el Tribunal internacional defina si el Decreto discutido es o no un desarrollo aceptable desde la perspectiva convencional y dentro del ámbito de lo que ese mismo Tribunal resolvió concretamente en la sentencia sobre el caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica”.

27.- Por todo lo anterior, estimo necesario salvar el voto y rechazar de plano la acción planteada por considerar que la Sala Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre el mismo objeto procesal, que pende simultáneamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros, en razón de la audiencia de supervisión de cumplimiento convocada al efecto, y hasta tanto ese tribunal no emita pronunciamiento. Lo anterior con el fin de preservar la integridad del sistema interamericano de derechos humanos del cual nuestro país forma parte.-

IX.- RAZONES ADICIONALES DEL MAGISTRADO CRUZ CASTRO. LA EFICACIA DIFERIDA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO.

I- Tal como se expresa en el voto de mayoría, estimo que el decreto objetado contraviene el principio de reserva de ley, sin embargo, la trascendencia que tiene la decisión de un Tribunal internacional de los derechos humanos, así como la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos que debieron acudir ante la instancia citada, exigen la modulación de los efectos del fallo, manteniendo la vigencia del reglamento declarado inconstitucional, hasta que el parlamento dicte la ley que regule la fecundación in Vitro.

El incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, así como la tutela de los derechos fundamentales de las personas que debieron acudir ante una

instancia judicial internacional, son circunstancias muy calificadas que justifican la eficacia diferida de la sentencia de inconstitucionalidad, porque el incumplimiento de una sentencia de un tribunal que tutela derechos fundamentales, provoca un grave e inadmisibles estado de inconstitucionalidad que debe solventarse mediante la eficacia diferida de la decisión. Si bien la tutela de un principio tan importante como la reserva de ley, exige la anulación del reglamento dictado por el Poder Ejecutivo, no es posible desconocer otros valores que están en juego, como la obediencia a una sentencia de un tribunal internacional.

II- La decisión de la Corte Interamericana contiene mandatos específicos, de acatamiento obligatorio para el Estado costarricense. Según señala el fallo mencionado, estas son las acciones que se deben adoptar:

“Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.

El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.

El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.

El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a

disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.

El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.

El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.

El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.

El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Diego García-Sayán hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente, y el Juez Eduardo Vio Grossi hizo conocer a la Corte su Voto Disidente, los cuales acompañan esta Sentencia.....”

Las órdenes que dictó la Corte Interamericana reivindican los derechos fundamentales de un grupo de ciudadanos que debieron acudir a una instancia internacional en protección de sus derechos; esta condición no puede ignorarse, no puede postergarse, tal como ha ocurrido hasta el momento.

III- Sobre la eficacia diferida de las sentencias de inconstitucionalidad, pueden citarse varios precedentes:

Documento firmado digitalmente por:

a- Ley de Inquilinato: inconstitucionalidad por atípica (SCV 90-479)

En este caso la Sala declaró la inconstitucionalidad por tratarse de una norma atípica, sin embargo, propicia una efectividad diferida del fallo, por esa razón, para evitar una grave dislocación social y económica al dejar al país sin legislación de inquilinato, mantuvo vigente la normativa anterior.

“Sexto. Con todo, la mayoría de la Sala estima que la anulación que acaba de dictarse, tomada pura y simplemente, produciría gravísimas dislocaciones a la seguridad, la justicia y la paz sociales, que deben atemperarse a la luz del artículo 91 de la Ley No. 7135. En efecto, se trata de un ordenamiento necesario para la inmensa mayoría de los habitantes del país, que por definición carece de un lugar de su propiedad donde habitar o ejercer su comercio, industria o actividad profesional, y que desde 1939 venía protegida frente a los propietarios de inmuebles por una legislación tutelar derivada de preocupaciones de orden público social. (...) pero la bondad del propósito no justifica el menoscabo constitucional que obliga a declarar la inconstitucionalidad de raíz y en cuanto a la ley toda, por tratarse de un vicio originario que la torna ilegítima en su integridad. Por ello, la mayoría de la Sala opta por declarar vigente la legislación dictada con anterioridad a la Ley No. 7101, que a pesar de sus fallas se había consolidado como cuerpo de normas expresas y soluciones jurisprudenciales generalmente conocidas de los interesados. Tanto, que puede decirse con relativa certeza que en punto al derecho inquilinario se había consolidado con los años un cuerpo de doctrina que no debe menospreciarse, y que es preferible dejar subsistente mientras la Asamblea Legislativa no tenga a bien ocuparse nuevamente del problema, que por supuesto sigue latente. Dejar al país sin ninguna legislación inquilinaria sería un retroceso enorme y lesivo al orden público social que la ha justificado desde tiempo atrás, y dar primacía al orden público político que gobierna al primer párrafo del artículo 45 Constitucional sin razón valedera que lo aconseje.”

b- Decreto de experimentación con seres humanos (SCV 2010-001668)

Por violación al principio de reserva de ley, el reglamento que regulaba las investigaciones en seres humanos y que se autorizaba los ensayos clínicos, fue declarado inconstitucional. Sin embargo, mediante gestión de aclaración, según

resolución 2010-006524, se mantuvieron las experimentaciones clínicas autorizadas con base en normativa anulada en la acción, indicándose:

“A efectos de que la declaratoria de inconstitucionalidad no deje sin amparo a las personas que han sido, están siendo y serán sometidas a experimentaciones clínicas, debe entenderse que los experimentos clínicos iniciados con posterioridad al 27 de mayo del 2003 –y hasta la fecha de publicación íntegra de la sentencia en el Diario Oficial La Gaceta- no tienen por qué suspenderse si se determina médicamente que ello resulta más beneficioso para la preservación del derecho a la vida, el derecho a la salud o para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas sometidas a ellos.”

Nuevamente la Sala decreta una efectividad diferida del fallo de inconstitucionalidad, en función de la salud y la calidad de vida de los ciudadanos sometidos a experimentación. Esta decisión prácticamente autorizó la ejecución de todos los ensayos clínicos iniciados hasta la fecha de publicación de la sentencia; en este caso, aunque es polémico asumir que un ensayo clínico se aplique para mejorar la salud de una persona, a pesar de ese supuesto tan discutible, se mantuvieron vigentes todos los ensayos clínicos, admitiendo que se autorizaron en un marco normativo inconstitucional. Esta vigencia se mantuvo varios años, porque ni siquiera el Ministerio de Salud pudo determinar con certeza cuáles fueron los ensayos que siguieron realizándose y cuales se interrumpieron, según se expone en el voto 2015-7505; en esta sentencia se reconoce que dada la naturaleza del tema y su complejidad, no es posible determinar, con certeza, si existió una desobediencia al mandato de la Sala, aunque si se reconoce que los ensayos clínicos siguieron desarrollándose. Es obvio que en este caso, también existió una inconstitucionalidad diferida.

c-Licencias en pesca de arrastre (SCV 2013-010540)

Pese a que se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Pesca y Acuicultura sobre la pesca del camarón con red de arrastre, en el por tanto se

indicó que los permisos, autorizaciones y licencias vigentes conservarán su validez y vigencia hasta el vencimiento del plazo otorgado a cada una de ellas, bajo el siguiente argumento:

“... los pescadores de camarón con redes de arrastre previamente obtuvieron sus licencias al amparo de una legislación vigente, incurriendo en inversiones dada las expectativas que ese ordenamiento les generaba; además, la declaratoria de nulidad de tales licencias a partir de la notificación de esta sentencia, ocasionaría dislocaciones en la paz social, toda vez que un grupo relevante de familias se vería seria y repentinamente afectado si no se respetan los derechos adquiridos.”

Un procedimiento que resulta tan dañino para el ecosistema marino, se le dio a la inconstitucionalidad un efecto diferido para evitar los graves efectos que ocasionaría la vigencia inmediata de una declaratoria de inconstitucionalidad, cuyo fundamento científico y jurídico, era indiscutible.

d- Impuesto a personas jurídicas (SCV 2015-1241)

En este precedente se dimensionó la inconstitucionalidad del impuesto a personas jurídicas para que la inconstitucionalidad lo fuera a partir del periodo fiscal del 2016, argumentando que:

“En materia tributaria, resulta de primordial relevancia el dimensionamiento en el tiempo de un fallo estimatorio de inconstitucionalidad, habida cuenta, que su efecto retroactivo podría generar graves dislocaciones tributarias o financieras, por tratarse de ingresos percibidos por la Hacienda Pública y, en la mayoría de los casos, presupuestados y ejecutados en presupuestos públicos sucesivos.”

Este es otro ejemplo en que dadas las consecuencias de la decisión, era inevitable una modulación, a pesar de la inconstitucionalidad. Si bien se admite la existencia de una inconstitucionalidad, evidente, indiscutible, era necesario hacer un ejercicio de ponderación entre la determinación judicial de la inconstitucionalidad y los efectos inmediatos de la decisión, dejando lapso de

tiempo razonable para que los efectos de una decisión jurídicamente impecable, no ocasionen graves e irreparables daños, admitiendo, por supuesto, que en algún momento, la supresión de la norma inconstitucional, cobraría plena vigencia.

e- Omisión legislativa de dictar una ley penitenciaria.

En el voto 2015-019582, la Sala decretó la inconstitucionalidad del reglamento penitenciario (Decreto Ejecutivo no. 22139 del 26/02/1993 “Reglamento sobre Derechos y Deberes de los Privados y Privadas de Libertad”) por violación al principio de reserva de ley, sin embargo, para evitar graves dislocaciones en la seguridad y ejecución de la pena privativa de la libertad, mantuvo vigente el reglamento que fue considerado inconstitucional, hasta que el parlamento dicte una ley penitenciaria. La grave dislocación que provocaría la anomia en materia penitenciaria, requiere que la efectiva exclusión del reglamento se difiera hasta que el parlamento dicte una ley penitenciaria, que es lo que corresponde conforme al principio de reserva de ley.

IV- Conclusión. En todos los precedentes citados, se aplicó una inconstitucionalidad diferida; los efectos de un fallo de inconstitucionalidad, requiere, en ciertos casos, una modulación de las consecuencias, ponderando los diversos bienes jurídicos en juego para evitar las graves consecuencias que provocaría una aplicación ritual y mecánica de la decisión. En el caso de la fecundación in Vitro, existe un mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin desconocer, además, la protección de los ciudadanos que debieron acudir a una instancia judicial internacional. No puede este tribunal ignorar la trascendencia de los hechos recién citados y por esta razón debe ponderarse la relevancia que tiene el principio de reserva de ley y al mismo tiempo, reconocer la relevancia de una sentencia de un tribunal internacional. En la convergencia de estos valores constitucionales tan relevantes, debe aplicarse la inconstitucionalidad

diferida de la sentencia, manteniendo vigente el reglamento dictado por el Poder Ejecutivo hasta que el parlamento dicte la ley que regule la fecundación in Vitro.

X.- Nota del Magistrado Rueda Leal.

1) Considero importante retomar lo señalado en sentencia, en el sentido de que asuntos de tanta trascendencia, como la determinación de aspectos fundamentales de la FIV (verbigracia en mi concepto el tratamiento de los gametos y, con ello, la definición de aquella transferencia de óvulos fecundados que resguarde mejor la salud de la mujer), así como el establecimiento de una nueva ponderación en la protección de los derechos involucrados en el decreto aquí impugnado, deban ser regulados por el Poder Legislativo y no por el Ejecutivo. El Parlamento, por su misma configuración, es un órgano representativo de la soberanía popular, en el que confluyen fuerzas plurales y heterogéneas, de ahí que sin duda constituya, dentro de un sistema republicano, el escenario político más idóneo para el debate libre, igualitario y democrático de las diversas tendencias de pensamiento representadas en la Asamblea Legislativa, proceso en el que mayorías y minorías tienen su espacio y existe un importante control de la opinión pública, lo que da mayores garantías de que no se actúe de manera arbitraria. Por el contrario, en el Poder Ejecutivo, dentro del marco jurídico costarricense, las decisiones se adoptan obviamente de manera unilateral, no existe el mismo tipo de debate interno que caracteriza al Parlamento. Por ello, considero muy peligroso, permitir que la **regulación del contenido esencial de cualesquiera derechos fundamentales** le pueda ser atribuida al Poder Ejecutivo. En este caso concreto, quienes se encuentran a favor de la fecundación in vitro, podrían avalar tal intervención; empero, con todo respeto deseo señalar que la tesis de que solo la restricción de los derechos fundamentales está reservada a la ley mas no su **regulación y afectación** (aunque se trate de aspectos medulares), establece un precedente muy peligroso, porque deja abierta la puerta para que temas

relacionados con el ejercicio de otros derechos fundamentales (tales como la libertad de prensa, de opinión o de expresión), el Poder Ejecutivo igualmente llegue a justificar su interferencia vía decreto con la excusa de que solo los está regulando pero no limitando; con la particularidad además, de que no existe garantía de que todas las configuraciones del Poder Ejecutivo en un futuro sean respetuosas del régimen democrático estatuido por el Poder Constituyente Originario en la Constitución Política de nuestro país. Como bien lo indicó la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 6/86 que se cita en la sentencia:

“La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten " por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". (El destacado no es del original.)

En virtud de lo expuesto, estimo de suma relevancia evitar que se avalen intervenciones del Poder Ejecutivo en aspectos medulares de los derechos fundamentales obviando la vía legislativa, con la mera justificación de que con ello

no se está restringiendo ningún derecho fundamental sino únicamente regulándolo, porque esto al fin y al cabo viene a significar un riesgo sensible en la debida tutela de los tales derechos.

2) Las manifestaciones externadas a la Prensa por parte del coadyuvante pasivo en esta acción, Boris Molina Acevedo, en las que cuestionó mi imparcialidad en la resolución de este asunto, ameritan que, en aras de resguardar la legitimidad de este Tribunal, haga la siguiente acotación. A pesar de que el señor Boris Molina Acevedo manifestó expresamente ante diversos medios periodísticos, que presentaría una acción legal para que el suscrito no pudiera conocer de este proceso (<http://www.diarioextra.com/Anterior/detalle/272687/piden-a-magistrado-no-votar-en-caso-fiv>), por considerar que me asistía impedimento por un artículo que publiqué el 4 de febrero de 2013 en La Nación, debo aclarar, **que en el trámite de esta acción nunca lo hizo, tampoco lo planteó en recursos anteriores** (ver expediente No. 13-015288-0007-CO). Dejo constancia, que fue el propio suscrito quien consultó al Pleno de la Sala, en una primera ocasión dentro del expediente 09-014754-0007-CO referido a la omisión de la CCSS de practicar la técnica de la FIV, si existía motivo válido para inhibirme en virtud del citado artículo. Desde aquella oportunidad, la Sala resolvió que no concurría ningún supuesto que me habilitara para separarme del caso. En una segunda oportunidad, en el expediente 13-015288-0007-CO, planteado por el señor Boris Molina Acevedo, **aun cuando tampoco solicitó mi separación en dicho proceso**, expuse ante la Sala la existencia de dicha publicación y el Pleno reiteró mi habilitación para votar este tipo de asuntos; es decir, me conminó a conocer del proceso. Don Gilberth Armijo, en aquel momento Presidente de la Sala, en una resolución del 21 de enero del 2014, señaló textualmente: *“En ese sentido, es perfectamente admisible que el magistrado Rueda Leal (...), en términos académicos, invite a estudiantes de Derecho a formularse una serie de interrogantes de hermenéutica jurídica, pero ello no implica en absoluto que con tales afirmaciones se afecte necesariamente su posición de tercero imparcial en perjuicio de las partes. Incluso, como lo indica el propio magistrado, expresamente omite dar su opinión sobre tales preguntas (...). Las expresiones emitidas por el magistrado Paul Rueda*

Leal no alcanzan el grado suficiente para entender objetivamente que se ha perdido la confianza de la sociedad democrática en el papel que a él le corresponde en la resolución de este asunto”. Dado lo expuesto, el suscrito ha actuado con transparencia e imparcialidad para resolver los asuntos que se me han conminado a conocer. Lo anterior, a pesar de que, reitero, el señor Boris Molina Acevedo ha cuestionado mi participación en la resolución de estos asuntos ante la Prensa y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, mas no en los expedientes judiciales tramitados por esta Sala donde no ha planteado gestión procesal alguna en tal sentido.

XI.- NOTA DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ.

Que la postura fundamento de mi voto, en la medida que concurre sobre la necesidad de observar el principio de reserva de ley en la materia objeto de esta acción, es la misma que de forma reiterada he sostenido en el pasado; en un primer momento como Juez del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, al resolver el caso tramitado según Carpeta #08-000178-01027-CA; y luego, en la sentencia de esta Sala #10712 de 11.31 horas de 8 de agosto de 2013, pues en mi opinión, la *regulación* que debe dictar el Estado costarricense en materia de Fecundación in Vitro (FIV), a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es de carácter legislativo, y no reglamentario o ejecutivo, al estar de por medio derechos fundamentales, con especial referencia a la vida y la dignidad humana (artículo 21 de la Constitución Política). En efecto, la jurisprudencia de esta Sala es también reiterada y conteste con lo dispuesto por la Corte IDH desde su pronunciamiento en la OC-16, en señalar cómo las limitaciones que resultare procedente imponer al goce o ejercicio de derechos fundamentales, deben estar sujeta al pleno respeto del principio de reserva de ley, pues, en este caso particular, que impone desarrollar aspectos tales como fines, centros o lugares de operación, profesionales responsables, procedimientos, limitaciones, prohibiciones (delitos) frente a potenciales desviaciones no deseables, con las respectivas sanciones, financiamiento, etc., sin impedir la evolución científica, son aspectos únicamente discutibles en un marco

de amplitud y representación democrática. En la misma línea de argumentación, es claro que el efecto jurídico-material directo de la declaratoria de inconstitucionalidad de un determinado acto normativo, es su expulsión inmediata del ordenamiento, y ya sea volver al estado de cosas anterior, o bien, en caso de imprescindible necesidad, llenar el vacío acontecido mediante el procedimiento democráticamente establecido para ello. En el caso bajo estudio, es claro que la declaratoria de inconstitucional del Decreto impugnado, supone la inmediata eliminación del mismo, y siendo que el tema objeto de regulación es de particular interés en materia de promoción, protección y respeto de los derechos humanos, resulta claro que debe procederse a llenar el vacío sobreviniente, aplicando para ello las disposiciones y procedimientos propios de regulación de los derechos fundamentales en el ámbito interno, procedimiento que claramente ha sido ya señalado por la Corte IDH y la jurisprudencia de esta Sala. Así, en este caso, donde el debate bascula en torno a la promulgación de una norma reglamentaria, sin que se haya discutido ningún tipo de incumplimiento; y donde se ha producido la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, la adopción de las adecuadas disposiciones reguladoras de la materia, con arreglo a los procedimientos legislativos democráticos, es un efecto reflejo y una consecuencia pareja e inmediata a la anulación y expulsión acordada.

Por tanto:

Se declara CON LUGAR la acción, únicamente, por violación al principio de reserva de ley y porque la modificación al ordenamiento jurídico, con arreglo a los procedimientos constitucionales que prevé el artículo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es a través de la ley formal. En consecuencia, se anula el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S, denominado "Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria", del 10 de setiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 178 del 11 de octubre de 2015. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la normativa anulada, sin perjuicio de derechos

adquiridos de buena fe. Los Magistrados Jinesta Lobo y Hernández López salvan el voto y rechazan de plano la acción planteada por considerar que la Sala Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre el mismo objeto procesal, que pende simultáneamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros, en razón de la audiencia de supervisión de cumplimiento convocada al efecto, y hasta tanto ese tribunal no emita pronunciamiento. Lo anterior con el fin de preservar la integridad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del cual nuestro país forma parte. El Magistrado Cruz Castro expone razones adicionales y se separa del voto de mayoría respecto del dimensionamiento, manteniendo vigente el Decreto Ejecutivo objeto de esta acción, hasta tanto el Parlamento apruebe la ley de fecundación in vitro. Los Magistrados Rueda Leal y Hernández Gutiérrez ponen notas separadas. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como a la Caja Costarricense de Seguro Social. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Tomen nota, los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de lo manifestado en el sexto considerando. Notifíquese./Ernesto Jinesta L.,Presidente/Fernando Cruz C./Fernando Castillo V./Paul Rueda L./Nancy Hernández L./Luis Fdo. Salazar A./Jose Paulino Hernández G./.-

San José, 23 de febrero del 2016.

Documento firmado digitalmente por:

GERARDOMADRIZPIEDRA SECRETARIO/A SALA CONSTITUCIONAL

1 vez.—(IN2016013462).