

## Sala Constitucional

Resolución N° 14503 - 2018

**Fecha de la Resolución:** 31 de Agosto del 2018

**Expediente:** 18-001376-0007-CO

**Redactado por:** José Paulino Hernández Guitérrez

**Clase de Asunto:** Recurso de amparo

**Analizado por:** SALA CONSTITUCIONAL

**Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente**

## Texto de la Resolución

**Exp: 18-001376-0007-CO**

**Res. N° 2018014503**

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las doce horas con cincuenta minutos de treinta y uno de agosto de dos mil dieciocho.

Recurso de amparo interpuesto por [Nombre 001], cédula de identidad [Valor 001] y [Nombre 002], cédula de identidad [Valor 002], contra la CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL.

Resultando:

1. - Por escrito agregado al Sistema Costarricense de Gestión de Despachos Judiciales de esta Sala a las 11:00 horas de 29 de enero de 2018, los recurrentes manifiestan que en julio de 2017, iniciaron en el Programa de Fertilidad del Hospital México. Señalan que, luego de practicárseles los exámenes correspondientes, el 12 de diciembre de ese mismo año se determinó que el único procedimiento viable, en su caso, era la fertilización in vitro (FIV), al descartarse la opción de inseminación, debido al estado de las trompas de Falopio de la recurrente. Agregan que; sin embargo, el médico les indicó que la Sala de FIV no estaba lista todavía, sino que debían esperar dos 2 años más, aproximadamente. Indican que se les aclaró que, para ese entonces, ya no se les podía practicar el tratamiento, debido a la edad de la paciente. Por lo anterior, estiman lesionados sus derechos fundamentales, pues, en la Gaceta No. 178 de 11 de setiembre de 2015, el Poder Ejecutivo publicó la autorización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, con el fin de garantizar los derechos reproductivos de las personas con infertilidad (Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S). Mencionan que, en los numerales 7, 16 y 17, se establece que el Ministerio de Salud tiene la obligación de elaborar la norma técnica que establezca los lineamientos pertinentes para la FIV, la habilitación y el funcionamiento de los centros de salud en que se aplicará. Agregan que, según el ámbito de aplicación, dicha norma es de acatamiento obligatorio en los centros públicos y privados. Solicitan que se declare con lugar el recurso, a fin que puedan ser garantizados sus derechos fundamentales.
2. - Por resolución de Presidencia de las 14:18 hrs. de 30 de enero de 2018. se le dio curso al presente amparo.
3. - Informa **JORGE SAGOT SALGADO**, en su condición de Jefe del Servicio de Ginecología del Hospital México, que los recurrentes fueron referidos a ese centro hospitalario el 14 de julio de 2017 y se les programó cita por primera vez el 7 de setiembre de ese mismo año. Indica que se les hizo la evaluación clínica, examen físico y enviaron exámenes de laboratorio y de gabinete pertinente del manejo y evaluación de pareja infértil. Agrega que a los recurrentes se les otorgó cita para el 16 de noviembre de 2017. para la evaluación en conjunto como pareja. Indica que *"el factor masculino asocia aglutinaciones en espermograma"*. lo que sugiere un factor inmunológico. Añade que en la evaluación de factor tubo- peritoneal, no se logró realizar histerosalpingografía por fuga de medio de contraste en 3 intentos, por lo que se programó laparoscopia más cromotubación. que se realizaron el 12 de diciembre de 2017. Sostiene que en dicho procedimiento quirúrgico, se documentó *"una estenosis cervical severa con endometriosis moderada, con endometrioma de ovario izquierdo, hidrosalpinx izquierdo, leiomiomatosis con mioma en cuerno uterino derecho de 2 centímetros que impresiona ocluir paso hacia trompa derecha, fondo de saco anterior y posterior parcialmente obliterado"*. Afirma que se realizó cauterización de endometriosis, adherensiolisis y cauterización de endometrioma de ovario izquierdo. Agrega que el 15 de enero de 2018 se realizó una evaluación post operatoria y se le explicó a la pareja sobre sus hallazgos quirúrgicos, sus morbilidades, su pronóstico reproductivo y las posibilidades de éxito del tratamiento. Explica que a los recurrentes se les indicó sobre el factor cronológico como la edad de ambos progenitores y que no son candidatas a técnicas de baja complejidad, incluyendo inductores de la ovulación, menotropinas e inseminación intrauterina. Aclara que se les indicó a los petentes que en su caso como pareja, requerirían fecundación in vitro. Sostiene que dichas técnicas se encuentran en espera de incorporación en la Caja Costarricense de

Seguro Social. Afirma que los recurrentes fueron dejados en lista de espera para reevaluar el caso, cuando se incorporen dichas técnicas. Aclara que la institución recurrida se encuentra en proceso de incorporar la técnica de fertilización in vitro (FIV) para lo que se requiere de un equipo multidisciplinario altamente capacitado, incluyendo embriólogos, Infectólogos, andrólogos, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros, nutrición, para lo cual la Caja y el CENDE1SSS se encuentra en proceso de formación humana. Agrega que se requiere la construcción de una estructura física para garantizar el desarrollo de un laboratorio con tecnología de punta, cuyas características de esterilización del ambiente, control de compuestos orgánicos volátiles, gases medicinales, no posee ningún centro médico del país. Señala que además, se requiere equipamiento con tecnología muy específica, incluyendo incubadoras, micro- manipuladores, medios de cultivo que actualmente la institución recurrida no posee. Aclara que no es negligencia médica ni administrativa que no se cuenta aún con estas posibilidades. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

4. - Informa DOUGLAS MONTERO CHACÓN, en su condición de Director General del Hospital México. Reitera lo indicado en el informe rendido por Jorge Sagot Salgado, en su condición de Jefe del Servicio de Ginecología del Hospital México. Solicita declarar sin lugar el recurso.
5. - Informa FERNANDO LLORCA CASTRO, en su condición de Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, que en el caso de la Fertilización In Vitro (FIV), la institución recurrida *"no ha claudicado en las obligaciones dadas"* en el artículo 14 del Decreto Ejecutivo 39210-MP-S en relación con las obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que, según lo ordenado, se ha iniciado con la preparación técnica, la creación de protocolos y la construcción del centro que albergará la técnica de FIV. Señala que un proyecto de tal envergadura debe de planearse estratégicamente, por cuanto requiere una serie de componentes técnicos, humanos y de infraestructura que deben cumplirse a cabalidad. Reitera lo indicado en el informe rendido por Jorge Sagot Salgado, en su condición de Jefe del Servicio de Ginecología del Hospital México y agrega que la Caja Costarricense de Seguro Social ha hecho avances en relación con lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del Decreto de 10 de setiembre de 2015. Sostiene que para la aplicación de la técnica de reproducción humana de alta complejidad de FIV, la institución recurrida se rige por lo indicado en el documento de normalización técnica institucional *"Protocolo de Atención Clínica para el diagnóstico de la Pareja o mujer sin pareja con infertilidad y tratamiento con técnicas de alta complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS"*. elaborado por expertos institucionales en la temática, y basado en una amplia revisión de literatura y evidencia científica actualizada. Aclara que en dicho protocolo se define que para ingresar a la Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad, las parejas o mujer sin pareja con infertilidad, deben cumplir con varios criterios y presentar alguna de las indicaciones generales para la realización de procedimientos de reproducción asistida de alta complejidad. Añade que para implementar dicha la técnica en la Caja Costarricense de Seguro Social, se necesita construir una unidad de medicina reproductiva de alta complejidad que integre las necesidades de infraestructura, insumos materiales, equipo y recurso humano necesario para garantizar las condiciones del Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit. Indica que por lo anterior, se necesita acondicionar dentro del terreno del Hospital de las Mujeres, un área con las condiciones mínimas de espacio físico en cumplimiento con las normativas vigentes, por las cuales se rigen los centros de atención médica, para garantizar la oportuna, óptima y segura atención de los pacientes y sus acompañantes. Explica que la Unidad Médica de Reproducción Asistida de Alta Complejidad funcionará como una especialidad más del Servicio de Ginecología, con alcance nacional. Indica que el propósito de dicha conformación es beneficiarse de todos los servicios de apoyo con los que ya cuentan los hospitales nacionales, de tal forma que la Unidad podría hacer uso de los recursos compartidos y obtener costos de operaciones menores. Refiere que el nuevo servicio, al ubicarse en un hospital con especialistas disponibles, podría afrontar complicaciones en los procedimientos, por lo que no se prevé la creación de una nueva unidad ejecutora, sino que el nuevo servicio se estaría incorporando a la actual oferta del Servicio de Ginecología, lo que involucraría estar subordinada a la Dirección Médica y Administrativa del centro hospitalario. Aclara que los pacientes que accedan a los servicios de la nueva Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad, serán atendidos por referencia médica de la red a la cual se encuentran adscritos. Amplía que la ejecución del contrato de Diseño- Construcción- Equipamiento y Mantenimiento del centro para FIV ya está en curso. Expone que la etapa de diseño finalizó y actualmente está en permisos constructivos. Afirma que se espera que la construcción inicie en marzo y, según los plazos del cartel, la entrega estaría aproximadamente para septiembre. Aclara que estos plazos se podrían cumplir si no hubiera atraso de otras instancias en la entrega de los permisos de construcción. Reitera que existen acciones concretas de la Caja Costarricense de Seguro Social para operacionalizar la técnica FIV en dicha institución. Amplía que el proyecto tiene forma y plazos establecidos. Asegura que en el caso de los recurrentes, la Administración ha actuado en apego a las directrices vigentes en materia de salud. Señala que la recurrente tiene 42 años, aspecto que según el *Protocolo de Atención Clínica para el diagnóstico de la Pareja o mujer sin pareja con infertilidad y tratamiento con técnicas de alta complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS* podría ser candidata para la aplicación de la técnica de FIV pero no con óvulos propios, sino a recibir tratamiento con óvulos o embriones donados. Aclara que la edad de una mujer es la variable más importante que incluye tanto en las técnicas de reproducción asistida como en los resultados del embarazo, pues el avance de la edad conduce a una disminución de la respuesta ovárica a la estimulación de la tasa de implantación y una mayor tasa de abortos. Agrega que la razón más común para el uso de ovocitos de donantes es la edad materna superior a los 42 años, debido a la disminución de la reserva ovárica con la edad y a la incidencia de aneuploidías. Señala que el procedimiento de donación de óvulos inicia con la estimulación ovárica controlada en una donante. Sostiene

que los ovocitos se recuperan utilizando técnicas de rutina de FIV y son fertilizados con el semen de la pareja de la receptora, previa preparación endometrial. Sostiene que en el caso de la recurrente, la estimulación se realizaría a otra mujer posible donante, siendo la recurrente la receptora de los eventuales embriones fertilizados por su pareja. Agrega que el protocolo supra mencionado establece una serie de aspectos generales que deben cumplirse. Indica que la recurrente es candidata para recibir tratamiento con óvulos donados y en dicho caso, su pareja debe aceptar el procedimiento y brindar posibles candidatos para la donación, a fin de que se inicie la valoración integral de los posibles donadores. Aclara que actualmente, no se podría realizar la técnica de FIV dado que no se cuenta con los donadores de óvulos valorados, ni con la infraestructura, ni medicamentos requeridos para tal fin. Refiere que la institución recurrida debe entregar informes semestrales a la Procuraduría General de la República, en los cuales se evidencia el progreso y cumplimiento de la sentencia aludida en este amparo. Indica que solicita que se declare sin lugar el recurso.

6. - Por resolución de las 15:13 hrs. de 1<sup>o</sup> de marzo de 2018. se tuvo por ampliado el recurso contra el Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, de quien se requirió el informe correspondiente.
7. - Informó, bajo juramento. Fernando Florea Castro, en su condición de Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, que se está a lo informado.
8. - Por resolución de las 10:26 hrs. de 14 de mayo de 2018. se tuvo por ampliado este amparo contra el Ministerio de Salud y el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.
9. - Informó, bajo juramento. Giselle Amador Muñoz, en su condición de Ministra de Salud e indicó que para atender este recurso, se le solicitó al Director de Servicios de Salud. Mediante del oficio DSS-D402- 2018 de 16 de mayo de 2018. se informó, lo siguiente:

*"(...) Debe recordarse que, con el objetivo de cumplir con el contenido de la sentencia del 28 de noviembre de 2012, el Poder Ejecutivo, representado por el Presidente de la República, el Ministro de la Presidencia y el Ministro de Salud emitió el Decreto número 39210-MP-S, denominado "Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria". Dicho reglamento de servicio fue publicado en La Gaceta número 178 del II de setiembre de 2015. El Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S está destinado a garantizar el acceso a la FIV, así como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal la autonomía personal reproductiva, la salud sexual, el derecho a disfrutar de los beneficios científicos v tecnológicos de la más alta calidad, así como el principio de igualdad y no discriminación. En el artículo 6<sup>o</sup> de dicho reglamento se consigna que el Ministerio de Salud está facultado para realizar los acciones de autorización de funcionamiento, inspección y control regulados en la Ley General de Salud, Ley número 5395. De conformidad con los numerales 7<sup>o</sup>, 16<sup>o</sup> y 17<sup>o</sup> del Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S, el Ministerio de Salud tiene la obligación de elaborar la Norma Técnica que establezca los lineamientos pertinentes para la práctica del FIV, la conservación de los gametos, la habilitación v el funcionamiento de los centros de salud que aplicaran esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica. Desde el 10 de noviembre de 2015, el Ministerio de Salud inició el desarrollo de la Norma Técnica, a efectos de establecer las pautas básicas de índole administrativo y médico para efectuar este tratamiento en los servicios de salud y de la norma de habilitación a efectos de autorizar el funcionamiento de los establecimientos públicos y privados. Para este trabajo técnico, el Ministerio de Salud conformó una comisión de personas expertas en reproducción asistida y en otras ramas de las Ciencias Médicas, que representan diversos sectores como la CCSS, el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica y sociedad civil, entre otros y con participación de la Dirección Jurídica de la Presidencia de la República. En acatamiento del plazo otorgado en el Transitorio I del Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S y de las órdenes emitidas por la C1DH relativas al Estado de Costa Rica, el Ministerio de Salud procedió a la emisión de la Norma Técnica, Decreto Ejecutivo No. 39616-S "Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIPQ. publicada en el Alcance No. 48 a La Gaceta Digital No. 62 con fecha del 31 de marzo de 2016 y a la emisión de la Norma de Habilitación, Decreto Ejecutivo No. 39646-S "Norma para la habilitación de establecimientos de salud que realizan la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV-TE)". Publicado en el Alcance No. 65 a la Gaceta Digital No. 79 con fecha del 26 de abril de 2016. Esta Norma de Habilitación establece los estándares mínimos que deben de cumplir los establecimientos que pretendan ofrecer la técnica. Dichos estándares son verificados in situ, antes de emitir el certificado de habilitación.*

*El proceso de solicitud para la habilitación de estos establecimientos se rige mediante lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo 39728 "Reglamento General de Habilitación de Servicios de Salud y afines", publicado en el Alcance Digital No. 103, con fecha del 23 de junio del 2016.*

*Actualmente los decretos 39210-MP-S, 39616-S y 39646-S2 se encuentran vigentes y no han sufrido modificaciones.*

*Como parte de los procesos de inspección y control, a la fecha se han habilitado dos establecimientos privados para lo realización de la técnica:*

- a. el Centro FECUNDAR Costa Rica - Panamá en mayo del 2016.
- b. el Centro Fertilización in Vitro La California en febrero de 2017.

*Se realizaron visitas de inspección a ambos establecimientos, cumpliendo a cabalidad con la normativa vigente. Al establecimiento habilitado el año pasado se efectuaron visitas de seguimiento donde se pudieron observar los procedimientos de aspiración de óvulos y los procedimientos de andrología y de embriología, desarrollados según la norma técnica. En relación con establecimientos públicos, la Caja Costarricense de Seguro Social a la fecha no ha solicitado habilitación para alguno de sus establecimientos, con la finalidad de brindar los servicios de reproducción asistida mediante la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV). Por lo que dicha Institución aún no ha cumplido lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 39210-MP-S. De acuerdo con lo establecido en el Transitorio primero de dicho decreto, cada 6 meses la Presidencia Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social deberá informar a la Presidencia de la República acerca del avance progresivo de dicha obligación. Como puede observarse de lo descrito anteriormente, el Ministerio cumplió en plazo lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S(...)"*

Como puede observarse del informe recién transcrito, su representada ha estado vigilante del cumplimiento de las regulaciones jurídicas y técnicas existentes, a efecto de garantizar que los establecimientos que actualmente están autorizados, cumplan con las especificaciones necesarias en la técnica médica correspondiente.

**10. - Informó, bajo juramento, Andrés Castillo Saborío. en su condición de Presidente del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica e indicó que en cuanto al costo del procedimiento de Fecundación In Vitro. en nuestro país actualmente existen dos clínicas privadas debidamente autorizadas para prestar el servicio de Fecundación In Vitro en pacientes: FIV La California, San José Centro y el Centro FECUNДАР en el Hospital CIMA. Escazú. Los precios que se cobran en nuestro país oscilan entre los 7.800- 8000 dólares si se realiza con óvulos propios, o sea de la propia paciente. Por otro lado, cuando se trata de pacientes a las cuales se les debe de practicar la técnica con óvulos trasplantados de una tercera persona, el precio puede aumentar entre 2.500 a 3000 mil dólares más. En este último caso, en donde el procedimiento se realiza con óvulo de una tercera persona, o sea de una donante, estos deben de ser traídos del extranjero, generalmente de España o Argentina, puesto que nuestro país no cuenta con un banco de donadoras de óvulos para fecundación. El costo del kit de 8 óvulos traídos de España es de \$ 15.000 dólares y el de Argentina \$ 8.000 dólares, adicionales al precio indicado supra. Para el caso del informe vertido por la Caja Costarricense del Seguro Social, en cuanto a la edad de la paciente recurrente, es importante señalar que efectivamente este Colegio confirma lo expresado por la Caja en su informe, en el sentido de que el riesgo de probabilidad de nacimientos de bebés con vida, en caso de mujeres que ya hubiesen cumplido al menos los 42 años, es de un 3.4% que es muy bajo y esto se debe a que la variable de la edad es una de las más importantes e influye en gran medida en el éxito de las técnicas de la reproducción asistida, pues, a mayor edad la respuesta ovárica a la estimulación hormonal es menor, tal y como se expuso por parte de la recurrida Caja Costarricense del Seguro Social. En ese sentido, en los casos en los cuales la paciente tiene ya 42 años o más, la técnica debe de realizarse a partir de óvulos de donantes que se implantarán y los cuales como es lógico, son de persona donante cuya edad es inferior a 42 años y eso para garantizar precisamente el éxito del procedimiento, tal y como lo aclara en su informe la Caja Costarricense del Seguro Social. Asimismo, el Colegio manifiesta a la Sala que el órgano técnico para responder con mayor profundidad este tipo de preguntas, es la Comisión de Reproducción Humana y de FIV del Colegio, la cual por la premura de la solicitud y para no caer en desacato, no pudo ser convocada a los efectos, pero en caso de querer ampliar algún aspecto sobre el tema, se estaríamos convocando con el fin de emitir un criterio más amplio. Si es importante hacer énfasis que, en este tipo de casos, el momento es crucial ya que como bien se sabe en salud las condiciones a uno, dos o tres años posteriores, en las pacientes pueden variar y hacer que las posibilidades de éxito sean menos viables.**

**11. - Mediante resolución de las 14:06 hrs. de 13 de junio de 2018. se ordenó al Presidente de la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos que convocara a la Comisión de Reproducción Humana y de Fecundación In Vitro de ese Colegio, a efecto que dentro de los quince días siguientes a la notificación de esta resolución, se valorara a la amparada y emitiera un criterio técnico respecto de la viabilidad de someterla al tratamiento de la fertilización in vitro.**

**12. - Informaron, bajo juramento, Dr. Alberto Calderón Zúñiga. Cédula 1-0324-0710, Médico Especialista en Ginecología y Obstetricia, Código Médico 934. Dr. Nelson Acuña Durán, Cédula 1-0709-0325, Especialista en Ginecología y Obstetricia, Medicina Reproductiva y Materno Fetal, Código Médico 4136. Dr. Roberto Araya Rodríguez Cédula 1-0701-0167, Código Médico 4300. Especialista en Neonatología, en su condición de miembros del Comité de Salud Reproductiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, comisionados mediante el acuerdo de**

Junta de Gobierno, acta No. 2018-06-20 en sesión ordinaria celebrada el 20 de junio de 2018, art XI. Varios. III e indicaron:

1. El día veinticinco de junio del dos mil dieciocho fueron convocados por la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos a fin de conocer y externar criterio especializado sobre la procedencia o no de un tratamiento de fertilización In Vitro para la Sra. [Nombre 002].
2. El día seis de julio del dos mil dieciocho nuevamente convocados por la Junta de Gobiernos, obtuvimos copia fiel y exacta del expediente Clínico No. [Valor 002] a nombre de la paciente [Nombre 002] Yindra. enviado por el Hospital México bajo la certificación de las 13.09 horas del 02 de julio del año 2018.

Por lo anterior, basados en el análisis del supra citado expediente clínico y del expediente 18-001376-0007-C0 ambos de la paciente, podemos referirnos de la siguiente manera:

Se trata de una paciente femenina de 43 años de edad, conocida sana de previo, con antecedentes de un embarazo que terminó en aborto espontáneo en setiembre del dos mil dieciséis. Se presenta a la consulta externa de infertilidad del Hospital México en setiembre del dos mil diecisiete con un cuadro con un año de evolución de infertilidad secundaria, para su evaluación y manejo. En ese centro es valorada desde el punto de vista clínico y por exámenes de laboratorio y gabinete, respectivamente, y se le realiza una Laparoscopia diagnóstica en diciembre del mismo año. En consecuencia y con base a la solicitud de la Sala Constitucional respecto al nuestro criterio técnico respecto de la viabilidad de someter a dicha paciente al tratamiento de la fertilización in vitro, emiten las siguientes consideraciones:

- a. Esta Comisión considera que el caso en análisis es de pronóstico reproductivo reservado si se utilizan óvulos propios de la paciente debido a las comorbilidades que presenta ambos miembros de la pareja. La edad materna avanzada, en este caso de 43 años, se considera uno de los factores pronósticos más desfavorables en términos reproductivos, razón la cual en muchos centros de reproducción asistida a nivel mundial la edad se utiliza como criterio de selección o exclusión para los programas antes mencionados, y frecuentemente se utiliza la edad de 42 años como punto de corte para tomar esa decisión.
- b. Adicional a lo anterior, durante la Laparoscopia Diagnóstica realizada a la paciente en diciembre del dos mil diecisiete, vista folios 50 y 51 frente del expediente clínico, se consignan varios hallazgos que influyen negativamente en su pronóstico reproductivo tanto en condiciones naturales como en vista a un procedimiento de fertilización in vitro:

Factor Femenino:

Estenosis Cervical Severa: Condición en la cual el cuello del útero se encuentra obstruido al paso de espermatozoides.

Mioma Submucoso en Cuerno Uterino Derecho: se trata de un tumor benigno derivado del músculo uterino, y que en este caso aparentemente obstruye por completo el paso hacia la trompa de ese mismo lado.

Trompa izquierda completamente obstruida con Hidrosalpinx del mismo lado: Factor en contra de un pronóstico favorable ante un procedimiento de FIV en virtud de que el líquido emanado de dicha condición empeora las posibilidades de implantación de los embriones.

Endometriosis moderada con presencia de un endometrioma en el ovario izquierdo: La endometriosis en sus diferentes manifestaciones es la primera causa a nivel mundial de infertilidad de origen femenino por las afectaciones que produce tanto anatómicamente como inmunológicamente y que disminuye importantemente tanto las posibilidades de embarazos espontáneos como las posibilidades de éxito ante una transferencia embrionaria como parte del procedimiento de FIV.

Síndrome adherencial evidenciado en la Laparoscopia antes mencionada lo que indica una probable afectación por endometriosis de larga data. Sobrepeso de la paciente, que se ha relacionado con menores tasas de éxito tanto de en los ciclos de estimulación ovárica como en las posibilidades de éxito para transferencia embrionaria,

c. Factor Masculino:

Rn el espermograma realizado al señor [Nombre 001] el día ocho de noviembre del dos mil diecisiete visible en folios 22, 39 y 40 frente del expediente clínico, se consigna presencia de aglutinaciones espermáticas sugestivas de un factor inmunológico masculino, lo que no es un factor determinante para decidir la idoneidad de la pareja ante este procedimiento, sin embargo sí disminuye sus posibilidades de éxito.

Tomando en cuenta todos los elementos anteriormente mencionados y después de haber realizado una evaluación integral del caso, esta Comisión considera que si bien la señora [Nombre 002] sí es candidata al tratamiento para su cuadro de infertilidad secundaria mediante técnicas de reproducción asistida de alta complejidad (Fertilización in Vitro v Técnicas relacionadas), el pobre pronóstico de esta técnica en una paciente de 43 años con todas las comorbilidades antes mencionadas usando óvulos propios (tasas de éxito inferiores al 5% en condiciones idóneas), se hace necesario recurrir idealmente a la técnica de FIV con óvulos donados, procedimiento que por el momento no se puede realizar a nivel institucional, por la falta de recursos tanto técnicos como físicos que actualmente se encuentran en desarrollo, aunados al hecho de que no existe en el país un banco de gametos en capacidad de proporcionar los óvulos requeridos por la paciente para garantizar el mejor éxito de su procedimiento.

**13. - Por resolución de las 9:17 horas de 26 de julio de 2018. se solicitó como prueba para mejor resolver un informe al Comité de Salud Reproductiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica sobre el porcentaje de éxito de la FIV con óvulos donados, las probabilidades de éxito, en el caso concreto, tomando en cuenta la edad y demás factores. De otra parte, y como prueba para mejor resolver se solicita al Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social que se refiera a la reglamentación interna de la Seguridad Social que regula lo relativo a operaciones muy costosas económicamente, y a la forma en que se regulan las contribuciones o prestaciones económicas para personas que se sometan a ese u otro tipo de operaciones, tanto dentro como fuera del país, cuando la institución por algún motivo no brinda el servicio.**

**14. - Informar, bajo juramento. Alberto Calderón Zúñiga, Médico Especialista en Ginecología y Obstetricia, Código Médico 934. Nelson Acuña Durán. Especialista en Ginecología y Obstetricia. Medicina Reproductiva y Materno Fetal. Código Médico 4136. Gerardo Escalante López, Médico Especialista en Ginecología. Obstetricia. Medicina Reproductiva y Materno Fetal. Código Médico 1513 y Roberto Araya Rodríguez, Código Médico 4300, Especialista en Neonatología. miembros del Comité de Salud Reproductiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica e indicaron que para conocer las probabilidades reales que tiene la paciente [Nombre 002] Yindra. de llegar a convenirse en madre mediante un proceso de fertilización in vitro. que está solicitando a la C.C.S.S, se tomó como modelo para llegar a esta conclusión el sistema de reproducción humana que se aplica hoy en España, país que tiene características poblacionales, y tecnológicas similares a las actualmente presentes en nuestro país. A continuación las cifras que se desprenden del análisis estadístico poblacional efectuado en este sentido en España en el 2014 y publicado por la Sociedad de Fertilidad de España (SFE). De 16630 candidatas a recibir ovo donación (óvulos donados), el 81 % llegó a recibirla (19% no tuvieron óvulos que recibir por falla en la producción de los mismos). De las que recibieron una transferencia de 1 o 2 embriones, se embarazó el 55.6 % y llegaron a tener su hijo al final de la gestación el 38.2 % Esas cifras son para un evento único. Si se suman varios intentos, que se conoce como tasa acumulada de embarazo, al cabo de 4 intentos estarán embarazada el 90% de la población. Después de 4 intentos, el éxito cae dramáticamente por razones de mala implantación embrionaria. Factor este último, aún no superado por la técnica a nivel mundial. No se citan estadísticas anglosajonas por contar con tecnologías diferentes y resultados también diferentes a los iberoamericanos. Por ejemplo en Norfolk. Virginia, el Instituto Jones para fertilidad, consigue más embarazos con óvulos congelados que con óvulos frescos. Esta realidad no es la que se vive en los países latinoamericanos y del centro de Europa. En resumen se indica que la paciente Vega, estadísticamente llegará a recibir una transferencia embrionaria en 80% de las veces que lo intente. Se embarazará en un 55.6% de las veces, perderá su embarazo de forma natural en un 17.4% y llegará a llevarse un bebé para su casa en un 38.2% de cada vez que lo intente. Si lo intentara 4 veces, habría llegado a su madre en el 90% Su posibilidad de no ser madre, por FIV. es de un 10% si le dan la oportunidad de hacerlo 4 veces.**

**15. - Informó, bajo juramento. Román Federico Macaya llaves, en su condición de Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social e indicó que en vista que la prueba requerida no es de su conocimiento, por cuanto el tema de la FIV se está implementando en la Gerencia Médica y en la Gerencia de Infraestructura y Tecnologías ante esta situación y a fin de rendir un informe integral que permita la resolución de este asunto conforme a derecho, solicitamos se le informara respecto de la prueba para mejor resolver, a la Gerencia**

**Médica, insumo con el que esta Presidencia Ejecutiva procederá a atender lo pedido. En ese sentido, del oficio de la Gerencia Médica. No. GM-A-9958-2018 de 20 de agosto de 2018. se colige que:**

"(...) consideramos impórtame referirnos de manera breve al tema fertilización: anotando que ésta se define como bien lo indica el protocolo mencionado, es: la falla para concebir luego de /2 meses de relaciones sexuales frecuentes sin utilizar métodos anticonceptivos en pacientes femeninas menores de 35 años o luego de 6 meses de relaciones sexuales frecuentes sin uso de métodos anticonceptivos en mujeres de 35 años o mayores, la que puede ser primaria cuando nunca se ha logrado un embarazo o secundaria cuando se ha logrado un embarazo previamente. Según la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESRHE) una de cada seis parejas en todo el mundo experimenta algún tipo de infertilidad por lo menos una vez durante su vida reproductiva, a su vez la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que del 10 al 15% de parejas tienen algún tipo de infertilidad. Igualmente hablando de la fecundabilidad, la que consiste en la probabilidad de lograr un embarazo en un ciclo menstrual. Cuando no existen problemas de fertilidad, la probabilidad de un embarazo por ciclo menstrual es de hasta un 25% y no de un 100%. El 85% de las parejas fértiles logran embarazarse en un año de intentarlo, de ahí que los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad han permitido que muchas parejas en el mundo logran concebir, con estas técnicas que se han incorporado hacia fines de la década del 70 y desde entonces son ampliamente utilizadas. La reproducción humana es extremadamente selectiva e ineficiente. De 100 cigotos, únicamente 30 llegan a ser un embrión de 5 días, momento en que tienen el potencial de implantarse en el útero de la mujer. De los embarazos clínicos el 17% a 20% se perderán como abortos espontáneos. De estos más del 70% presentan errores cromosómicos incompatibles con la vida, generados durante la fecundación. Siendo así. y en atención de la consulta concreta, que hace la Sala Constitucional y como prueba para mejor resolver es para referirnos a la "(...) reglamentación interna de la Seguridad Social que regula lo relativo a operaciones muy costosas económicamente, y a la forma en que se regulan las contribuciones o prestaciones económicas para personas que se sometan a ese u otro tipo de operaciones, tanto dentro como fuera de! país, cuando la institución por algún motivo no brinda el servicio. ", y por tratarse de un asunto técnico, propio del Programa Salud de la Mujer de la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud - Gerencia Médica, se solicitó al Dr. José Miguel Angulo Castro. Dra. Erika Solano Delgado, - los que hicieron llegar el informe adjunto, apoyados en el Protocolo de Atención Clínica para el diagnóstico de la Pareja o mujer sin pareja con infertilidad y tratamiento con técnicas de alta complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS, que se encuentra avalado por la Gerencia Médica como consta en el oficio GM-MDD-23844-2016 de fecha 23 de diciembre de 2016. firmado por la Dra. María Eugenia Villalta Bonilla, en su condición de Gerente Médico en ese momento, pudiendo rescatarse importante lo siguiente:

"(...) La tasa de éxito de embarazo mediante el uso procedimientos de Fertilización In Vitro bajo un programa de donación de ovocitos, no está directamente relacionada con la edad de la mujer receptora, ya que dichos ovocitos provienen de una mujer donadora entre los 18 a 30 años edad con óvulos de una calidad y probabilidad fecundable mayor a la de una mujer mayor de 42 años, y está establecido según parámetros internacionales definidos, los cuales están contemplando en el Protocolo de Atención Clínica para el diagnóstico de la Pareja o mujer sin pareja con infertilidad y tratamiento con técnicas de alta complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS Código PA C GMI91216.

Criterio	Embriones Frescos	Banco Ovocitos	Embriones Descongelados	Embriones Donados
Número de Ciclos	8921	2227	8172	1201
Tasa Nacidos Vivos por Receptora %	49.6	43.2	37.5	37.1
Número de Transferencias	7875	2038	7553	1084
Tasa Nacidos Vivos por Transferencia %	56.1	47.1	40.5	41.0
Promedio Embriones Transferidos	1.7	1.6	1.6	1.9

Fuente: The Society for Assisted Reproductive Technology  
S.A.R.T. National Summary of IVF U.S.A. 2016

Como se muestra en el Cuadro 5, en la tercera columna "Banco Ovocitos", en el cual se contaría con óvulos vitrificados de una donante desconocida que se tendrían que desvitrificar para la realización del procedimiento FIV, cuya tasa de nacidos vivos por receptora es del 43.2% y la tasa de nacidos vivos por transferencia embrionaria es del 47%>. Por otro lado, en el caso de utilizar embriones en fresco (cuadro 5, segunda columna) generados de óvulos en fresco (no desvitrificados) la tasa de éxito son mayores, en el caso de la tasa de nacidos vivos por receptora es del 49.6% y la tasa de nacidos vivos por transferencia es del 56.1%.

De la misma forma, se solicitó a la Licda. Sara Santamaría Ríos, encargada de la Unidad de Ayudas Económicas de la Gerencia Médica, referirse técnicamente respecto de reglamentación interna de la Seguridad Social que regula lo relativo a operaciones muy costosas económicamente, y a la forma en que se regulan las contribuciones o prestaciones económicas para personas que se someten a ese u otro tipo de operaciones, tanto dentro como fuera del país, cuando la institución por algún motivo no brinda el servicio, la cual con el oficio GM-ADM-A V-10616-2018, en lo que interesa dice:

1. El Reglamento Seguro de Salud en el artículo 20° indica literalmente: "Artículo 20° De la libre elección médica. La Caja puede brindar la ayuda para libre elección médica, cuando se demuestre inopia de personal o dificultades para conceder la atención en sus propias instalaciones, con sujeción al instructivo correspondiente. "
2. A su vez el Reglamento para la Concesión de Ayuda Económica para Libre Elección Médica. Instructivo de Normas y Procedimientos para Regular la Aplicación del Sistema de Libre Elección Médica en la C.C.S.S.. Circular 22689 de fecha 15 de diciembre de 1997, Instructivo de Pago Prestaciones en Dinero, regula lo concerniente a estos casos.
3. Que en el caso que nos ocupa indica textualmente, el Instructivo de Normas y Procedimientos para Regular la Aplicación del Sistema de Libre Elección Médica en la C.C.S.S.. en el artículo 3° incisos a) y b):
  - a. La ayuda económica que se otorga para libre elección médica a los asegurados que se acojan a la consulta externa especializada, de acuerdo con la lista emitida por la Gerencia División Médica, consistirá en el 50% del costo institucional, según lo establecido en el último modelo tarifario publicado. Cuando se trate de intervenciones quirúrgicas en cirugía pediátrica y partos normales, el monto de la ayuda es el equivalente al costo promedio nacional que dicha intervención le cuesta a la CCSS, de acuerdo con su modelo tarifario, para el caso de tratamiento médico en el exterior, deben ser calificados y avalados de previo por el médico tratante, jefatura de servicio y dirección médica hospitalaria.

Existen entonces las posibilidades para que los usuarios reciban el tratamiento que requiere (dentro o fuera del país), fundamentado en los artículos 2, 4 y 6 del Reglamento para el Otorgamiento de Ayudas Económicas para tratamiento médico en el exterior: En resumen el artículo 2, se refiere a ayudas otorgadas únicamente en casos especiales con alta posibilidad de recuperación y cuando se compruebe que la Caja no cuenta con el tratamiento, el equipo o los médicos necesarios, para ello se debe cumplir con los requisitos que exige el artículo 4. y como bien lo indica el artículo 6, estas ayudas se otorgarán considerando el presupuesto del costo del tratamiento, extendido por el centro médico donde se tratará el paciente. Será competencia de la Gerencia Médica autorizar las respectivas ayudas económicas. No obstante, en aquellos casos que no sea posible al paciente obtener el respectivo presupuesto, la Gerencia autorizará como se indica en los puntos siguientes, sin sobrepasar el monto de será mayor al monto máximo de US\$1 1.033.00 (once mil treinta y tres dólares exactos)

- a. La primera visita que el asegurado realice hasta por US\$4.414.00 (cuatro mil cuatrocientos catorce dólares exactos).
- b. La segunda visita que el asegurado realice para continuar el tratamiento hasta por US\$2.942,00 (dos mil novecientos cuarenta y dos dólares exactos).
- c. La tercera visita que el asegurado realice para continuar el tratamiento hasta por US\$2.206.00 (dos mil doscientos seis dólares exactos).
- d. La cuarta visita que el asegurado realice para continuar el tratamiento hasta por US\$1.471.00 (mil cuatrocientos setenta y un dólares exactos) (...)."

16. - En los procedimientos seguidos se han observado prescripciones legales.

Redacta el **MAGISTRADO HERNÁNDEZ GUITÉRREZ**; y.

#### CONSIDERANDO

- 1 - **OBJETO DEL RECURSO.** Los recurrentes estiman lesionados su derecho a la salud, toda vez que, como pareja, necesitan el procedimiento de Fertilización In Vitro: no obstante, el 12 de diciembre de 2017. en el hospital recurrido se les indicó que la sala para realizar dicho procedimiento iba a estar lista en 2 años. Agregan que se les indicó que para esa fecha, no iba ser posible practicarles el procedimiento aludido debido a la edad de la recurrente.
  - I. - **HECHOS PROBADOS.** De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: 1) F1 10 de septiembre de 2015. el Poder Ejecutivo, emitió el Decreto número 39210-MP-S. denominado "Autorización para lo realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria" (hecho no controvertido). 2) El 11 de setiembre de 2015. se publicó ese Decreto Ejecutivo en La Gaceta número 178 (informe). 3) El 10 de noviembre de 2015. el Ministerio de Salud inició el desarrollo de la Norma Técnica, a efectos de establecer las pautas básicas de índole administrativo y médico para efectuar este tratamiento en los servicios de salud y de la norma de habilitación a efectos de autorizar el funcionamiento de los establecimientos públicos y privados. Para este trabajo técnico, se conformó una comisión de personas expertas en reproducción asistida y en otras ramas de las Ciencias Médicas, que representan diversos sectores como la Caja Costarricense de Seguro Social, el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica y sociedad civil, entre otros (informe). 4) El 31 de marzo de 2016. se publicó esa norma técnica en el Alcance No. 48 a La Gaceta Digital No. 62 (informe). 5) El 26 de abril de 2016, se publicó el Decreto Ejecutivo No. 39646-S, Norma para la habilitación de establecimientos de salud que realizan la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV-TE), en el Alcance No. 65 a la Gaceta Digital No. 79 (informe). 6) En mayo de 2016. se habilitó el Centro FECUNDAR Costa Rica - Panamá para que realice la técnica reclamada (informe). 7) En febrero de 2017 se habilitó el Centro Fertilización In Vitro La California, a ese mismo efecto (informe). 8) Durante el 2017 se realizaron visitas de inspección a ambos establecimientos, cumpliendo a cabalidad con la normativa vigente. 9) El 7 de setiembre de 2017. los recurrentes se sometieron a una evaluación clínica de pareja infértil en el Hospital México (ver informe rendido por la autoridad recurrida). 10) L1 12 de diciembre de 2017, se realizó un procedimiento quirúrgico a la recurrente que documentó: "una estenosis cervical severa con endometriosis moderada, con endometrioma de ovario izquierdo, hidrosalpinx izquierdo, leiomiomatosis con mioma en cuerno uterino derecho de 2 centímetros que impresiona ocluir paso hacia trompa derecha, fondo de saco anterior y posterior parcialmente obliterado. " Además, se le realizó cauterización de endometriosis. adherensiolisis y cauterización de endometrioma de ovario izquierdo (ver informe rendido por la autoridad recurrida). 11) El 15 de enero de 2018, se recomendó a los recurrentes el uso

de la técnica de Fertilización In Vitro (ver informe rendido por la autoridad recurrida). 12) L1 15 de enero de 2018. se colocó a los amparados en lista de espera para la reevaluación de su caso (ver informe rendido por la autoridad recurrida). 13) Al momento en que se interpuso este proceso, la Caja Costarricense de Seguro Social, no había implementado la técnica de Fertilización In Vitro (ver informes rendidos por las autoridades recurridas). 14) Para implementar esa técnica, la Caja Costarricense de Seguro Social requiere de un equipo multidisciplinario altamente capacitado, incluyendo embriólogos, infectólogos, andrólogos, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros, nutrición, que se encuentran en proceso de formación humana. Además, se debe construir una estructura

física para garantizar el desarrollo de un laboratorio con tecnología de punta, cuyas características de esterilización del ambiente, control de compuestos orgánicos volátiles, gases medicinales, no posee ningún centro médico del país y un equipamiento con tecnología muy específica, incluyendo incubadoras, micro- manipuladores, medios de cultivo que actualmente la institución recurrida no posee (informe). 15) En los establecimientos autorizados para realizar la fecundación in vitro, los costos de esa técnica con óvulos propios oscilan entre 7800 y 8000 dólares. Cuando se trata de pacientes a las cuales se les debe practicar la técnica con óvulos trasplantados de una tercera persona, el precio puede aumentar entre 2500 y 3000 dólares (informe). 16) En esos mismos establecimientos el costo de realizar una fecundación in vitro con un kit de óvulos adquiridos en el extranjero aumenta 15000 dólares en el caso de España y 8000 dólares en el caso de Argentina (informe). 17) Para el Comité de Salud Reproductiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica: a. el caso de los amparados es de pronóstico reproductivo reservado si se utilizan óvulos propios de la paciente debido a las comorbilidades que presenta ambos miembros de la pareja. La edad materna avanzada, en este caso de 43 años, se considera uno de los factores pronósticos más desfavorables en términos reproductivos, razón por la cual, en muchos centros de reproducción asistida a nivel mundial la edad se utiliza como criterio de selección o exclusión para los programas antes mencionados, y frecuentemente se utiliza la edad de 42 años como punto de corte para tomar esa decisión, b. Adicional a lo anterior, durante la Laparoscopia Diagnóstica realizada a la paciente en diciembre del dos mil diecisiete, vista folios 50 y 51 frente del expediente clínico, se consignan varios hallazgos que influyen negativamente en su pronóstico reproductivo tanto en condiciones naturales como en vista a un procedimiento de fertilización in vitro: Factor Femenino: Estenosis Cervical Severa: Condición en la cual el cuello del útero se encuentra obstruido al paso de espermatozoides. Mioma Submucoso en Cuerno Uterino Derecho: se trata de un tumor benigno derivado del músculo uterino, y que en este caso aparentemente obstruye por completo el paso hacia la trompa de ese mismo lado. Trompa izquierda completamente obstruida con Hidrosalpinx del mismo lado: Factor en contra de un pronóstico favorable ante un procedimiento de FIV en virtud de que el líquido emanado de dicha condición empeora las posibilidades de implantación de los embriones. Endometriosis moderada con presencia de un endometrioma en el ovario izquierdo: La endometriosis en sus diferentes manifestaciones es la primera causa a nivel mundial de infertilidad de origen femenino por las afectaciones que produce tanto anatómicamente como inmunológicamente y que disminuye importantemente tanto las posibilidades de embarazos espontáneos como las posibilidades de éxito ante una transferencia embrionaria como parte del procedimiento de FIV. Síndrome adherencial evidenciado en la Laparoscopia antes mencionada lo que indica una probable afectación por endometriosis de larga data. Sobrepeso de la paciente, que se ha relacionado con menores tasas de éxito tanto de en los ciclos de estimulación ovárica como en las posibilidades de éxito para transferencia embrionaria, c. Factor Masculino: En el espermograma realizado al señor [Nombre 001] el día ocho de noviembre del dos mil diecisiete visibles en folios 22, 39 y 40 frente del expediente clínico, se consigna presencia de aglutinaciones espermáticas sugestivas de un factor inmunológico masculino, lo que no es un factor determinante para decidir la idoneidad de la pareja ante este procedimiento, sin embargo sí disminuye sus posibilidades de éxito, tomando en cuenta todos los elementos anteriormente mencionados y después de haber realizado una evaluación integral del caso, esa Comisión considera que si bien [Nombre 002] sí es candidata al tratamiento para su cuadro de infertilidad secundaria mediante técnicas de reproducción asistida de alta complejidad (Fertilización in Vitro y Técnicas relacionadas), el pobre pronóstico de esta técnica en una paciente de 43 años con todas las comorbilidades antes mencionadas usando óvulos propios (tasas de éxito inferiores al 5% en condiciones idóneas), se hace necesario recurrir idealmente a la técnica de FIV con óvulos donados (informe). 18) Para el Comité de Salud Reproductiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica: la paciente Vega, estadísticamente llegará a recibir una transferencia embrionaria en 80% de las veces que lo intente. Se embarazará en un 55.6% de las veces, perderá su embarazo de forma natural en un 17.4% y llegará a llevarse un bebé para su casa en un 38.2% de cada vez que lo intente. Si lo intentara 4 veces, habría llegado a su madre en el 90%. Su posibilidad de no ser madre, por FIV, es de un 10% si le dan la oportunidad de hacerlo 4 veces (informe).

## **II. - ANTECEDENTE. En el caso Artavia Murillo y Otros contra Costa Rica (sentencia de 28 de noviembre de 2012), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo en lo que interesa, lo siguiente:**

"142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública 223. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana 224. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones 225. 143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad 226. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y



social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior<sup>227</sup>. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona<sup>228</sup>. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás<sup>229</sup>, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, ya Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres<sup>230</sup>. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico<sup>23 L 144</sup>. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio. la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria<sup>232</sup>. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma<sup>233</sup>. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar<sup>234</sup>. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas<sup>235</sup>. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>236</sup>. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia<sup>23 7</sup>.
146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad<sup>238</sup>. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.
147. En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas<sup>239</sup>, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud<sup>240</sup>. En el ámbito europeo, la jurisprudencia ha precisado la relación entre el derecho a la vida privada y la protección de la integridad física y psicológica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad<sup>241</sup>. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.
148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal<sup>242</sup>. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades<sup>243</sup>. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que "la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento. y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud"<sup>244</sup>. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer. De acuerdo a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, "los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva"<sup>245</sup>. Además, adoptando un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña /a capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos"<sup>246</sup>. 149. Además, según el Programa de Acción de la

Conferencia. " [d]e be rían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas "247. En la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, los Estados se comprometieron a "garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en [...] la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva "248. En la Plataforma de Acción, aprobada conjuntamente con la Declaración, se definió la atención de la salud reproductiva como "el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva "249. De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS). la salud sexual y reproductiva implica que "las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia "250. La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a! goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente<sup>251</sup> y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana<sup>252</sup> y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población<sup>253</sup>. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona (...).

Como se puede advertir con meridiana claridad, la Corte en el fallo parcialmente transcrito impuso una serie de obligaciones al Estado costarricense en beneficio de las parejas y mujeres con problemas de fertilidad, para implementar la técnica reclamada, en aras de garantizar sus derechos a fundar una familia, integridad física y mental, y su salud reproductiva.

**III. - SOBRE EL CASO CONCRETO. Se acreditó que por la edad de la recurrente y las comorbilidades que presentan, los amparados poseen pronóstico reproductivo y posibilidades de éxito limitados para el tratamiento reclamado mediante técnicas de baja complejidad, incluyendo inductores de la ovulación, menotropinas e inseminación intrauterina (informes). Según afirmó el Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, en este caso, de conformidad con el "Protocolo de Atención Clínica para el diagnóstico de la Pareja o mujer sin pareja con infertilidad y tratamiento con técnicas de alta complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS", la amparada podría ser candidata para la aplicación de la técnica de FIV. pero no con óvulos propios, sino a recibir tratamiento con óvulos o embriones donados, pues, la edad de una mujer es la variable más importante que influye tanto en las técnicas de reproducción asistida como en los resultados del embarazo, puesto que a mayor edad se produce una disminución de la respuesta ovárica a la estimulación de la tasa de implantación y una mayor tasa de abortos (informe). En este particular, el Presidente del Colegio de Médicos y Cirujanos, indicó que en el caso de mujeres que ya han cumplido al menos los 42 años, como la recurrente, la probabilidad de nacimientos de bebés con vida, es de un 3.4%. Recalcó que la variable de la edad es una de las más importantes e influye en gran medida en el éxito de las técnicas de reproducción asistida, pues a mayor edad, la respuesta ovárica a la estimulación hormonal es menor (informe). En efecto, para la Comisión de Salud Reproductiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica:**

"(...) el caso en análisis es de pronóstico reproductivo reservado si se utilizan óvulos propios de la paciente debido a las comorbilidades que presentan ambos miembros de la pareja. La edad materna avanzada, en este caso de 43 años, se considera uno de los factores pronósticos más desfavorables en términos reproductivos, razón por la cual en muchos centros de reproducción asistida a nivel mundial la edad se utiliza como criterio de selección o exclusión para los programas antes mencionados, y frecuentemente se utiliza la edad de 42 años como punto de corte para tomar esa decisión. Adicional a lo anterior, durante la Laparoscopia Diagnóstica realizada a la paciente en diciembre del dos mil diecisiete, vista folios 50 y 51 frente del expediente clínico, se consignan varios hallazgos que influyen negativamente en su pronóstico reproductivo tanto en condiciones naturales como en vista a un procedimiento de fertilización in vitro:

*Factor Femenino:*

*Estenosis Cervical Severa: Condición en la cual el cuello del útero se encuentra obstruido al paso de espermatozoides.*

*Mioma Submucoso en Cuerno Uterino Derecho: se trata de un tumor benigno derivado del músculo uterino, y que en este caso aparentemente obstruye por completo el paso hacia la trompa de ese mismo lado.*

*Trompa izquierda completamente obstruida con Hidrosalpinx del mismo lado: Factor en contra de un pronóstico favorable ante un procedimiento de FIV en virtud de que el líquido emanado de dicha condición empeora las posibilidades de implantación de los embriones.*

*Endometriosis moderada con presencia de un endometrioma en el ovario izquierdo: La endometriosis en sus diferentes manifestaciones es la primera causa a nivel mundial de infertilidad de origen femenino por las afectaciones que produce tanto anatómicamente como inmunológicamente y que disminuye importantemente tanto las posibilidades de embarazos espontáneos como las posibilidades de éxito ante una transferencia embrionaria como parte del procedimiento de FIV.*

*Síndrome adherencial evidenciado en la Laparoscopia antes mencionada lo que indica una probable afectación por endometriosis de larga data.*

*Sobrepeso de la paciente, que se ha relacionado con menores tasas de éxito tanto de en los ciclos de estimulación ovárica como en las posibilidades de éxito para transferencia embrionaria,*

c. *Factor Masculino:*

En el espermograma realizado al señor [Nombre 001] el día ocho de noviembre del dos mil diecisiete visibles en folios 22, 39 y 40 frente del expediente clínico, se consigna presencia de aglutinaciones espermáticas sugestivas de un factor inmunológico masculino, lo que no es un factor determinante para decidir la idoneidad de la pareja ante este procedimiento, sin embargo sí disminuye sus posibilidades de éxito.

Tomando en cuenta todos los elementos anteriormente mencionados y después de haber realizado una evaluación integral del caso, esta Comisión considera que si bien la señora [Nombre 002] si es candidata al tratamiento para su cuadro de infertilidad secundaria mediante técnicas de reproducción asistida de alta complejidad (Fertilización in Vitro y Técnicas relacionadas), el pobre pronóstico de esta técnica en una paciente de 43 años con todas las comorbilidades antes mencionadas usando óvulos propios (tasas de éxito inferiores al 5% en condiciones idóneas), se hace necesario recurrir idealmente a la técnica de FIV con óvulos donados, procedimiento que por el momento no se puede realizar a nivel institucional, por la falta de recursos tanto técnicos como físicos que actualmente se encuentran en desarrollo, aunados al hecho de que no existe en el país un banco de gametos en capacidad de proporcionar los óvulos requeridos por la paciente para garantizar el mejor éxito de su procedimiento (...)” (informe).

Aunado a lo anterior, al ser consultados sobre el riesgo sobre el porcentaje de éxito de la FIV con óvulos donados, las probabilidades de éxito, en el caso concreto, tomando en cuenta la edad y demás factores, los miembros del Comité de Salud Reproductiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica sostuvieron que teniendo como modelo para llegar a esta conclusión el sistema de reproducción humana que se aplica hoy en España, por sus características poblacionales, y tecnológicas similares a las actualmente presentes en nuestro país, estadísticamente la amparada llegará a recibir una transferencia embrionaria en 80% de las veces que lo intente. Se embarazará en un 55.6% de las veces, perderá su embarazo de forma natural en un 17.4% y llegará a llevarse un bebé para su casa en un 38.2% de cada vez que lo intente. Si lo intentara 4 veces, habría llegado a ser madre en el 90%. Su posibilidad de no ser madre, por FIV, es de un 10% si le dan la oportunidad de hacerlo 4 veces (informe). Según se demostró, en el caso de los amparados -por su edad, por el pronóstico reproductivo reservado de la amparada y los hallazgos encontrados en la Laparoscopia Diagnóstica realizada en diciembre de 2017-, la Fecundación in Vitro debe de realizarse a partir de óvulos de donantes -con una edad inferior a 42 años- que se implantaran para garantizar precisamente el éxito del procedimiento (informes). Pese a lo anterior, se acreditó que al momento en que se interpuso este proceso, la Caja Costarricense de Seguro Social no ha implementado la técnica reclamada, en vista que no cuenta con el personal, la infraestructura ni el equipamiento requerido (informe). En este particular, no obstante la explicación que brinda el Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social de las acciones concretas que ha ejecutado su representada para operacionalizar la técnica reclamada, lo cierto del caso es que los amparados no han podido someterse al procedimiento de fecundación que reclaman, pese a que han pasado más de 5 años después que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos le impuso al estado costarricense la obligación de incluir la técnica reclamada dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad, y a que se encuentra vencido al plazo dispuesto en el transitorio I del Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S de 10 de setiembre de 2015 que en lo que interesa, dispone:

“Transitorio I.- La obligación establecida en el artículo

14. de este reglamento, deberá entrar en pleno funcionamiento en un plazo máximo de 2 años, a partir de la publicación de este Reglamento

IV. - En lo que atañe al marco normativo es menester señalar que lo que respecta a la familia como pieza fundamental de la sociedad, el Derecho de los Derechos Humanos ha hecho especial énfasis. Así, por ejemplo, en el Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoció que:

“Artículo 16.-

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, en su artículo

22. disponiendo:

“Artículo 23.-

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos

También, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le asigna el mismo nivel de protección:

Artículo 10.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges (...) ”

De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el mismo papel, indicando que:

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (...)

En lo que respecta a los derechos reproductivos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Normas de Discriminación Contra

la Mujer reconoce que:

'Artículo 10

*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:*

(...)

*h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia"*

Asimismo, reconoce:

"Artículo 11

*1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:*

(...)

*f El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción (...)"*.

Por su parte, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo, reconoce en el principio 8 que:

*"Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva "*

En cuanto a las acciones implementadas por el país, para cumplir lo dispuesto en la sentencia de la CIDH, ésta en la resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 26 de febrero de 2016, sostuvo, que en lo que interesa, lo siguiente:

*"45. En lo que respecta a los costos que generaría la inclusión de! FIV dentro de los programas que brinda la CCSS, la Corte ha constatar que el Estado no ha indicado a este tribunal que tuviera alguna limitación presupuestaria que te impida cumplir gradualmente.*

*46. - El deber de Costa Rica de poner los servicios de la técnica de FIV. gradualmente, a disposición de las personas que la requieran (supra Considerando 38). comprende, entre otros, la posibilidad del Estado de realizar prioritizaciones así como valoraciones de acuerdo a parámetros médicos objetivos que tengan en cuenta las particularidades de los pacientes y otros factores que repercutan en la realización de la técnica.*

*Aun cuando la puesta a disposición de la FIV puede realizarse de manera gradual, la Corte hace notar que, habiendo transcurrido más de tres años desde la notificación de la Sentencia, las medidas tomadas dentro de la seguridad social de Costa Rica se refieren únicamente al diagnóstico de las necesidades institucionales de la CCSS para llegar a brindar la FIV y a la redefinición de programas (supra Considerandos 42 a 44). sin que la técnica esté actualmente disponible para ninguna persona dentro de sus servicios, ni se hayan materializado pasos concretos que evidencien que próximamente se brindará la FIV dentro de sus programas de salud, tales como lo sería la adquisición de equipos e instalación de laboratorios especializados, entre otros. Al respecto, la Defensora de los Habitantes de Costa Rica hizo notar esta misma situación, al afirmar que "no se han efectuado acciones concretas que permitan confirmar un cumplimiento [...] en razón de que. a la fecha, no hay disponibilidad de FIV dentro de los servicios de la CCSS y se mantiene de hecho la prohibición de la técnica "y resaltó que la "la creación de la [referida] Unidad de FIV [...] se debe iniciar desde cero en razón de que no se ha practicado la técnica en el país y en consecuencia se requiere: infraestructura para un laboratorio de embriología, dotación de equipamiento requerido, capacitación del recurso humano y protocolización de los procedimientos "*

*47. El Tribuna! reitera lo señalado en cuanto a la gravedad que genera el paso del tiempo sin que se encuentre a disposición la técnica de E/V en Costa Rica (supra Considerando 25), y destaca lo expresado por la Defensora de los Habitantes en el sentido de que ello no solo "afecta [...] el derecho a la salud reproductiva de la población[, sino que] en mayor gravedad a las mujeres y parejas sin posibilidades económicas de ser atendidas fuera de Costa Rica "84 . La Corte recuerda que en la Sentencia determinó que "la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero".*

**V.** - Al referirse a la prueba para mejor resolver solicitada respecto de las ayudas económicas que eventualmente podrían requerir los amparados -u otras parejas o mujeres en similares condiciones- el Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social indicó que. según le informó la Licda. Sara Santamaría Ríos, encargada de la Unidad de Ayudas Económicas de la Gerencia Médica, la reglamentación interna de la Seguridad Social que regula lo relativo a operaciones muy costosas económicamente, y a la forma en que se regulan las contribuciones o prestaciones económicas para personas que se someten a ese u otro tipo de operaciones, tanto dentro como fuera del país, cuando la institución por algún motivo no brinda el servicio, dispone:

*I. El Reglamento Seguro de Salud en el artículo 20° indica literalmente: "Artículo 20° De la libre elección médica.*

*La Caja puede brindar la ayuda para Ubre elección médica, cuando se demuestre inopia de personal o dificultades para conceder la atención en sus propias instalaciones, con sujeción al instructivo correspondiente. "*

*2. A su vez el Reglamento para la Concesión de Ayuda Económica para Libre Elección Médica. Instructivo de Normas y Procedimientos para Regular la Aplicación del Sistema de Libre Elección Médica en la C.C.S.S., Circular 22689 de fecha 15. de diciembre de 1997. Instructivo de Pago Prestaciones en Dinero, regula lo concerniente a estos casos.*

*3. Que en el caso que nos ocupa indica textualmente, el Instructivo de Normas y Procedimientos para Regular la Aplicación del Sistema de Libre Elección Médica en la C.C.S.S., en el artículo 3° incisos a) y b):*

- a. La ayuda económica que se otorga para libre elección médica a los asegurados que se acojan a la consulta externa especializada, de acuerdo con la lista emitida por la Gerencia División Médica, consistirá en el 50% del costo institucional, según lo establecido en el último modelo tarifario publicado.
- b. Cuando se trate de intervenciones quirúrgicas en cirugía pediátrica y partos normales, el monto de la ayuda es el equivalente al costo promedio nacional que dicha intervención le cuesta a la CCSS. de acuerdo con su modelo tarifario, para el caso de tratamiento médico en el exterior, deben ser calificados y avalados de previo por el médico tratante, jefatura de servicio y dirección médica hospitalaria.

Existen entonces las posibilidades para que los usuarios reciban el tratamiento que requiere (dentro o fuera del país), fundamentado en los artículos 2, 4 y 6 del Reglamento para el Otorgamiento de Ayudas Económicas para tratamiento médico en el exterior: En resumen el artículo 2. se refiere a ayudas otorgadas únicamente en casos especiales con alta posibilidad de recuperación y cuando se compruebe que la Caja no cuenta con el tratamiento, el equipo o los médicos necesarios, para ello se debe cumplir con los requisitos que exige el artículo 4. y como bien lo indica el artículo 6. estas ayudas se otorgarán considerando el presupuesto del costo del tratamiento, extendido por el centro médico donde se tratará el paciente. Será competencia de la Gerencia Médica autorizar las respectivas ayudas económicas. No obstante, en aquellos casos que no sea posible al paciente obtener el respectivo presupuesto, la Gerencia autorizará como se indica en los puntos siguientes, sin sobrepasar el monto de será mayor al monto máximo de US\$11.033.00 (once mil treinta y tres dólares exactos)

- a. La primera visita que el asegurado realice hasta por US\$4.414.00 (cuatro mil cuatrocientos catorce dólares exactos).
- b. La segunda visita que el asegurado realice para continuar el tratamiento hasta por US\$2.942.00 (dos mil novecientos cuarenta y dos dólares exactos). La tercera visita que el asegurado realice para continuar el tratamiento hasta por US\$2.206,00 (dos mil doscientos seis dólares exactos).
- c. La cuarta visita que el asegurado realice para continuar el tratamiento hasta por US\$1.471,00 (mil cuatrocientos setenta y un dólares exactos) (...)."

En la precitada sentencia de supervisión de seguimiento de la CIDH, dictada el 26 de febrero de 2016 se afirma que la CCSS no hizo advertencia alguna respecto a limitación sobre costos para implementar la técnica que se echa de menos. Al rendir el informe requerido dentro de este recurso de amparo, tampoco hizo observación alguna en ese sentido, ni presentó informe o estudio técnico alguno que demuestre cuál es o sería el impacto grave que tendría en sus finanzas, la aplicación de la técnica a los amparados, ni cómo podría alterarse sustancialmente su estabilidad financiera, de modo que pongan en riesgo la atención de otros pacientes o usuarios. Lo único que presentó como prueba complementaria fueron las disposiciones reglamentarias internas, establecidas para la atención de enfermedades de alto costo, dentro o fuera del país, por inopia o por alguna causa que le impida brindar el servicio. Por otra parte, la CCSS sí informó las medidas que han venido adoptando y los progresos alcanzados para brindar este servicio en sus clínicas u hospitales; también ha informado de la fecha en que espera dar el servicio. La Sala estima que mientras se mantenga la situación actual de la CCSS, caracterizada por su omisión material en la prestación del servicio requerido en estos autos, debe adoptar las medidas adecuadas y necesarias, para contribuir a satisfacer el derecho cuya protección impetra. Sin embargo, al determinar el aporte que la CCSS deberá brindar a los recurrentes, para la aplicación de la FIV, tienen que considerarse las distintas necesidades generales que está llamada a atender, ponderando su gravedad y urgencia y la responsabilidad ineludible de lograr condiciones sociales propicias para que cada individuo pueda disfrutar de su salud. De tal suerte que dentro de un adecuado uso y administración de los recursos económicos disponibles, el aporte que se acuerde, debe revelar un esfuerzo supremo dirigido a atender los derechos de los recurrentes, sin desatender las demás obligaciones y deberes a su cargo, verbigracia el derecho a la vida y la salud de otros pacientes que también podrían beneficiarse de la aplicación de la normativa interna de la CCSS que regula las ayudas económicas en caso de operaciones muy costosas.

- VI. - **CONCLUSIÓN. Bajo tales circunstancias, y siendo que la recurrente es candidata para recibir tratamiento con óvulos donados, existiendo un riesgo moderado, y dado que el Presidente de la Caja Costarricense de Seguro Social acepta que actualmente, no se podría realizar la técnica de FIV. en virtud no se cuenta con un banco ni donadores de óvulos, ni con la infraestructura, ni medicamentos requeridos para brindar la técnica, lo procedente es acoger el recurso, y ordenarle que disponga lo necesario para que los amparados, en un plazo razonable, puedan someterse a la técnica que echan de menos, siempre que estén de acuerdo en realizársela y se tome en consideración lo dispuesto en el considerando anterior.**
- VII. - **NOTA DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQIJEZ. En el presente asunto, se encuentra de por medio la ejecución de una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en la que Costa Rica figuró como parte demandada, de ahí que lo que corresponda es acatar dicho pronunciamiento en todos sus efectos.**
- VIII. - **NOTA DEL MAGISTRADO RUEDA LEAL. Vistas las razones expuestas en la sentencia de la mayoría, estimo innecesaria la nota que en su momento consideré oportuna durante la discusión del asunto. En consecuencia, renuncio a la nota en cuestión.**
- IX. - **NOTA DEL MAGISTRADO HERNANDEZ GUTIERREZ.**

Concurro con la posición que sostiene el Magistrado Castillo Víquez respecto que en tratándose del cumplimiento de una orden de un Tribunal de Derechos Humanos como la C1DH no existe otra opción más a ejecutar las sentencias que se dicten en los procesos contenciosos -y su ejecución- en donde ha sido parte el Estado costarricense, máxime en un caso como el de estudio, donde ha transcurrido un plazo prolongado. Aunado a lo anterior, para cumplir el deber de garantía que consagra el artículo 2 de la CADH el Estado costarricense debe disponer todas las medidas que se estimen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, incluyendo, evidentemente, los derechos reproductivos.

- X. - **NOTA DEL MAGISTRADO CHACÓN JIMÉNEZ. Este asunto presenta la particularidad de que para la aplicación de la técnica de fecundación in vitro se deberá utilizar material genético donado, específicamente óvulos de una mujer distinta a la recurrente debido a que en criterio médico no es posible utilizar los propios. Nuestro ordenamiento jurídico, al día de hoy, únicamente contempla consecuencias filiatorias cuando se produce una inseminación del óvulo de una mujer casada con el semen de un hombre distinto al marido. Así. el párrafo**

tercero del artículo 73 del Código de Familia dispone que "La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades". En mi criterio, en esta norma resulta coherente con la presunción de paternidad contemplada en el artículo 69 ibidem como única forma de emplazamiento de la filiación paterna de un hijo o una hija nacidos dentro del matrimonio. La norma transcrita prevé así la improcedencia de la impugnación con la sola demostración de la no coincidencia genética entre el padre y el hijo.

Desde el momento en que entró en vigencia la Convención sobre los Derechos del Niño se produjo el paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral y, con ello, la consideración de la persona menor de edad como sujeto de titular de derechos en lugar de ser objeto de protección. El derecho a la identidad está explícitamente reconocido por el artículo 7 de la referida Convención, el cual contempla el derecho de toda persona a conocer su origen.

Es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación del Estado costarricense de implementar la aplicación de la técnica de fecundación in vitro y esto ha sido fundamental para acoger el presente recurso de amparo, pero también es evidente que en no pocas ocasiones esta técnica en particular se debe aplicar en conjunción con otras. Con este panorama, estimo previsible que por vía de amparo comience a introducirse la aplicación de otras técnicas de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada. Considero entonces que es indispensable que nuestro país se cuente con un marco jurídico explícito que regule las distintas técnicas de reproducción asistida y, por ello, con máximo respeto insto a la Asamblea Legislativa para que a la mayor brevedad proceda a promulgar la legislación correspondiente.

**XI. - DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE** Se previene a las partes que de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, éstos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXX1.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. En consecuencia, se ordena a Román Federico Macaya Hayes en su condición de Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, o a quien ejerza ese cargo, que, en el plazo de dos meses, contado a partir de la notificación de este fallo, se disponga lo necesario para que, en aplicación de la normativa interna de ese ente que regula las ayudas económicas en caso de operaciones muy costosas, defina el aporte que se les puede brindar a MARCO TU LIO [Nombre 001], cédula de identidad [Valor 001] y Y1NDRA [Nombre 002], cédula de identidad [Valor 002], a fin de que puedan tener acceso a la técnica reclamada en este amparo, conforme se explica en la parte considerativa de esta sentencia. Se advierte al recurrido que de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados por los hechos que han dado lugar a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución a Román Federico Macaya Hayes, en su condición de Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, o a quien ejerza ese cargo, en forma personal. Los Magistrados Castillo Viquez, Rueda Leal, Hernández Gutierrez y Chacón Jiménez, ponen notas separadas.

Fernando Castillo V.  
Presidente a.i

Paul Rueda L.  
Marta Esquivel R.  
Mauricio Chacón J.

José P. Hernández G.  
Hubert Fernández A.  
Lucila Monge P.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 22-08-2020 01:29:50.