

Disciplinas del Derecho Humano de la Salud.

Un caso en la legislación costarricense.*

Disciplines of Health's Human Law. A case in the Costa Rican's legislation

CARLOS J. VALEIRO¹



RESUMEN: Los juristas de la salud de la Unión Europea han conducido el debate de estos temas, como ha sido más recientemente respecto de la necesidad de regular la inteligencia artificial. Es por este motivo, que los estudios europeos del Derecho de la Salud, particularmente los españoles, resultan los más ejemplarizantes para acercarse a este tema y proponer su conocimiento, debate y aplicación correcta. Debe quedar claro que no existe un consenso general sobre esta propuesta, siendo común que algunos autores defienden posturas ligeramente distintas. Sin embargo, la teoría jurídica que aquí se formula es la que cuenta con el mayor respaldo debido a su coherencia desde el punto del rigor doctrinario. Empero, esfuerzos académicos como el presente intentan provocar discusiones con propósitos educativos, reflexivos y generadores de debate hacia la consolidación de una teoría costarricense sobre estos temas para constituirse en materia de las aulas de Derecho, la elaboración de normas, la emisión de resoluciones administrativas y judiciales y, más aportes publicados en libros y revistas del Derecho costarricense.

Palabras clave: Derecho a la salud, bioderecho sanitario, salud, Costa Rica.

ABSTRACT: Health jurists in the European Union have led the debate on these issues, as has been the case more recently with regard to the need to regulate artificial intelligence. For this reason, European studies on Health Law, particularly Spanish ones, are the most exemplary in approaching this issue and proposing its knowledge, debate and correct application.

It must be made clear that there is no general consensus on this proposal, and it is common for some authors to defend slightly different positions. However, the legal theory formulated here is the one that has the greatest support due to its coherence from the point of doctrinal rigor. However, academic efforts such as this one attempt to provoke discussions with educational, reflective and debate-generating purposes towards the consolidation of a Costa Rican theory on these issues to become the subject of law classrooms, the development of regulations, the issuance of administrative and judicial resolutions and, more contributions published in books and journals of Costa Rican law.

Keywords: Right to health, health biolaw, health, Costa Rica.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿DERECHO A LA SALUD O DERECHO DE LA SALUD? III. ¿ES EL DERECHO A LA SALUD UN DERECHO SUBJETIVO SÓLO DE LA ESPECIE HUMANA? IV. DISCIPLINA DEL DERECHO HUMANO DE LA SALUD. 4.1. Bloque de Convencionalidad del Derecho Humano de la Salud. 4.2. Derecho Médico. 4.3. Derecho Biomédico. 4.4. Bioderecho. 4.5. Derecho Sanitario. 4.6. Medicina Legal. 4.7. La Bioética. V. RELACIONES ENTRE LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO HUMANO DE LA SALUD. 5.1. Sujeto y objeto de regulación de las disciplinas del Derecho de la Salud. 5.2. Sujeto y objeto de la Ética, Bioética y Deontología. VI. LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO DE LA SALUD Y LA FERTILIZACIÓN IN-VITRO EN COSTA RICA. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

* Fecha de recepción: 10/12/2023 – Fecha de aceptación: 2/04/2023. Cita recomendada: VALEIRO, Carlos J., Disciplinas del Derecho Humano de la Salud. Un caso en la legislación costarricense en, Revista Bioderecho.es 19, enero-julio, 2024, Universidad de Murcia, España <https://doi.org/10.6018/bioderecho.623461>

¹ Abogado con especialidad en Salud Pública. Posgrado en Bioética. Funcionario de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, presidente de la Asociación de Derecho Médico de Costa Rica y miembro de la Comisión de Derecho a la Salud del Colegio de Abogados de Costa Rica.



I. INTRODUCCIÓN

No resulta innecesario partir de un hecho irrefutable. El derecho a la salud hoy se encuentra en riesgo no sólo porque es un derecho que no es universal, sino porque el progreso humano, en aras del desarrollo material y económico, genera condiciones que afectan a la humanidad en su totalidad. Basta con echar un vistazo a los efectos del cambio climático, la contaminación ambiental o las enfermedades zoonóticas como el SARS-CoV-2 causante de la Covid-19. Para atender esta realidad las respuestas jurídico/sanitarias deben ser apropiadas y efectivas.

La misión que tiene el Derecho de proteger la salud es quizá la más desafiante de todas. Desde el derecho de un paciente a obtener un tratamiento oportuno hasta la protección del medio ambiente, el Derecho debe estar constantemente vinculándose con la ciencia, la tecnología, la economía -entre otras- para adecuar sus regulaciones en beneficio del ser humano, su salud y su vida.

En este sentido, es común que el Derecho intente disponer a tiempo y de forma efectiva las respuestas jurídicas para tutelar la salud, prevenir su afectación, contener los excesos, promover la equidad sanitaria y establecer las regulaciones necesarias para la gestión sanitaria y las consecuencias en caso de daños causados.

Antes, debe aceptarse un derrotero. Las ciencias jurídicas, los juristas, los operadores del Derecho, la academia, entre otros actores importantes del escenario jurídico/sanitario deben aceptar que existen paradigmas que deben ser enfrentados. Se trata de abandonar el Antropocentrismo para sustituirlo por el Biocentrismo; de incorporar al Bloque de Convencionalidad intrínsecamente en las fuentes del Derecho como un conjunto de regulaciones y jurisprudencia internacional de Derechos Humanos; de hacer del Derecho una herramienta más efectiva para responder a las inequidades sanitarias y, de aceptar que la interdisciplinariedad es clave como eje transversal del Derecho el cual se nutre de la Bioética y la ciencia y sus avances. Superar estos nuevos paradigmas es determinante para una mejor comprensión del papel del Derecho Humano de la Salud.

Superados los anteriores paradigmas, lo cual no es cuestión simple, la aproximación del Derecho a la ciencia y a la tecnología no es tarea fácil, como tampoco lo es hacer de la salud un derecho universal o afirmar la protección del ambiente. Las respuestas jurídicas, mediante la regulación normativa o el reconociendo judicial de dichas relaciones es tardía y reactiva en relación con los raudos avances de la ciencia, los desafíos que imponen las desigualdades e inequidades sociales o los retos de la relación del ser humano con su entorno. Con ocasión del desarrollo de la Bioética y los Derechos Humanos en las últimas décadas, el debate de estos temas ha intentado cubrir los espacios que han quedado desprovistos de previsiones jurídicas con el fin de responder apropiadamente a los riesgos que entrañan los excesos de la conducta del ser humano y su impacto en la salud.

En este intento, la falta de rigor doctrinario de los términos y sus alcances induce -con frecuencia- a errores conceptuales que provocan no sólo confusión, sino sobre todo respuestas insuficientes o equivocadas para defender la salud. En este sentido, es común escuchar confusión conceptual en relación con lo que se debe concebir por Deontología Médica, Derecho Médico, Derecho Sanitario, Derecho Biomédico, Bioderecho, Bioética y Medicina Legal.

En razón de lo anterior, es necesario clarificar estas disciplinas, sus particularidades, su alcance y límites y, sus relaciones o puntos de encuentro con el propósito de obtener una mejor

comprensión doctrinaria y práctica del Derecho Humano a la Salud como del Derecho Humano de la Salud.

II. ¿DERECHO A LA SALUD O DERECHO DE LA SALUD?

Conviene empezar el análisis de este tema con una interrogante inicial que es fundamental desde el punto de vista de la rigurosidad doctrinaria. Comúnmente, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de forma convencional se señala de manera inequívoca que todos los seres humanos contamos con un derecho a la salud. ¿Es esto correcto desde el punto de vista jurídico?, ¿Qué es un derecho subjetivo?, ¿es el derecho a la salud un derecho subjetivo?, ¿qué es el derecho objetivo?

Es menester comenzar por realizar algunas aproximaciones conceptuales que es necesario analizar con el fin de intentar responder a estas inquietudes.

Para dar inicio, es conveniente hacer referencia a los Determinantes Sociales de la Salud como aquellas condiciones en las cuales las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluyendo los propios sistemas de salud y que inciden en la producción de la salud. Conceptualmente, existen determinantes estructurales y determinantes intermedios.

Los determinantes estructurales son aquellos que generan o refuerzan la estratificación en la sociedad y que definen la posición socioeconómica individual. En el marco conceptual de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud de la OMS (CDSS) se identifican la posición social y el contexto sociopolítico y económico como tales.¹

Los determinantes intermedios se presentan en el marco conceptual como los factores intermediarios entre los determinantes estructurales y la desigual distribución de la salud y el bienestar en la población.

Siguiendo la terminología de la CDSS, los determinantes intermedios se agrupan en seis apartados:

- a. Condiciones materiales de la vida: incluyen determinantes asociados al medio ambiente físico tales como la vivienda, el barrio o el municipio; al medio laboral, como las condiciones de trabajo y empleo, la alimentación, el vestido, etc.
- b. Contexto psicosocial: se refiere a aspectos psicológicos del individuo en relación con el contexto y las circunstancias sociales en que vive: afectos, emociones, tipo de respuesta ante circunstancias adversas, grado de control sobre la propia vida, respuesta al estrés, estrategias de afrontamiento, redes sociales, apoyo social, entre otros.
- c. Cohesión social: se relaciona con el grado de integración social, la presencia de fuertes vínculos comunitarios, altos niveles de participación ciudadana en actividades cívicas y confianza en los demás. Supone cierta visión compartida sobre problemas comunes, entre los que destaca una actitud de solidaridad y protección ante situaciones de desventaja que puedan sufrir los miembros de esa comunidad, especialmente la pobreza. La exclusión social, en el extremo opuesto, se corresponde con una situación de segregación de esa red de seguridad que ofrece la cohesión social.

¹ CAPONNETTO M, ELBABA J , OGUETA S y MARTÍN Z. “Principio Bioético de Sociabilidad y Subsidiariedad. Determinantes Sociales, Políticas y Sistemas de Salud”. Fundación Interamericana Ciencia y Vida. Centro de Bioética, Instituto de Investigación e Innovación en Salud, Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad Central de Chile. 1ª Edición. Santiago de Chile, 2017. , Página 36.

- d. Estilos de vida: incluye los hábitos de vida con su influencia protectora o perniciosa para la salud: ejercicio físico, dieta, hábito tabáquico, consumo de alcohol, y una adecuada y segura alimentación.
- e. Factores biológicos: hace referencia a la carga genética, la edad y el sexo.
- f. Sistema sanitario: las características y organización del sistema sanitario en cada contexto se convierte en un determinante intermedio de la salud, especialmente a través de la accesibilidad y grado de utilización de los servicios sanitarios según se pertenezca a un grupo social u otro.

Los determinantes intermedios desencadenan la desigualdad en salud a través de una diferente exposición al daño, de una diferente vulnerabilidad y/o de las diferentes consecuencias de la enfermedad en los distintos grupos o estratos sociales.

Las actuaciones sobre los determinantes sociales de la salud han de contar con la participación de todos los poderes públicos, la sociedad civil, las comunidades locales y el sector empresarial, así como de foros y organismos internacionales.

De lo anterior se colige, en todas las ocasiones, que la mejora en la calidad de vida está asociada a la forma mediante la cual la población se relaciona con estos determinantes. En otras palabras, los Determinantes Sociales de la Salud explican la posibilidad de enfermar o morir o, si se quiere expresar de una forma positiva, establecen el grado en que una persona cuenta con los recursos físicos, sociales y personales para identificar y lograr sus aspiraciones, satisfacer necesidades de salud, educación, alimentación, empleo y adaptarse al medio ambiente. En razón de que la aproximación de las personas a los Determinantes Sociales es diferenciada, es preciso realizar los ajustes que sean necesarios para lograr equidad y justicia en la satisfacción de una vida más digna y plena. Aquí, justamente, es donde interviene el Derecho y particularmente los Derechos Humanos con las Acciones Afirmativas que son todas aquellas estrategias utilizadas por los poderes públicos tendientes a lograr políticas públicas, prácticas equiparadoras y restablecedoras de los derechos fundamentales para los grupos excluidos y discriminados².

Por otra parte, no cabe duda de que todos coincidiremos con la siguiente frase: “El derecho a la salud es un derecho humano básico. Este derecho es entonces, la búsqueda del reconocimiento de que todas las personas por el hecho de ser seres humanos sean sujetos con dignidad y tengan el derecho de ser tratados iguales en cuanto a protección de la salud”³. El derecho a la salud se ha considerado un derecho humano esencial, garantizado por normativa internacional y constitucional. Como extensión del derecho a la vida, la salud es uno de los derechos que exigen una actividad positiva del Estado tendiente a viabilizar los mecanismos y procedimientos para hacer efectivos los atributos de este derecho, en términos amplios y universales.

² Las acciones afirmativas –concepto que suple y complementa el de discriminación positiva– pretenden cuestionar y modificar aquellas situaciones fácticas que impiden y obstaculizan que los grupos excluidos e individuos alcancen la igualdad efectiva en el reclamo por sus derechos. Con otras palabras, la acción afirmativa restablece la igualdad en la que se encuentran diversos grupos sociales a los que se ha negado o restringido la posibilidad de acceder y participar en la configuración, validación y reclamos de sus derechos en igualdad de oportunidades. No sobra decir que las acciones afirmativas permiten visibilizar los aportes de los movimientos sociales en las reivindicaciones de sus derechos desde el punto de vista político, social y jurídico.

³ Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. Compendio de Derecho a la Salud. San José. 2000.

De las distintas definiciones del término salud, la más aceptada, a pesar de las fuertes críticas que ha recibido⁴, es la establecida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) al señalar en el preámbulo de su constitución, que se trata de “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

La salud, por ende, no es simplemente ausencia de enfermedad. La aclaración es, conceptualmente, innecesaria pues la salud, implica necesariamente la ausencia de la enfermedad; o, dicho de otro modo, la excluye como un término antagónico. Sin embargo, es posible señalar que lo que la definición ha procurado con esta expresión es afirmar el carácter positivo de la salud⁵.

El goce del grado máximo de salud que se puede aspirar es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental que permite aspirar a disfrutar de paz, seguridad, calidad de vida y desarrollo. Su construcción es producto de la más amplia participación de las personas y cooperación de los Estados.

Establece la Organización Mundial de la Salud que ese estado de completo bienestar presenta una triple faceta: físico, mental y social. Teniendo mérito resaltar que la salud no se refiere solo al ámbito físico, sino que se atribuye de manera proporcional y derivada a otros aspectos del ser y de la vida de las personas. Aun cuando la definición no dispone de mención expresa de la persona, no resulta incompatible con una visión que tenga, como centro, la integridad de un individuo en todas sus facetas personales, sociales y ambientales⁶.

Desde la óptica de los Derechos Humanos y los Principios Bioéticos, es importante el reconocimiento de la salud como una precondition o valor instrumental necesario para la posible realización de otros valores y el ejercicio de otros derechos esenciales para la vida.

Como Derecho Humano se caracteriza por la universalidad, entendida como perteneciente a todo ser humano por su propia condición y la indivisibilidad, lo cual implica la íntima relación e interdependencia entre los Derechos Humanos entre sí, y que conlleva a que la violación de un derecho afecte a todos los demás.

Además, la salud es un corolario del derecho a la vida, amparado expresamente dentro de las garantías de los Derechos Humanos. Ello tiene una directa relación con el principio fundante de la dignidad humana⁷, soporte y fin de los demás Derechos Humanos.

De este modo, el derecho a la salud se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales, tal como la Declaración Universal Derechos Humanos (1948), misma que

⁴ La mayor parte de las críticas hacia la definición de la OMS son sobre lo absoluto de la palabra “completo” en relación con el bienestar. El primer problema es que contribuye involuntariamente a la medicalización de la sociedad. La exigencia de completo bienestar dejaría a la mayoría casi siempre con mala salud.

⁵ CAPONNETTO M, ELBABA J, OGUETA S y MARTÍN Z. “Principio Bioético de Sociabilidad y Subsidiariedad. Determinantes Sociales, Políticas y Sistemas de Salud”. Fundación Interamericana Ciencia y Vida. Centro de Bioética, Instituto de Investigación e Innovación en Salud, Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad Central de Chile. 1ª Edición. Santiago de Chile, 2017. Página 29.

⁶ Esta es al menos la aspiración del enfoque centrado en las personas, el cual plantea superar el modelo biomédico para que la atención de la salud se permee de una visión integradora del ser humano con menos paternalismo médico y más autonomía de la voluntad, pero más que todo hacer de la persona el centro de las políticas públicas.

⁷ Según la conocida expresión kantiana, la dignidad es “algo que se ubica por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente”; mientras las cosas tienen “precio”, las personas tienen “dignidad”. En otras palabras, la dignidad, como prerrogativa característica de las personas, es un valor absoluto que escapa por tanto a todo cálculo utilitarista de costos-beneficios.

establece en su artículo 25 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure su salud “y el bienestar y en especial la alimentación, vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Sumado a lo anterior, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 12 establece el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

(...)

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."

Por su parte, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, el artículo 10 ratifica que:

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: ...

a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad.

b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado...

f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

En tal sentido, la Observación General No. 14 adoptada en el año 2000 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) hace referencia al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, estableciendo en lo que refiere a obligaciones de los Estados partes lo siguiente:

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter

legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud⁸.

En tal virtud, el Estado está llamado a proveer, como parte de sus obligaciones de hacer, los servicios necesarios para garantizar la salud y ante ello, los habitantes se hallan facultados para exigir frente a aquel su plena satisfacción.

La caracterización del derecho a la salud como Derecho Humano requiere que los Estados adopten medidas para su realización y sean garantes de la prestación efectiva, debiendo poner a disposición de las todas personas, bienes, instalaciones, servicios y todo aquello necesario para su efectiva actuación.

A su vez, debe resaltarse que existen dos principios que rigen la temática. Uno de ellos es el Principio de Realización Progresiva, que apunta a que los Estados deben asignar el máximo de recursos disponibles para asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en los tratados. El segundo, alude a que en las carencias presupuestarias no pueden justificarse trasgresiones; de ahí que los derechos deban jerarquizarse, tendiendo a tutelar a los sectores más vulnerables, evitando desigualdades.

Con arreglo a lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para hacer progresivamente efectivo el derecho a la salud y prohibir que se adopten medidas con carácter retroactivo, al tiempo que tienen la obligación de cumplir inmediatamente sus obligaciones fundamentales mínimas. El Pacto también hace un llamamiento a la cooperación internacional.

En Costa Rica, el derecho humano a la salud se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales. Si bien el ordenamiento jurídico costarricense no cuenta con la expresión del derecho a la salud en su Carta Magna como si lo tiene España, esto no afecta su consideración como derecho fundamental.

En este sentido, la Constitucional de Costa Rica ha señalado lo siguiente:

Doctrina y Filosofía a través de todos los tiempos han definido a la vida como el bien más grande que pueda y deba ser tutelado por las leyes, y se le ha dado el rango de valor principal dentro de la escala de los derechos del hombre, lo cual tiene su razón de ser pues sin ella todos los demás derechos resultarían inútiles, y precisamente en esa medida es que debe ser especialmente protegida por el Ordenamiento Jurídico. En nuestro caso particular, la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella. En el caso particular de nuestro país, ha sido la Caja Costarricense del Seguro Social la institución llamada a brindar tal servicio público, debiendo en consecuencia instrumentar planes de salud, crear centros asistenciales, suministrar medicamentos, dar atención a pacientes entre otras cosas, contando para ello no solo con el apoyo del Estado mismo, sino además con el aporte económico que realiza una gran parte de la población con las cotizaciones para el sistema⁹.

⁸ Organización de las Naciones Unidas. (ONU) Observación General No. 14 adoptada en el año 2000 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto No. 5130 del 7 de setiembre de 1994.

Tal y como es posible apreciar, la Sala Constitucional ha reconocido la existencia del derecho a la salud como una derivación del derecho a la vida, estableciendo a su vez la obligación que recae respecto a las instituciones estatales, de garantizar el cumplimiento de este derecho en todo su amplio espectro.

En razón de lo anterior, resulta indiscutible concluir que las personas, sin distinción alguna, son destinatarias de un derecho subjetivo a la salud.

En el Derecho costarricense se ha tenido con bastante claridad el concepto de derecho subjetivo. Ortiz citando al autor argentino Agustín Gordillo, señaló que el “derecho subjetivo se da cuando una regla precisa impone a la Administración una conducta en favor de un sujeto considerado como un individuo, aunque contenga pareja imposición en favor de otros, integrantes o no de un grupo común”¹⁰.

Al respecto, el diccionario del Poder Judicial de Costa Rica señala lo siguiente sobre el concepto de derecho subjetivo:

Facultad o potestad consustancial a la persona, sea como titular de un derecho real; o, en materia de obligaciones, como acreedor o deudor. || Derecho o potestad individual de proceder, o abstenerse de actuar, dentro de límites legalmente señalados. || Autorización derivada de una norma que faculta hacer o no hacer. || Reconocimiento de una potestad, otorgada por el derecho positivo y judicialmente tutelada, a una persona específica y que posibilita hacerla valer frente a terceros. || Potestad individual de modificar lo establecido, o de conservarlo, bajo parámetros legales. || El inmanente a una persona concreta como titular de un derecho real o como acreedor o deudor en una relación obligatoria. || Facultad que tiene un individuo particular para actuar en el ámbito jurídico¹¹.

En razón de lo anterior, si hemos dicho con suficiente propiedad que todos los seres humanos son destinatarios de “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” y que dicha condición ocurre por el mero hecho de ser humanos y que debe ser asegurada por los Estados, entonces debemos aceptar que el derecho humano a la salud es un derecho subjetivo por cuanto los seres humanos somos sus titulares y que, en consecuencia, tenemos la facultad de exigir su reconocimiento, regulación, cumplimiento y reparación.

¿Por qué parece necesario realizar esta afirmación que, para muchos es una verdad milenaria que aceptamos sin cuestionamientos? Porque también existe un derecho objetivo de la salud. Según el mismo diccionario del Poder Judicial, un derecho objetivo trata del

orden normativo regulador de la vida social e individual integrado por leyes y costumbres. Fuentes del derecho objetivo son la ley; la costumbre; los principios generales del derecho; en algunas legislaciones, la jurisprudencia; y la doctrina. || Conjunto de normas que rigen la vida en sociedad. || Conjunto de preceptos imperativos o que concede potestades y autorizaciones y que es confirmado por el Poder Público. Cierta doctrina subdivide el derecho objetivo en natural y positivo¹².

¹⁰ Contraloría General de la República de Costa Rica. C - 149 – 92 de 10 de setiembre de 1992.

¹¹ Diccionario Usual del Poder Judicial de la República de Costa Rica. <https://dictionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario>

¹² Diccionario Usual del Poder Judicial de la República de Costa Rica. <https://dictionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario>

En razón de lo anterior, al hacer referencia al orden normativo que regula esta materia, lo correcto es expresar que estamos en presencia del Derecho de la Salud. Aquí no nos referiremos a la salud como un derecho subjetivo, sino a las disciplinas jurídicas que la doctrina ha establecido que contienen este derecho subjetivo a saber: El Derecho Médico, el Bioderecho, el Derecho Sanitario y el Derecho Biomédico.

En este punto, es necesario ir más allá. Cuando se señala, por ejemplo- que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25 dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure su salud y el bienestar y en especial la alimentación, vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, lo correcto es afirmar que se hace referencia al Derecho Humano a la salud. Sin embargo, esta Declaración forma parte del Derecho Humano de la Salud, entendiendo por éste como el conjunto de normas, doctrina y jurisprudencia que contiene disposiciones relativas al Derecho Humano a la salud. De otro modo, el Derecho Humano a la salud hace referencia a un derecho subjetivo de la salud mientras que el Derecho Humano de la Salud se refiere al derecho objetivo de la salud.

No conviene finalizar esta sección sin al menos hacer un señalamiento de las Normas del Soft Law o Derecho Blando como parte del Derecho Humano de la Salud, cuya definición más ampliamente aceptada señala que se trata del grupo de instrumentos internacionales no vinculantes pero que cuentan un importante poder moral. La ley blanda no es una legislación primaria que ha pasado por los rigores del escrutinio parlamentario (incluyendo debates parlamentarios y audiencias de consulta pública) o legislación delegada hecha bajo tales estatutos, sino que se trata de cuerdos, principios y declaraciones que no son legalmente vinculantes. El Derecho Blando se refiere a pautas, declaraciones de políticas o códigos de conducta que establecen estándares de conducta. Sin embargo, no son directamente exigibles.

Los instrumentos de Derecho Blando se encuentran predominantemente en el ámbito internacional. Como ejemplos, cabe mencionar las Cumbres Internacionales. En ellas los Estados llegan a acuerdos no vinculantes, pero sí se espera una respuesta concordante que respete las decisiones tomadas en dichas reuniones. Las consecuencias del incumplimiento no pueden llegar a producir responsabilidad jurídica, pero sí una falta de respeto político que generen una respuesta negativa por parte de los otros Estados que dificultará la creación de futuros acuerdos. La cumbre más famosa que se menciona es la del Clima, celebrada en Madrid en el 2019, cuyo fin es hacer frente al cambio climático y acelerar la implementación del Acuerdo de París de 2015

Existe una conexión entre tratados de Derechos Humanos y Derecho Blando que, aunque muchos no la comparten, consistente en una complementariedad en caso de una mejor o más específica protección que puede en un caso particular ofrecer el Derecho Blanco y, en segundo lugar respecto de la evolución de muchos estándares fijados del Derecho Blando hacia el Derecho Positivo cuando son tomados o incorporados en los instrumentos, resoluciones o sentencias de los órganos jurisdiccionales o se incorporan como parte de una legislación formal.

De esta manera, para el caso de Costa Rica, forman parte del Derecho Humano de la Salud, el Bloque de Derechos Humanos constituido por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos, luego la Constitución Política, la Ley General de Salud, la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, la ley General de Investigación Biomédica, la ley General del VIH o, el reglamento que regula la fertilización In -Vitro, entre otras leyes más y, algunas normas del Derecho Blando como la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial o la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

III. ¿ES EL DERECHO A LA SALUD UN DERECHO SUBJETIVO SÓLO DE LA ESPECIE HUMANA?

Esta, aunque parece ser una pregunta ciertamente filosófica, no resulta innecesaria hacerla a los propósitos de este estudio. Conviene formularse esta pregunta, si iremos a aceptar que el Derecho Humano de la Salud contiene una rama o disciplina que dispone que la salud y la vida humana no son posibles sin la garantía de protección de un mínimo de derechos a otras formas de vida. Es decir, es necesario establecer un presupuesto jurídico, uno anterior, que establezca sustento al Bioderecho.

En gran medida, gracias a la investigación en animales los científicos han descubierto maneras de sanar enfermedades y prolongar la vida humana. Por ejemplo, la creación de vacunas, el desarrollo de los trasplantes de órganos, las transfusiones de sangre, la diálisis para los pacientes de riñón, técnicas quirúrgicas y de traumatología y el valor terapéutico de las medicinas modernas, que se prueban primero en animales. Esta investigación ha servido también para conocer el funcionamiento de los sistemas orgánicos, debido a que existen semejanzas significativas entre los sistemas fisiológicos de los seres humanos y los de varias especies animales. Mucho de lo que sabemos sobre el sistema inmune se ha obtenido de los estudios con los ratones. La investigación con perros ha proporcionado abundante información sobre el sistema cardiovascular. Nuestras mejores esperanzas para el desarrollo de prevenciones, tratamientos y curas para enfermedades como el Alzheimer, el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y el cáncer incluyen también investigación biomédica utilizando animales.

Además, los modelos animales transgénicos se usan en la investigación de los mecanismos de patogénesis de enfermedades como dispositivos de ensayo de posibles compuestos terapéuticos para su tratamiento y como dispositivos de validación in vivo de tratamientos potenciales. La transferencia de genes recombinantes a estos organismos (transgénesis), dirigidos para que se expresen en ciertos tejidos por medio de promotores específicos, permite generar proteínas recombinantes valiosas para la medicina.

Por carecer de autonomía, los animales no pueden negarse a ser objeto de experimentos y, por tanto, la responsabilidad de no ocasionar daños innecesarios recae en el ser humano.

Por otra parte, la pandemia de Covid-19 y el impacto antropogénico sobre los sistemas de soporte vital de la Tierra y los límites planetarios han revitalizado la discusión del impacto de la forma en la cual el ser humano se relaciona con otras formas de vida.

Uno de estos impactos es la Zoonosis o las enfermedades infecciosas que se transmiten naturalmente desde animales vertebrados al ser humano. La estrecha interacción entre las personas y los animales, así como el aumento de la actividad comercial y la movilización de personas, animales, sus productos y subproductos han propiciado una mayor diseminación de las zoonosis. Además, la diseminación de estas enfermedades también puede ser impulsada por la modernización de las prácticas agrícolas, particularmente en las regiones en desarrollo, vulnerables a la destrucción del hábitat, la invasión humana y el cambio climático. El impacto de las zoonosis no solo radica en el daño a la salud pública, sino que ocasiona severas pérdidas económicas en los países.

Para 1993, según la Organización Mundial de la salud (OMS,) de los 1.415 patógenos humanos conocidos en el mundo, 61% son zoonóticos o de origen zoonótico. Estas patologías son responsables de al menos 2.400 millones de casos de enfermedades humanas y de 2,2 millones de muertes al año, sobre todo en las áreas más desfavorecidas del planeta. Alrededor del 75% de las enfermedades infecciosas emergentes del ser humano tienen origen animal. Cada

5 nuevas enfermedades humanas que surgen al año, 3 de ellas provienen de los animales¹³. Este es un enorme problema de Salud Pública al que debe dársele no sólo la prioridad necesaria, sino una reflexión urgente para que los Estados y los organismos internacionales adopten políticas públicas y legislaciones adecuadas.

En este sentido, el enfoque de salud global de *One Health* (Una Sola Salud)¹⁴, históricamente centrado en zoonosis no es nuevo. Sin embargo, el concepto ha evolucionado desde el nuevo milenio, particularmente con el incremento de las enfermedades ocasionadas por la relación del ser humano con su entorno.

En junio de 2021, *One Health* propuso que

una salud es un sistema integrado y unificador con un enfoque que tiene como objetivo equilibrar y optimizar de forma sostenible la salud de las personas, los animales y los ecosistemas. Así se reconoce que la salud de los humanos, los animales domésticos y salvajes, plantas y el medio ambiente en general (incluyendo ecosistemas) están estrechamente vinculados y son interdependientes

Con todo, para lograr que las políticas públicas internacionales y nacionales consideren que la salud de las personas depende de la salud de otras formas de vida, una de las preguntas que habrá de hacer es ¿se sostiene hoy el argumento de Robert Nozick: “*utilitarismo para los animales, kantismo para la gente.*”?

Han sido muchas las voces que han denunciado el antropocentrismo señalando que también los animales deben recibir consideración moral, desde Plutarco o Porfirio, hasta los más recientes Peter Singer o Coetzee, pasando por Voltaire o Bentham, pero también algunos de los seguidores de Descartes han sostenido que los animales no sufren, aunque lo parece, sino que sus reacciones son las propias de autómatas¹⁵.

Seguir creyendo que sólo los seres humanos tienen estatuto moral por el hecho de pertenecer a la especie humana, y no en cambio los animales, es una forma de discriminación injusta por tomar como relevante un rasgo que no lo es, una forma de discriminación semejante al racismo o sexismo. Es seguir considerando a los animales como cosas. En efecto, los animales han sido considerados como tales respecto de las cuales los propietarios tienen plena disposición, como ocurre con los animales domésticos, o como *res nullius*, respecto de los cuales existe un genérico derecho de ocupación.

¿Pero es que acaso sólo los seres humanos son agentes morales en este sentido? Ciertamente no, dicen hoy muchos autores para quienes los animales son considerados seres dignos, y, por ello, sujetos de algunos derechos básicos.

El impacto más evidente e inmediato que tiene la inclusión de los animales en la comunidad de los pacientes morales es la alimentación humana. Si los animales, cuya carne

¹³ Organización Panamericana de la Salud (OPS) <https://www.paho.org/es/noticias/6-7-2023-dia-mundial-zoonosis-protoger-salud-anim-al-ayuda-preservar-salud-humana>.

¹⁴ “Una Sola Salud” es un enfoque integral y unificador de la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización Mundial de Sanidad Animal y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente cuyo objetivo es equilibrar y optimizar la salud de las personas, los animales y los ecosistemas. Utiliza los vínculos estrechos e interdependientes que existen entre estos campos para establecer nuevos métodos de vigilancia y control de enfermedades.

¹⁵ DELTORO, P. “Animales”. En ROMEO C. “Enciclopedia de Bioderecho y Bioética”. Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011. Página 82.

suele formar parte de nuestra dieta, tienen capacidad de sufrimiento, determinados modos de ganadería y producción de dicho alimento deben, cuando menos, revisarse. Así, se proclama que sólo deberíamos ingerir la carne de aquellos animales que han sido criados respetando su bienestar y a quienes se ha producido una muerte indolora.

Así Pelayo señala que la cuestión de la actitud que los seres humanos han de observar en relación con los animales presenta dos perspectivas distintas, aunque estrechamente relacionadas. Por un lado, la perspectiva ética, que indaga la posición que los animales ostentan dentro del mundo ético, tradicionalmente concebido como un mundo típicamente humano, y por otra la perspectiva jurídica, relacionada con el tratamiento que se debe dar desde el Derecho a los seres vivos no humanos¹⁶.

Sin embargo, con el tiempo, nuevas teorías éticas empiezan a considerar a los animales como coprotagonistas del mundo ético y como merecedores por sí mismos de determinados comportamientos éticos por parte de los seres humanos. En algunos casos, la consideración de los animales en sí mismos como agentes morales, en otros casos la protección del medio natural, o la defensa de la biodiversidad, son argumentos utilizados para defender estas posiciones.

Su intención es más bien la de indicar que los animales tienen un valor moral propio, y que por lo tanto sus intereses han de ser reconocidos y ponderados en relación con los intereses humanos a la hora de primar unos u otros, y que deberían ser protegidos jurídicamente, pero sin predeterminar de manera técnico-jurídica la posición de los animales en el mundo del Derecho.

A este respecto, y en cuanto al mundo jurídico y al papel que en él se concede a los animales, cabe decir que el Derecho se muestra reticente a considerar a los animales como titulares de derechos subjetivos y a utilizar la expresión *derechos de los animales*. Para el mundo jurídico, la titularidad de los derechos queda reservada exclusivamente a las personas físicas o a las personas jurídicas, a las que se reconoce derechos como prolongación de las anteriores, en la idea de que pretenden finalidades humanas que no pueden ser alcanzadas por las personas individualmente.

Sin embargo, no considerar a los animales como sujetos de derechos no responde a la necesidad de tutelar a la vida humana como el respecto de la protección moral de otras formas de vida.

La dignidad humana ha sido central para establecer que serán sujetos de derechos solo las personas. Pelayo hace el planteamiento de que la consolidación de la idea de dignidad como fundamento de los derechos. La idea de dignidad humana se configura hoy como un concepto prejurídico de carácter fundante de extraordinaria relevancia. De ella se ha dicho que se formula desde dos perspectivas que van tomando cuerpo en la historia. Una primera, de origen renacentista, en la que la dignidad consiste en el estudio de los rasgos que diferencian al hombre del animal, ya que el humanismo es antropocentrista y hace al hombre el centro del mundo, distinguiéndole precisamente de los animales y dotándole de unos rasgos que suponen la marca de su dignidad; y un segundo momento en el que se produce una aportación más formal, de raíz kantiana, en la que se hace derivar la dignidad de la capacidad de elegir del sujeto como agente racional autónomo, y que se manifiesta en un conjunto de elecciones vitales que permiten a la persona buscar el bien, la felicidad o la salvación.

¹⁶ GONZÁLEZ-TORRE, Á. "Animales". ROMEO C. "Enciclopedia de Bioderecho y Bioética". Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011. Página 86.

En esta línea más avanzada, algunos autores, como Tom Regan, dan un paso más y afirman que los animales merecen protección por el simple hecho de tener la experiencia individual de una vida. La clave del reconocimiento de los derechos está entonces en ese valor inherente a todos los seres vivos, y de ese reconocimiento se debe derivar la consideración del animal como sujeto de derechos. La muy relevante repercusión práctica de estos postulados más extremos supone defender, por ejemplo, la abolición de la caza deportiva, como también la de la actividad ganadera con fines comerciales, e incluso la experimentación con animales, aún la realizada en nombre de los beneficios que reporta a la especie humana, entre otras prácticas comunes.

Pero la pretensión de asimilar animales y seres humanos hasta el punto de hacerles titulares de derechos con base en lo que podríamos denominar una argumentación naturalística, basada en la posesión de determinadas condiciones naturales, o simplemente en el hecho de tratarse de seres vivos, presenta serios problemas para la doctrina jurídica, desde donde se ha señalado que construir una teoría de la personalidad de los animales para justificar la existencia de los derechos desvirtúa una noción esencial para la teoría del Derecho, como es la de personalidad jurídica, planteando más problemas prácticos que soluciones efectivas. En efecto, considerar en pie de igualdad a animales y seres humanos como sujetos de derechos podría implicar una serie de consecuencias jurídicas que tendrían una inmediata repercusión en la organización social, abocando a una situación en la que sería necesario revisar múltiples prácticas sociales y económicas imprescindibles para el sistema.

Hoy día, la consideración de los animales como sujetos de derechos, en la medida en que esto implica reconocerlos como fines en sí mismos, plantea problemas de muy difícil solución al sistema no ya sólo jurídico, sino ético, político e incluso económico que le subyace, como sería por ejemplo cuestionar toda la experimentación animal con fines científicos, prohibir el sacrificio de animales para el consumo humano (en que se basa buena parte de nuestro sistema económico).

De hecho, la solución jurídica arbitrada para recoger la nueva sensibilidad social en relación con el mundo animal pasa, no por reconocer a los animales personalidad jurídica propia, ni hacerles titulares de derechos subjetivos, sino, siguiendo la senda marcada por Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*, por considerar que los animales pueden ser simplemente beneficiarios de conductas jurídicas obligatorias, es decir, de deberes jurídicos, que son establecidos por la ley a cargo de las personas, físicas y jurídicas¹⁷.

Este planteamiento nos permite una solución más flexible a los problemas jurídicos derivados de la necesaria protección de los animales, al menos en tanto nos habilita para mostrar cómo es posible establecer mecanismos de protección de los animales sin necesidad de recurrir a ese discurso “naturalista” sobre la similitud de las especies, tal y como de manera recurrente sostienen algunos de los defensores de la atribución a los animales de la titularidad de ciertos derechos, y sin entrar a considerar a los animales como sujetos de derechos. Esta perspectiva implica un cambio relevante respecto de la posición tradicional en que se encontraban los animales ante el Derecho, donde eran considerados como cosas.

Sin embargo, este estrecho planteamiento va a ser superado como consecuencia del cambio de conciencia social y de una serie de hitos que van estableciendo la necesidad de replantear la posición de los animales ante el Derecho. Los animales no son ya vistos como objetos respecto de los cuales se tenga la libre disposición para usar, disfrutar y consumir sin

¹⁷ GONZÁLEZ-TORRE, Á. “Animales”. ROMEO C. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011. Página 89.

limitación alguna, sino que son presentados como una categoría distinta, de alguna manera cualificada respecto de las cosas, y en relación con los cuales se establecen determinadas obligaciones jurídicas a cargo de los seres humanos.

La Declaración de Derechos de los Animales de la UNESCO de 1978 fue en este sentido, un referente esencial. A partir de esta Declaración se ha ido abriendo paso a una nueva consideración de la posición de los animales ante el Derecho, distinta de la de simples cosas susceptibles de libre disposición por parte de los seres humanos.

Esta Declaración considera en su preámbulo que todo animal posee derechos, y que el reconocimiento de los derechos a la existencia de las otras especies por parte de la especie humana constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo. Este fundamento se combina con la idea de que el respeto hacia los animales por parte de las personas está ligado al respeto de las personas entre ellos mismos. Se entrelazan de esta forma dos principios como fundamento de la declaración; por un lado, el más clásico de los deberes de los seres humanos entre sí, y por otro los deberes de los seres humanos ya para con los animales. A partir de ahí se establecen los derechos de los animales al respeto, a la atención, a los cuidados y a la protección por parte de las personas y se dice que ningún animal será sometido a malos tratos ni actos crueles. La muerte, en caso de ser necesaria, deberá ser indolora, instantánea y no generadora de angustia.

La referencia a los derechos de los animales debe entenderse, más que como un reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos a favor de los animales, asimilable a la posición jurídica de los seres humanos, como un llamamiento a la ley para reconocer a favor de los animales una determinada protección jurídica, con la técnica normativa que considere cada Estado.

En razón de lo anterior, no es posible concluir que los animales sean destinatarios de un derecho subjetivo a la salud. Sin embargo, sin perjuicio de realizar un argumento utilitarista e instrumental a efecto de proteger el Derecho Humano a la Salud para comprender mejor el Derecho Humano de la Salud, es menester cambiar el paradigma antropocéntrico por uno biocéntrico, cuyo punto clave es reconocer que todos los seres vivos poseen un valor intrínseco y que como tales son merecedores -por lo menos- de un tratamiento jurídico como otras formas de vida según lo señala Rabal cuando afirma que

no se trata de positivizar un idílico modelo angelical del trato entre humanos y animales, sino establecer unos derechos mínimos para los animales que incluirían, como mínimo: el derecho a la vida en unas condiciones dignas, a la integridad física, a que su hábitat sea preservado, a la satisfacción de sus necesidades básicas, y el derecho a no ser maltratado¹⁸.

De otra forma, sin reconocer la importancia de la protección de los animales, se dará continuidad con esa conducta irresponsable de trato y relación entre estos y las personas, con el consecuente efecto sobre la salud humana.

Los riesgos para la salud del ser humano no se agotan en su relación con los animales. La contaminación de los recursos hídricos, el uso irresponsable de los agroquímicos y la explotación de los demás recursos naturales colocan en riesgo la vida humana, sin duda alguna.

Es por esto que no debe olvidarse aquí que, desde la perspectiva global de *One Health*, la biodiversidad o diversidad biológica incluye la variedad entera de la vida. Esto incluye varios

¹⁸ RABAL, P. "Los Derechos de los animales desde la óptica del Bioderecho: ¿utopía o realidad?" *Revista Bioderecho.es*. Vol. 1, núm. 1, Murcia., España. 2014. Página 7.

niveles de la organización biológica que abarcan a la diversidad de especies de, animales, hongos y microorganismos.

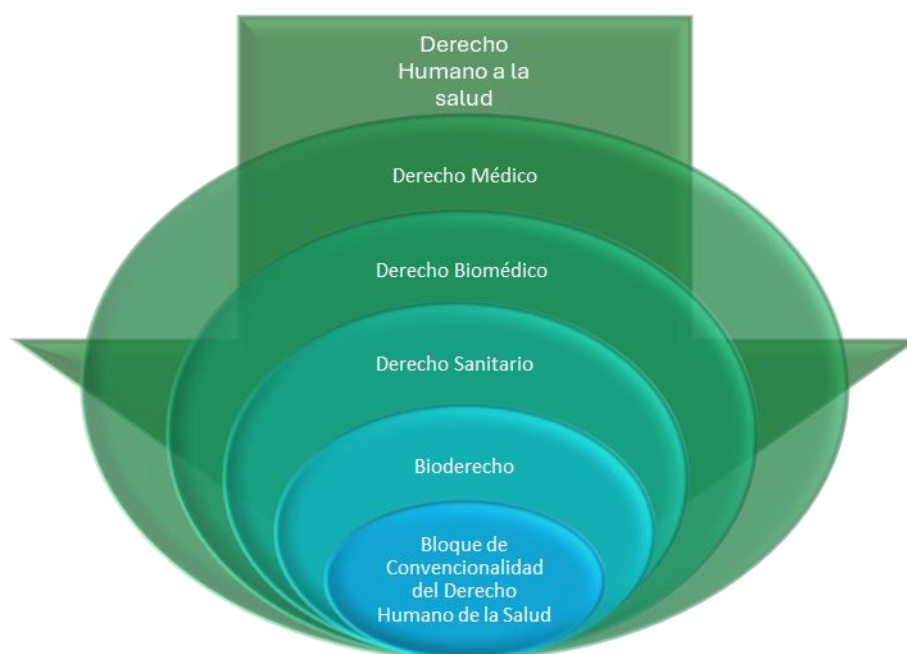
En esta sección se ha atendido sólo la cuestión de los animales porque su reconocimiento, como titulares de derechos es controversial y merece ser discutida. Esto no es igual para el caso de las plantas, para las cuales el consenso es general respecto de su protección en términos de la protección del ambiente. Por ello, la protección de los bosques, las plantas, el recurso hídrico y el aire es importante como parte indispensable del “Derecho Humano a la Salud” como del “Derecho Humano de la Salud”.

IV. DISCIPLINAS DEL DERECHO HUMANO DE LA SALUD

¿Qué es el Bloque de Convencionalidad del Derecho Humanos de la Salud?, ¿qué entendemos por Bioética?, ¿qué debe entenderse por Derecho Médico, Bioderecho, Derecho Biomédico, ¿Derecho Sanitario y Medicina Legal?

Las respuestas no son simples, sobre todo por cuanto no hay consenso entre los juristas de la salud. Sin embargo, se intentará hacer un esfuerzo que puede ser útil para efectos de la academia, la doctrina, la jurisprudencia y la regulación del Derecho Humano a la Salud y como un aporte a las discusiones sobre derecho y salud, con la advertencia de que estas disciplinas se traslapan una con otra, no siendo cien por ciento puras.

A continuación, Casabona propone junto con un grupo de autores españoles y latinoamericanos las disciplinas del Derecho de la Salud que se tratarán a continuación en esta sección. Sin embargo, aquí se aporta una rama más. Se trata del Bloque de Convencionalidad del Derecho Humano de la Salud que trata de una categoría que debe ser incluida en esta propuesta para intentar proponer un escenario completo de las disciplinas del “Derecho Humano de la Salud”, según se muestra en el siguiente gráfico:



Fuente: Elaboración propia

1. Bloque de Convencionalidad del Derecho Humano de la Salud

Conviene señalar, como se ha dicho, que la propuesta que aquí se formula pretende abonar una cuestión adicional a lo planteado por Romeo Casabona con la inclusión del Bloque de Convencionalidad del Derecho Humano de la Salud.

Si hemos dicho antes que el derecho a la salud es derecho humano esencial, garantizado por normativa internacional y constitucional, entonces conviene empezar por incluir el Bloque de Convencionalidad del Derecho Humano de la Salud, entendiendo como tal el conjunto de normas y principios de carácter internacional que reconocen derechos Humanos y que sirven de parámetro de control de las legislaciones internas de los estados miembros de ella¹⁹.

Puntualmente, el Bloque de Convencionalidad lo integran los tratados y convenios ratificados por los Estados y las sentencias de los órganos creados por dichos instrumentos internacionales; en el caso de Latinoamérica el Bloque de Convencionalidad del Derecho a la Salud lo integran la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IDH), sus estatutos y reglamentos, otros tratados o convenios que reconozcan y protejan derechos humanos; así como las Sentencias, Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Bloque de Convencionalidad, como parámetro de control de los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Convención, resulta ser un parámetro de control y aplicación obligatoria para los operadores jurídicos de los Estados que hayan adoptado la Convención. Dicho control puede hacerse de modo concentrado y de modo difuso; el concentrado que se reserva a la Corte IDH y el difuso a cada uno de los jueces de distinta jerarquía de los estados miembros de la Convención, con efectos iguales al control de constitucionalidad.

El concepto de Control de Convencionalidad aparece por primera vez en el texto de una sentencia de la Corte IDH, en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Sagües, 2016), cuya Sentencia es del 26 de septiembre de 2006. En dicha sentencia el órgano interamericano expresó:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Para Fernando Quinche el control de convencionalidad es la obligación que tienen los jueces de los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, de efectuar no

¹⁹ HARDY-PÉREZ, A. y ROVELO-LIMA J. “Moral, Ética y Bioética. Un punto de vista práctico”. *Revista de Medicina e Investigación*. México. Universidad Autónoma del Estado de México. Volumen 3, Número 1. Páginas 79-84. Editorial Masson Doyma. México. Enero - Junio 2015. Página 94.

solo el control de legalidad y constitucionalidad en los asuntos a su cargo, sino también de observar y acatar en sus decisiones las normas contenidas en la convención²⁰.

Por su parte Rincón Plaza afirma que puede definirse el control de convencionalidad:

como una actividad judicial operativa, respecto de los hechos y de las leyes, que hace efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de derechos Humanos y de todos aquellos tratados que comprenden el Sistema Interamericano de Defensa de estos derechos²¹

Debe quedar claro que, más recientemente, se establece que el Bloque de Convencionalidad obliga no solo a los jueces, sino que también a todos los funcionarios estatales como legisladores y otros servidores de la Administración. Además, opera tanto para el sistema interamericano como universal de los Derechos Humanos.

Es necesario señalar finalmente que, como se ha citado aquí, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, dispone de obligaciones generales a los Estados Partes para hacer efectivos los derechos reconocidos en él, incluido por supuesto, el derecho a la salud. También es conveniente indicar la satisfacción plena de los otros derechos económicos, sociales y culturales que una vez reconocidos inciden directamente en la salud²².

Es decir, el universo del Derecho Humano de la Salud es vasto, como bien lo señala Román Navarro.

El Derecho a la Salud también se encuentra recogido en los arts. 23, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN). El art. 11, inc. 1.e) y f) y el art. 12, de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW siglas en inglés), entre otros instrumentos normativos de carácter universal. Los instrumentos normativos que reconocen el derecho a la salud pueden clasificarse en universales y regionales, según el espacio territorial al que se dirigen; o en generales y específicos, según los sujetos y objetos de regulación en cada ámbito territorial (universal o regional). Múltiples instrumentos se dirigen específicamente a garantizar derechos, entre ellos de la salud, a ciertos grupos poblacionales discriminados por edad: (niños, adultos mayores), o por género (mujeres), minorías y grupos vulnerables (indígenas, refugiados, apátridas, etc.), por razones de salud (enfermos mentales, pacientes de VIH/SIDA, etc.), razones profesionales (trabajadores, trabajadores domésticos, entre otros); o bien, dirigidos a temas específicos, relacionados con la salud humana (Atención primaria, bioética, etc.).

Conviene indicar que esta lista no es exhaustiva, porque -como se ha dicho aquí- desde una perspectiva de Una Sola Salud (*One Health*), al considerar los Determinantes de la Salud, habrá de incluir en esta denominación de *Derecho Humano de la Salud* a todos los instrumentos internacionales relacionados con la protección del ambiente como por ejemplo, el Informe Brundtland de la ONU de 1987, el Convenio sobre Diversidad Biológica de la ONU de 1992, los Principios y Directrices de Addis Abeba para la utilización sostenible de la Diversidad Biológica de 2004 de la ONU, entre otros muchos.

²⁰ HARDY-PÉREZ, A. y ROVELO-LIMA J. "Moral, Ética y Bioética. Un punto de vista práctico". *Revista de Medicina e Investigación*. México. Universidad Autónoma del Estado de México. Volumen 3, Número 1. Páginas 79-84. Editorial Masson Doyma. México. Enero - Junio 2015. Página 95.

²¹ *Ibid.*

²² NAVARRO R. "Reconocimiento y Protección del Derecho a la Salud por el Corpus Iuris Internacional de los Derechos Humanos: Universal y Regional, Alcances y Limitaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Contacto Global*. X. Décima Edición. San José. Costa Rica, 2018. Página 17.

La amplitud de este Bloque de Convencionalidad incluye la protección de las generaciones futuras, desde la Conferencia de Estocolmo de 1972 al disponer que se debe garantizar que la utilización de los recursos naturales actuales no comprometan el derecho de las generaciones futuras; lo cual ha sido reforzado por lo dispuesto por Declaración de la UNESCO sobre Responsabilidad de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, de 12 de noviembre de 2007, siguiendo la línea de la Declaración sobre datos Genéticos Humanos y de la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos de 2005, que también se refiere expresamente a las generaciones futuras.

Cabe concluir que el Bloque de Convencionalidad debe ser integrado en el Derecho Humano de la Salud con un rango de superioridad normativa en razón de la elevada categoría otorgada a la protección de los Derechos Humanos que incluye los instrumentos internacionales de protección del ser humano, de otras formas de vida y el ambiente, tanto de Derecho Positivo como de Derecho Blando.

2. Derecho Médico

Se continuará con el Derecho Médico por razones históricas y de interés nacional. Establecido por el médico Raphael Dierkens en Bélgica en 1967 y fundador de la Asociación de Derecho Médico de Costa Rica en 1994 quien, preocupado sobre las relaciones entre médicos y pacientes, se ocupó de establecer los aspectos jurídicos del ejercicio de la Medicina, centrándose en el acto médico y el tema de la responsabilidad médica, como la negligencia o la iatrogenia.

Es necesario indicar aquí el contexto de la propuesta de Dierkens. Recuérdese que la actividad médica ha sido objeto de regulación desde sus inicios. Gracia, señala que, en la antigüedad, era más importante una propuesta ética en su ejercicio que conseguir un aumento del conocimiento científico. Así, se encuentran normas escritas en este sentido en compendios de remota antigüedad, como sucede en los Libros Vedas, el Libro de Si Yuan Lu, eminente juriconsulto chino, y con los Códigos de Hammurabí y de Manú. En general, se perseguían fines sanitarios que estaba dirigidas a proteger la tribu o bien la comunidad en su vida de relación²³.

Posteriormente, a raíz de las investigaciones de los precursores y padres de la Medicina, como Hipócrates y Protágoras, se dieron paso ciertas normas biológicas de carácter científico a las que se agregan y son complementadas por descubrimientos de principios científicos y leyes físicas como resulta, por ejemplo, la densidad de los cuerpos y de los fluidos corporales. Con los griegos, dentro del marco de una orientación naturalista, tuvo énfasis la observación de los hechos relacionando principios de sustentación. Se deja así atrás la invención especulativa o religiosa y finaliza así el período ficticio de la Medicina. Posteriormente, nacen las normas del Digesto Romano, reproducidas en parte, posteriormente, por el Fuero Juzgo y las Siete Partidas, sobre las actuaciones profesionales de médicos y también de sus respectivas responsabilidades. Los fundadores de la ciencia moderna aportaron la aplicación de nuevos descubrimientos y modernas tecnologías que son utilizados *a posteriori* por la Medicina, lo que demuestra la mayoría de edad de la Medicina que, de esta manera, da cumplimiento a objetivos indispensables para servir de asesoramiento al Derecho.

En la Edad Moderna surgen, como mecanismos de protección de la salud, normas obligatorias específicas respecto a la salud pública y, de forma inespecífica, de protección a la salud individual, mediante sistemas de seguros y de protección social. En dichos sistemas,

²³ ROMO O. En ROMEO C. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011. Página 606.

similares a aquellos países donde se acoge este derecho de protección, se tiende a dar una alta cobertura a la población y un amplio abanico de prestaciones en instituciones creadas con este objeto. El sometimiento obligatorio a una regulación jurídica no significa el desconocimiento de particularidades del ejercicio médico en sus especiales modalidades, sino reconocer con ella que el objeto en el que recae la gestión del profesional médico es la persona, variable y diferente en la proyección y cuidado de su salud.

En este contexto, como bien lo señala Gracia,

la relación médico-paciente era por naturaleza asimétrica, vertical, ya que la función del médico consistía en mandar y la del enfermo en obedecer. El estereotipo clásico de buen enfermo ha sido siempre el de un ser pasivo, que no pregunta ni protesta, y que establece con su médico relaciones muy parecidas a las de un niño pequeño con su padre. De ahí que la actitud médica clásica fuera “paternalista”. En la relación médico-paciente el médico asumía el papel de padre autoritario, que busca el mayor bien del paciente, pero sin contar con su voluntad. Así se explica que a lo largo de la historia de la medicina sea posible encontrar una enorme profusión de códigos éticos de los médicos, pero ninguno de los enfermos.

Sólo a principios de la década de los setenta comenzó a interpretarse la relación sanitario-paciente como un proceso de negociación entre personas adultas, ambas autónomas y responsables. Con ello se intentó soslayar el proceso de infantilización del paciente en el modelo clásico al que hace referencia Gracia. Las relaciones sanitarias, se dice ahora, serán tanto más maduras cuanto más adultas, y para esto último es preciso que el paciente deje de ser considerado como un menor de edad. Fueron los propios pacientes los que comenzaron a reivindicar este tipo de trato, exigiendo que se les respetase un conjunto de derechos (que dieron origen, a partir de 1972, a la aparición de los códigos de derechos de los enfermos), el principal de los cuales es el denominado *derecho al consentimiento informado*. En la relación sanitaria el profesional tiene la información técnica, y el paciente adulto la capacidad de consentir o decidir. Ninguno de los dos puede hacer nada sin el otro. Ambos son necesarios, y todo acto médico consiste en un proceso de negociación o entendimiento entre las dos partes, exactamente igual que sucede en los demás aspectos de la vida humana: en las relaciones de pareja, en la familia, en la vida social y política, etc. En todos estos ámbitos de la vida humana se ha pasado de unas relaciones verticales o impositivas, a otras más horizontales o participativas.

La Medicina no podía ser una excepción. Esto ha hecho ganar en madurez a las relaciones sanitarias, pero también en conflictividad. También éste es un fenómeno que se ha producido en todos los demás ámbitos de las relaciones humanas. En la actualidad la Medicina ha ido convergiendo progresivamente en un proceso de actividad compleja e interdependiente, lo que sitúa al médico ante situaciones difíciles. Los derechos y deberes del médico se encuentran íntimamente relacionados con la Deontología²⁴ en su ejercicio y la idoneidad de sus conocimientos. Sin embargo, esto no siempre es posible de cumplir. Surge entonces la necesidad de crear un sistema normativo de salud, que cumpla con objetivos generales dirigidos a otorgar una adecuada atención sanitaria y mantener al ser humano como centro de la atención sanitaria respetando sus derechos humanos, lo implica su dignidad, autodeterminación e integridad.

Aparecen en esta nueva realidad diversas formas de responsabilidad que inciden en el acto propio del médico, modificando la vinculación contractual de médico y paciente, creándose

²⁴ La Deontología Médica es el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico

inéditos institutos legales que se insertan en el espectro jurídico que la reglamenta. Se constituyen asimismo los derechos del paciente que, en una especie de decálogo, deberá observar integralmente el profesional de la salud en todo tratamiento terapéutico, general o específico, de aplicación directa o indirecta, sea por organismos públicos o privados.

Por consiguiente, Casabona propone que el Derecho Médico en su concepción tradicional se refiere a las relaciones profesionales del médico (y otros profesionales asimilados) con el sistema de salud y la organización sanitaria, con los pacientes y usuarios de la sanidad, pública o privada, y con otros profesionales que ejercen en el campo de la salud y, sobre todo, de las responsabilidades jurídicas que podrían derivarse de tales relaciones (generalmente por imprudencia o negligencia consecuentes de mal praxis profesional).

La cuestión de los derechos de los pacientes, sobre todos los referidos a la clínica, forma parte del Derecho Médico. De esta forma, temas como el consentimiento informado, la confidencialidad, el secreto profesional o la protección de la integridad, la imagen y los datos sensibles del paciente son propios del Derecho Médico.

Debido a la constante expansión que se está produciendo en relación con el campo de intervención sobre la salud y de las ciencias biomédicas, que implican de forma directa a la biología en sus diversas especialidades, el Derecho Médico ha ido progresivamente perdiendo protagonismo en el escenario del Derecho a la Salud, pero no por ello su importancia en razón de que sobre la relación médico paciente descansará siempre los derechos de los pacientes.

La sociedad global contemporánea se desenvuelve en el contexto de un avance tecnológico que alcanza niveles extraordinarios. No son excepción los conocimientos y avances de la tecnología médica, lo que ha modificado en su sustancia el concepto de actividad médica, quebrantando el primitivo esquema de la Medicina tradicional paternalista con una nueva visión ontológica de la ciencia. Esta situación ha generado que las respuestas del Derecho Médico sean hoy insuficientes para responder a las exigencias actuales de la protección del derecho a la salud. Es por esta razón que el Derecho Médico, que, para algunos, es parte del Derecho Biomédico, ha perdido vigencia o importancia. Sin embargo, debe insistirse que el objeto de regulación del Derecho Médico, el cual es la relación médico/paciente o si prefiere prestador de servicios de salud y usuario es hoy de igual forma relevante de frente a las nuevas exigencias éticas de la relación entre ambas partes.

Debe tenerse presente, como bien lo señala Gracia, que el Paternalismo Médico persiste en la cultura sanitaria con lo cual el estereotipo clásico se mantiene en cuanto a que el paciente ha sido siempre un ser pasivo, que no pregunta ni protesta, y que establece con su médico relaciones muy parecidas a las de un niño pequeño con su padre.

En el ordenamiento jurídico costarricense, el Código de Moral Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos representa el caso más representativo del Derecho Médico costarricense al comportar las reglas de las relaciones éticas y jurídicas entre médicos y pacientes. También la Ley de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Salud Públicos y Privados en cuanto dispone del catálogo de los Derechos de los Pacientes, la Ley Voluntades Anticipadas y el Reglamento del Consentimiento Informado de la Caja Costarricense Seguro Social.

3. Derecho Biomédico

Un factor que ha desencadenado multitud de problemas y conflictos éticos ha sido el enorme progreso de la tecnología sanitaria en los últimos 30 años. La puesta a punto, a partir de los años sesenta, de diferentes procedimientos de sustitución de funciones orgánicas consideradas vitales (la diálisis y el trasplante de riñón en el caso de la función renal; la

respiración asistida en el de la función respiratoria; las técnicas de reanimación, desfibrilación, etc., en el de la función cardíaca; la alimentación parenteral en el de la función digestiva, etc.) ha permitido medicalizar de modo hasta hace poco insospechado el período final de la vida de las personas e incluso replantear la propia definición de muerte²⁵.

El nuevo concepto de *muerte cerebral* permite hoy diagnosticar como muertas a personas cuyo corazón aún late y que, por ello y de acuerdo con la definición clásica, están vivas. Por otra parte, la concentración de las técnicas de soporte vital en unos nuevos servicios hospitalarios, conocidos desde los años sesenta con el nombre de unidades de cuidados intensivos (UCI), plantea un nuevo conjunto de problemas éticos: ¿a quiénes se debe ingresar en estas unidades y a quiénes no?, ¿cuándo pueden desconectarse los respiradores?, ¿qué pacientes deben ser reanimados y cuáles no?, ¿hay que tener en cuenta en todo esto sólo los criterios médicos o también la voluntad de los pacientes? y ¿qué papel desempeñan en la toma de decisiones los familiares, las instituciones aseguradoras y el Estado?

Aún más espectaculares que las tecnologías del final de la vida son aquellas otras que permiten manipular su comienzo: ingeniería genética, inseminación artificial, fecundación *in vitro*, transferencia de embriones, diagnóstico prenatal, etc. ¿Qué principios éticos deben regir la actividad del médico en estos dominios?, ¿cómo establecer la diferencia entre lo moral y lo inmoral en una sociedad tan plural como la nuestra, en la que no resulta nada fácil poner de acuerdo a las personas sobre los conceptos de bueno y malo?

La lista de preguntas podría incrementarse fácilmente. Esta revolución tecnológica, sin precedentes en toda la historia de la Medicina está obligando a cambiar los procedimientos de tomas de decisiones. Hasta hace muy pocos años el médico se limitaba a ser un mero colaborador de la naturaleza, que era la que decidía prácticamente todo, desde el nacimiento hasta la muerte. Hoy esto no es así. El médico ha pasado de ser un simple servidor de la naturaleza a ser su señor, hasta el punto de que puede, dentro de ciertos límites que sin duda irán ampliándose en el futuro, prolongar la vida más allá del límite considerado natural.

De este modo, la revolución tecnológica ha desembocado en una segunda revolución, la de quién puede, debe y tiene que tomar las decisiones que afectan el cuerpo de una persona. La respuesta tradicional fue que el médico y, en último caso, los familiares. La respuesta que se ha ido imponiendo en estas últimas décadas es que tal prerrogativa corresponde en principio sólo a los pacientes.

Respecto del peso social y cultural que la sociedad le da a estos temas, Florencia Luna establece una interesante distinción entre problemas "sexis" y problemas "aburridos" de la Bioética. Los primeros son excitantes, mueven a la polémica y se enroscan en los grandes avances tecnológicos de nuestra época. Así, una mujer que, tras recibir el semen por inyección intracitoplásmica, elimina la mitad de los cromosomas del padre que, a su vez, es estéril, está mostrando espectacularmente la posibilidad de combinar la clonación con compartir la mitad de los cromosomas con la pareja que desee. Es, obviamente, fascinante; y plantea un montón de problemas técnicos y morales. Frente a ello, el consentimiento informado es mucho más aburrido. Se trata de la competencia o no del paciente, de la información adecuada y de la libertad de elección de dicho paciente²⁶.

²⁵ Gracia, Diego. *Ética médica. Medicina Interna*. Rozman C. Farreras. 13ª ed. Edición Doyma. Madrid, 1995. Página 2

²⁶ LUNA F. *Ensayos de Bioética. Reflexiones desde el Sur*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México, 2001. Página 127.

Luna por su parte propone, por tanto, que existen temas sexys de la Bioética que atraen, seducen, generan controversia, que provoca que las personas estén a favor o en contra y que por general están relacionados con los adelantos de la ciencia; mientras que los temas aburridos están alejados de los milagros, no producen perplejidad y están más relacionados con las cuestiones cotidianas.

El Derecho Biomédico parece que comporta una identificación con los primeros, es decir los temas sexys de la Bioética.

Así, debido a la constante expansión que se está produciendo en relación con el campo de intervención sobre la salud y las ciencias biomédicas, que implican de forma directa a la Biología en sus diversas especialidades, el Derecho Biomédico comprende en la actualidad las *implicaciones jurídicas de las ciencias biomédicas y de las biotecnologías vinculadas con la salud del ser humano*. Por consiguiente, a la vista de los constantes adelantos científicos en el conjunto de las ciencias de la vida relacionadas con el ser humano y sus posibles aplicaciones clínicas, en estos momentos es más correcto, desde este punto de vista más amplio de su objeto de estudio, el término Derecho biomédico, que el de Derecho Médico.

Con todo, habrá temas que escapan al simple análisis anterior por la complejidad que podría existir en relación con el régimen jurídico aplicable. Uno de ellos es la cuestión de las Voluntades Anticipadas. Alejandro Marín señala que

una definición jurídica adecuada la considera como una “declaración unilateral de voluntad emitida libremente por una persona con plena capacidad jurídica, mediante la que se indican las actuaciones que deben seguirse en relación con los tratamientos y cuidados de su salud, solamente en los casos en que concurran circunstancias que no le permitan expresar su voluntad.” Más adelante Marín señala que “las actuaciones médicas que pueden realizarse en el ámbito sanitario son sumamente variadas y diferentes. Con el avance biotecnológico y la especialización médica se han generado multiplicidad de técnicas en el ejercicio de dicha profesión²⁷.

En razón de lo anterior, es factible argumentar que como ejercicio de un consentimiento informado, la voluntad anticipada pertenece al conglomerado de temas del Derecho Médico, pero en tanto se trate de una solicitud relacionada con la donación de órganos postmortem, la investigación biomédica postmortem, la extracción de células reproductivas para reproducción humana postmortem es plausible argumentar que las Voluntades Anticipadas podrían llegar a constituir todo un tema del Derecho Biomédico.

De igual forma podría argumentarse respecto de la Telemedicina. Randall Madrigal dispone que

se debe insistir en que las intervenciones virtuales no pueden implicar en modo alguno un desmejoramiento de las prestaciones sanitarias. Las intervenciones virtuales no deben, ni por asomo, ser consideradas cuasi actos profesionales, o sea, intervenciones desprovistas del rigor que implica el desarrollo de un acto profesional del campo de las ciencias de la salud; todo lo contrario, deben ser verdaderos actos profesionales, ejercidos por el profesional de la salud, en apego o sujeción de la *lex artis* profesional

²⁷ MARÍN A. “La autonomía del paciente expresada en los documentos de voluntades anticipadas un análisis desde el Bioderecho”. *Tesis Doctoral Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia*. Programa de Doctorado en Derecho. Murcia, España, 2019. Páginas 121 y 208.

Hasta aquí el tema de la Telemedicina se comporta como un propio del Derecho Médico. Sin embargo, como progreso tecnológico al servicio de salud, la Telemedicina entraña riesgos sobre todo respecto de la protección de datos sensibles como la imagen y demás fichas de la privacidad del paciente, custodia de información y realización de actos médicos por medios informáticos o digitales que podría entrañar un riesgo elevado al de la consulta presencial tal como como señala Madrigal a mencionar que *existirán* “contenidos mínimos de observancia que podrían ser bien robustecidos por mayores controles del mismo profesional; esto sin perjuicio de la observancia de regulaciones, por ejemplo, en cuanto a las plataformas digitales por emplearse”²⁸. Esto convierte al tema de la Telemedicina en una cuestión propia del Derecho Biomédico.

Por consiguiente, lo que venía llamándose Derecho Médico ya no puede reducirse en la actualidad al estudio de los aspectos relacionados con la responsabilidad de los profesionales sanitarios, aunque ésta haya sido tradicionalmente el principal —cuando no exclusivo— objeto de atención y estudio. Hoy constituyen también su objeto materias como los derechos y deberes profesionales, los derechos y deberes de los pacientes, las relaciones entre éstos y aquéllos, pero también el tratamiento de enfermedades y sus problemas específicos, los procesos relacionados con el comienzo de la vida y la reproducción humanas y con la muerte y, la experimentación con seres humanos, entre otros.

Romeo Casabona propone que el objeto del Derecho Biomédico sería no sólo la Medicina, sino también la Biología la Bioquímica, la Biofísica, y las tecnologías derivadas, incluida la utilización por parte de los profesionales de la salud de otras tecnologías, como la Informática y la Telemática y las Nanotecnologías. Con esta expansión de su objeto, pero siempre vinculada al ser humano, el Derecho biomédico ha venido a suceder o absorber al tradicional Derecho Médico²⁹. Como se ve, con esta aproximación conceptual se invierte la perspectiva: el acento se pone en el ser humano en general, no ya en la paciente, en cuanto destinatario y, por ello, potencial beneficiario o perjudicado de la afectación en él -en sus derechos y bienes jurídicos que le conciernen- de las ciencias biomédicas.

La Ley General de Investigación Biomédica, la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos regulan temas del Derecho Biomédico en el ámbito costarricense.

4. Bioderecho

Para Romeo Casabona, la voz Bioderecho se constituye por la confluencia de tres disciplinas cuya síntesis se pretende: la ciencia acerca de la vida, la Ética acerca de la misma y las normas jurídicas de aplicación obligatoria. Puede entenderse, así, que la disciplina Bioética

²⁸ MADRIGAL, R. “La telemedicina en la pandemia y pospandemia del COVID-19. Necesidad de un marco regulatorio en Costa Rica”. *Revista El Foro*. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, No. 23, Páginas 49 y 50. San José, Costa Rica, Julio 2022 Página 50.

²⁹ ROMEO C. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. España. Abril de. Página 188.

amplía el campo de su interés al agregar el Derecho, y al exigir de éste que se adecúe a los nuevos descubrimientos biológicos; pero también puede sostenerse que lo restringe al acotarlo tan sólo al campo regulado normativamente.

La relación entre Bioética y Derecho se encuentra hoy universalmente aceptada: la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos, de 2005, reúne precisamente ambas disciplinas y presupone una relación clara entre ambas voces. Su Preámbulo hace hincapié en la existencia de principios de alcance universal que reglan jurídicamente los problemas bioéticos. En verdad, la Declaración exige una regulación normativa de todas las cuestiones relacionadas con las ciencias de la vida. En este contexto, se ha sostenido que los Derechos Humanos se han convertido en un hilo conductor que remite a la dignidad personal como cristalización histórica de la conciencia Ética de la sociedad

El Derecho aportará la protección de los Derechos Humanos, que le es consustancial, y en este ámbito resultará un buen aliado de la Ética, que tiene la misma vocación. Por su parte, la ciencia biológica exigirá del Derecho que se legisle en los campos recién abiertos por sus descubrimientos e investigaciones, y la normatividad así resultante deberá ser éticamente deseable.

Este verdadero diálogo lleva consigo la exigencia de la interdisciplinariedad, sin la cual no se concibe el Bioderecho. Es precisamente esta característica la que permitirá la integración de las vertientes científica, ética y jurídica en una sola unidad homogénea, y que permitirá, por ejemplo, el ingreso del “bios” al ámbito de las ciencias sociales, así como la protección jurídica del sujeto de alguna investigación científica.

Con todo, esto no es nuevo. La revolución científico-biológica que comenzó en los años 1970 con el éxito de los trasplantes de órganos en seres humanos, y continuó con los descubrimientos genéticos, llevó a la elaboración del Informe Belmont a fines de esa década, y luego, a la creación de Comités Nacionales de Bioética en diversos países del mundo desarrollado. Estos comités reunieron en su seno a especialistas de diversas disciplinas, con lo que se puso de relieve la utilidad del diálogo interdisciplinar.

Es precisamente en el ámbito del Bioderecho donde el método interdisciplinar alcanza su máxima expresión. Esto significa que su estudio no se satisface plenamente si se aborda desde la perspectiva unilateral que ofrecen las diferentes ciencias jurídicas clásicas. En efecto, frecuentemente aquéllas sólo son capaces de ofrecer un tratamiento parcial, y por ello incompleto, de las materias biológicas y biomédicas específicas que estén siendo objeto de análisis o estudio, y en ocasiones desfasado para la realidad o las nuevas relaciones interindividuales emergentes, por lo que resulta imprescindible adoptar una perspectiva horizontal integradora que supere posibles enfoques incompletos

No es fácil acotar el ámbito del Bioderecho y con ello su objeto de estudio, de modo semejante a como ha sucedido con la Bioética. En efecto, en relación con ésta se ha discutido si su objeto debía centrarse exclusivamente en el ser humano, o si ampliando su foco de atención, debería abarcar el estudio de las implicaciones éticas relacionadas tanto con aquél, como con los animales y vegetales.

La locución Bioderecho debería reservarse para Romeo Casabona para el conjunto de materias jurídicas relacionadas con todos los seres vivos en general, abarcando toda la materia viva presente en el planeta, es decir, animales y plantas, y en particular el ser humano, sus ecosistemas y su evolución.

Al abarcar el conjunto de los seres vivos y su entorno, el Bioderecho se ocupa, en primer lugar, del sector propio del Derecho Biomédico, que vincula su objeto de estudio al ser

humano. Forma parte, asimismo, de aquél la salvaguarda y la protección del equilibrio de los sistemas naturales, la protección de la materia viva en su estado natural y sus hábitats como el medio ambiente y la biosfera. Aquí, el Derecho Ambiental entra en escena desde que se le define como el conjunto de normas y principios, nacionales y de derecho internacional, que regulan y orientan las relaciones entre el ser humano y su entorno natural y urbano, con el propósito de alcanzar un equilibrio que permita la satisfacción de las necesidades humanas a través de procesos sociales, productivos y culturales, resguardando la integridad y conservación de la biodiversidad.

Es decir, el Bioderecho contiene al Derecho Ambiental, cuya contribución ha sido escasa en relación con el tema del reconocimiento de un mínimo de derechos a la especie animal como sí lo viene haciendo el Bioderecho. Sin embargo, más recientemente, según lo señala Soro

una de las líneas de avance más novedosas del Derecho ambiental actual viene constituida por el progresivo reconocimiento de derechos de los animales y, aunque en menor medida, de las plantas. Se trata de poner el acento en el substrato ético del Derecho Ambiental, que incorpora ahora la ética animal al derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona³⁰.

En este sentido, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú es un tratado de vanguardia en la región de América Latina y el Caribe que sirve como herramienta clave para catalizar la gobernanza y la acción climática desde un enfoque basado en los Derechos Humanos, garantizando los tres derechos de acceso a: información, participación y justicia en asuntos ambientales. Se trata de un instrumento internacional inédito e histórico para la región de América Latina y el Caribe, al reconocer el derecho de todos a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, así como los derechos a acceder a la información, a la justicia ambiental y a participar en la toma de decisiones ambientales. Es el primero en el mundo en establecer disposiciones específicas para la promoción, protección y defensa de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales³¹.

Además el Bioderecho se ocupa de la intervención en la vida por medio de las biotecnologías, o manipulación de microorganismos genéticamente modificados, clonación, producción de animales y plantas transgénicos con diversos propósitos, experimentación con animales, bionanotecnología, la producción de materiales biológicos sintéticos, etc. y, en particular, la seguridad de la investigación y de la producción biotecnológicas, así como de su distribución con fines comerciales u otros, es decir la bioseguridad.

Finalmente, constituyen también objeto del Bioderecho otras materias con repercusiones sociales y económicas diversas, como son la biometría y los perfiles de ADN para su uso policial en la identificación de cadáveres, localización de desaparecidos, etc., la cuestión judicial en los procesos de filiación y penales o histórico-antropológico; la protección jurídica de los logros biotecnológicos como los secreto de empresa, la libre competencia y los patentes, incluidos los obtenidos en el ámbito del ser humano, por ejemplo a partir de material biológico de origen humano. Por consiguiente, el estudio jurídico de las múltiples repercusiones de las biotecnologías y de las aplicaciones de los conocimientos adquiridos sobre el genoma, que en

³⁰ SORO B. “Nuevos retos del derecho ambiental desde la perspectiva del Bioderecho: Especial referencia a los derechos de los animales y de las futuras generaciones”. *Revista VIA IURIS*, Número 13, pp. 105-122 Fundación Universitaria Los Libertadores Bogotá, Colombia. Julio-diciembre, 2012. Página 113.

³¹ A la fecha de la publicación de esta obra, el Acuerdo de Escazú no ha aprobado por Costa Rica.

ocasiones guardan relación con la Medicina y, por ello, con el Derecho Biomédico, así, como el consejo genético y los análisis vinculados con él, la farmacogenética, farmacogenómica y proteómica, y que en otras quedan al margen del mismo, se integran en este extenso y complejo Bioderecho.

Para Romeo Casabona, sólo con esta amplia caracterización del Bioderecho tiene sentido reconocerle una autonomía, no solo terminológica, sino también conceptual, pues si nos conformásemos con identificar su objeto con los contenidos clínicos de la medicina, incluidos sus aspectos más modernos vinculados con las aportaciones de la biología humana, además de ser una aportación superflua, podría ser origen de solapamiento y, por ello de confusión respecto a términos de uso más extendido como son los de Derecho Médico o Derecho Biomédico. En suma, el término Bioderecho comporta asumir un deslizamiento desde una perspectiva antropocéntrica vinculada con las ciencias de la salud en general a otra biocéntrica, que es la que debe prevalecer en la actualidad.

El Bioderecho es, por lo tanto, una disciplina jurídica autónoma de naturaleza interdisciplinar, de especial importancia teórica y práctica por sus potenciales efectos sociales y, esto lo convierte quizá en la disciplina más vasta del Derecho Humano de la Salud.

En Costa Rica, en línea de lo indicado para el caso de los animales se cuenta con la Ley de Bienestar de los Animales de 1994 cuyo artículo 3 dispone que las condiciones básicas para el bienestar de los animales serán la satisfacción del hambre y la sed, la posibilidad de desenvolverse según sus patrones normales de comportamiento, una muerte provocada sin dolor y, de ser posible, bajo supervisión profesional, la ausencia de malestar físico y dolor y la preservación y tratamiento de las enfermedades.

También están prohibidas las peleas de gallos desde 1922 y se incluyó al maltrato a los animales en el Código Penal. Además, mediante decreto se prohibió desde el 2002 el ingreso al país de circos con animales, se aprobó en 2012 la Ley de Vida Silvestre que prohíbe la cacería deportiva, y en 2014 se aprobó la Ley Contra las Peleas de Caninos. Más recientemente se aprobó la Ley de Bienestar Animal.

En cuanto a los otros temas del Bioderecho, particularmente respecto del Derecho Ambiental, la Sala Constitucional costarricense ha señalado que “la Constitución Política nacional y los instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica, reconocen el derecho de los habitantes de la República a disfrutar del derecho a la salud y de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. De aquí se extrae una directriz mínima, según la cual el estado costarricense debe velar por la salud pública y la protección del ambiente...” (Voto 2671-95).

La regulación del Derecho Ambiental es vasta en el ámbito nacional, siendo necesario señalar la Constitución Política que reconoce la responsabilidad del Estado de procurar el mayor bienestar para todos sus habitantes, incluyendo el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y que incentiva además a denunciar actos que puedan vulnerar ese derecho, promoviendo que se repare cualquier daño causado, además promulga el derecho de todas las personas de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida. Luego la Ley Forestal (Ley N° 7575, 1996), que establece la responsabilidad del Estado en la conservación, protección y administración de los bosques naturales y recurso forestal; la Ley de Conservación de Vida Silvestre, (Ley N° 7317, 1992), que considera la vida silvestre (biodiversidad) y otros recursos naturales de dominio público y que forman parte del patrimonio nacional del Estado y obliga al Estado a realizar esfuerzos sustantivos para su protección y la regulación de su explotación; la Ley de Biodiversidad (Ley N° 7788, 1998) que dispone la importancia de hacer esfuerzos en conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de los recursos, aludiendo a la necesidad de distribuir en forma justa los beneficios y costos derivados de esos

aprovechamientos. Además formaliza los criterios ambientales preventivos, precautorios y de interés público, reconociendo la importancia de anticipar, prevenir y atacar las posibles causas de la pérdida de la biodiversidad; la Ley de Aguas (Ley N° 276, 1942) que dispone a las aguas (lagos, mares, ríos, subterráneas, etc) como de dominio público y propiedad nacional; y la Ley de Servicio de Parques Nacionales (Ley N° 6084, 1977) que permite el desarrollo y administración de los parques nacionales y reservas biológicas, como patrimonio natural del país.

Finalmente, respecto de las biotecnologías, Costa Rica cuenta con el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica que tiene por propósito contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.

5. Derecho Sanitario

Uno de los retos de los sistemas sanitarios es lograr que el derecho a la salud sea universal, accesible, oportuno, de calidad, justo, igualitario y equitativo. Ahora bien, ¿qué son necesidades sanitarias?, ¿cómo lograr equidad?, ¿Existe una obligación moral de cubrir las necesidades crecientes en virtud del principio de justicia?, ¿cómo establecer unos límites racionales? Dado que en el área sanitaria las necesidades serán siempre superiores a los recursos, ¿qué criterios utilizar para la distribución justa de recursos escasos? Estas son algunas de las cuestiones que el Derecho Sanitario intenta responder.

El objeto del Derecho Sanitario comprende, por tanto, el estudio del régimen jurídico del conjunto de la organización sanitaria, en particular el sistema público de la salud, las acciones de salud pública y las relaciones de las personas con el sistema sanitario y con la autoridad sanitaria.

Se trata, en consecuencia, de una materia jurídica muy vinculada a las decisiones de política y planificación sanitaria y destaca por ello su naturaleza de Derecho Público y su relación con el Derecho Administrativo, aunque no sólo con éste, pues también afecta al Derecho Constitucional, al Derecho Penal y al Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Por otro lado, al incluir en el Derecho Sanitario las medidas sobre Salud Pública, no debe olvidarse que ésta comprende también la relativa al control y al régimen sanitario animal y vegetal, bien por ser éstos objeto del consumo humano, bien por poder entrar en contacto con el ser humano y padecer así el riesgo de transmisión de enfermedades entre especies.

Dicho lo anterior tres son -al menos- los grandes temas que estudia el Derecho Sanitario.

- a. La Seguridad Social.
- b. La organización los servicios públicos de salud.
- c. El poder de policía sanitaria y la rectoría del sector salud.

La Seguridad Social es la expresión más representativa del Derecho Sanitario. Además de un ambiente sano y la satisfacción de otras necesidades vitales en relación con los Determinantes de la Salud, la población requiere de acciones estatales que le faciliten el acceso equitativo, universal y solidario de todos los mecanismos que la seguridad social tiene previsto

para asegurar una vida digna. Es decir, como señala Navarro, la Seguridad Social trata de un derecho inherente a todo ser humano, a su dignidad como sujeto titular del derecho³².

La Seguridad Social expresa sus propósitos mediante las prestaciones sociosanitarias y la organización del sistema del sistema público que desarrolla un determinado modelo de prestación de servicios de salud a la población.

La creación del Seguro Social, en época del canciller Otto von Bismarck, debe ubicarse históricamente en el inicio del Estado Social que pronto se extendió por casi toda Europa. En este sentido, resulta innegable e incuestionable la importante función social *que* ejerce la prestación de los servicios de la seguridad social para preservar y mantener los niveles de salud de la población con el propósito fundamental de resguardar la salud y la seguridad de las personas y hacer efectivo y garantizar el goce del derecho a la vida. Lo anterior convierte la actuación y funcionamiento de los servicios públicos de salud en temas de interés público fundamental.

Como desarrollo del artículo 25 de la Declaración de los Derechos Humanos³³, a través de la provisión de bienestar social o asistencia, los Estados deben garantizar la protección de todos, especialmente los miembros más vulnerables de la sociedad, en caso de desempleo, maternidad, accidente, enfermedad, invalidez, vejez u otras circunstancias de la vida. Los Estados deben realizar progresivamente el derecho a la seguridad social a través de medidas para ofrecer protección, a través de dinero en efectivo o en especie, que permita a los individuos y las familias adquirir la atención sanitaria al menos esencial, abrigo y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentación, y las formas más básicas de educación.

Debido a su efecto redistributivo, el derecho a la seguridad social es un factor importante en la inclusión y la cohesión social, así como en la reducción de la pobreza. La seguridad social debe proporcionarse sobre una base no discriminatoria, aunque los medios de financiación y de proporcionar seguridad a la sociedad varían de un Estado a otro.

En su Observación General 19, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) proporciona una guía detallada a los Estados con respecto a sus obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho a la seguridad social. El Comité también indica que el derecho incluye las siguientes características esenciales e interrelacionadas:

- a. Disponibilidad. Los Estados deben asegurar que un sistema de seguridad social, con independencia de su composición, garantice las prestaciones correspondientes ante los impactos a los medios de subsistencia. Dicho sistema debe ser administrado o regulado por el Estado, y debe ser sostenible para ofrecer continuidad a lo largo de las generaciones.

³²En este sentido para el caso de Costa Rica por ejemplo, el artículo 73 de la Constitución Política de Costa Rica estipula taxativamente lo siguiente: “Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales están a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense del Seguro Social”

³³ Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

- b. Riesgos e imprevistos sociales. Los sistemas de seguridad social de los Estados deben ofrecer cobertura para las siguientes nueve ramas principales de la seguridad social: atención de salud, enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad, sobrevivientes y huérfanos.
- c. Nivel suficiente. Las prestaciones ofrecidas bajo un sistema de seguridad social deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud. Para lograr esto, los Estados deben revisar periódicamente los criterios empleados para determinar el nivel suficiente. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.
- d. Accesibilidad. El acceso a la seguridad social incluye cinco elementos clave: cobertura, condiciones, asequibilidad, participación e información, y acceso físico. Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación sobre ningún fundamento prohibido. Los planes no contributivos serán necesarios para garantizar la cobertura universal. Las condiciones de calificación deben ser razonables, proporcionadas y transparentes. Cualquier terminación, suspensión o reducción de las prestaciones debe ser prescrita por la ley, en base a motivos razonables, y sujeta al debido proceso. Las contribuciones requeridas en virtud de un régimen de seguridad social deben solicitarse con antelación, estar al alcance de todos y no deben poner en peligro otros derechos humanos. Todas las personas deben tener acceso a la información sobre los derechos de seguridad social, y ser capaces de participar en los sistemas de seguridad social disponibles. Los Estados deben asegurarse de que todas las personas puedan acceder físicamente a los servicios de Seguridad Social para obtener los beneficios e información y hacer las contribuciones requeridas, con especial atención a las personas con discapacidad, los inmigrantes y las personas que viven en zonas de conflicto, remotas, o propensas a los desastres naturales.

De conformidad con lo anterior, en líneas generales las ideas predominantes en la doctrina esbozan los principios de la Seguridad Social:

- a. Solidaridad: Tiene sustento ético y se basa en la idea de apoyo mancomunado de todo el cuerpo social, valiéndose para sustentar al sistema del apoyo económico de empleadores (aporte), trabajadores (contribución) y de la población toda al través de impuesto o cuotas. Esta cualidad o atributo fue recibido por el Seguro Social (solidaridad profesional) y de allí evolucionó en el Derecho de la Seguridad Social
- b. Universalidad: Tiende a dar cobertura a toda la población, sin que tenga relevancia la vinculación laboral en contra cualquier contingencia posible.
- c. Integralidad: Se trata de una prestación de asistencia sanitaria completa; garantía de una renta básica a cuantos la necesiten; protección de la infancia y amparo a la maternidad, así como a la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones.
- d. Unidad de gestión e Inmediación: Apunta a la unidad legislativa, financiera y de eficacia administrativa. La inmediatez, toma en consideración que los beneficios que otorga la Seguridad Social están destinados a remediar situaciones de desamparo económico, lo que supone que no se van a brindar cuando se acredite el derecho, sino que debieran llegar al beneficiario en tiempo oportuno, vale decir, que el ente gestor y el efector deben ver superlativamente al hombre.
- e. Igualdad: Deriva del principio más amplio de igualdad ante la ley y tiene como objeto que en igualdad de circunstancias los sujetos protegidos reciban iguales prestaciones, conforme al nivel en el que se halle encuadrado dentro del ente gestor.

Estas cuestiones deben estar jurídicamente previstas para asegurar que dichos objetivos estratégicos y filosóficos se cumplan, con lo cual Derecho de la Seguridad Social vendría a dar forma a los principios de la Seguridad Social se integren y formen parte del Derecho Sanitario para cumplimiento por parte del Estado.

Así, entre otros propósitos, la Seguridad Social y la organización de un modelo de atención a la salud cuentan con un respaldo jurídico respecto de la necesidad de que los sistemas de salud no sean segmentados ni fragmentados.

Así la segmentación es la coexistencia de subsistemas con distintas modalidades de financiamiento, afiliación y provisión de servicios de salud, cada uno de ellos “especializado” en diferentes segmentos de la población de acuerdo con su inserción laboral, nivel de ingreso, capacidad de pago y posición social. Este tipo de organización institucional consolida y profundiza la inequidad en el acceso a la atención de salud entre los diferentes grupos de población.

La fragmentación, por su parte es la coexistencia de varias unidades o establecimientos no integrados dentro de la red sanitaria asistencial. Otras definiciones abarcan: a) servicios que no cubren toda la gama de servicios de fomento, prevención, diagnóstico y tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo; b) servicios de distintos niveles de atención que no se coordinan entre sí; c) servicios que no se continúan a lo largo del tiempo; y d) servicios que no se ajustan a las necesidades de las personas. En cualquier de los casos, estos fraccionamientos generan inequidad de acceso, distribución inadecuada de recursos para la salud y prestaciones sanitarias diferenciadas.

La Seguridad Social demanda, por tanto, una gestión pública unificada no sólo por motivos de eficacia, sino también por motivos de justicia social, pues estando dirigida a todos los individuos, no cabe admitir ningún tipo de diferencias de trato en el régimen jurídico de las prestaciones, que ha de ser, naturalmente, igualitario.

En relación directa con lo anterior, en segundo término, respecto de las prestaciones sanitarias, cuando la población hace uso de los servicios públicos de salud, debe existir la certeza de un ordenamiento que disponga una determinada organización de establecimientos de salud, y la forma y la oportunidad en que los habitantes serán atendidos³⁴.

Cualquier medida administrativa que se implemente con la finalidad de mejorar los niveles de cobertura, oportunidad, eficiencia, equidad en el acceso y calidad en los servicios de atención en salud debe planificarse y consecuentemente ejecutarse con un absoluto respeto y garantía de todos los derechos humanos con lo cual, no existe situación alguna que justifique la

³⁴ La Junta Directiva de la CCSS, en su artículo 8º de la sesión N° 9022, celebrada el 14 de marzo de 2019, establece una nueva organización para la gobernanza de la prestación de los servicios de salud. Los establecimientos de salud y dependencias de la CCSS operan bajo un modelo de redes, con un abordaje interniveles entre las distintas unidades del sistema, basado en protocolos de atención y relaciones de mutua colaboración. Lo anterior busca asegurar la continuidad de la atención de los usuarios. Las oportunidades de trabajo en Red, a nivel vertical u horizontal, según alternativas viables de distribución geográfica, complementariedad de servicios y otras, promueven una mejor gestión e incide en la sostenibilidad el sistema.

Las Redes, se subdividen en áreas de salud, y estas a su vez en sectores de salud a los cuales se les asigna un equipo básico de atención integral en salud (EBAIS).

Las redes son tuteladas por las Direcciones de Redes Integradas de Prestación de Servicios de Salud. Estas son unas instancias técnicas-administrativas que asesoran al nivel operativo.

interrupción de un servicio público destinado a proveer acceso al disfrute de un derecho fundamental.

En su mayor parte, la calidad de la atención que se reciba dependerá de la oportunidad que dichos servicios ofrezcan. La oportunidad de un servicio público de salud es determinante. Sin embargo, los demás elementos del servicio público: el acceso, la continuidad, la eficiencia, la adaptación a los cambios del régimen legal o en la necesidad social que se satisface y la igualdad del trato a los beneficiarios deben ser también considerados

Para tal propósito, es indispensable que la Seguridad Social asigne los recursos económicos y humanos necesarios para garantizar la prestación del servicio. Se trata de una *obligación estatal de hacer* según lo dispone la Observación 14 de la ONU sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud al disponer que:

El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud⁶ deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes.

básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no

recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Otra área bastante importante del Derecho Sanitario guarda relación con las normas básicas de sanidad donde se incluye los derechos y deberes de las personas con respecto a la autoprotección de la salud y al cumplimiento de un conjunto de obligaciones impuestas por el Estado para darse una determinada organización sanitaria, para regular las profesiones sanitarias y establecer las obligaciones a las que quedan sujetas las personas, las organizaciones y las instituciones que, de alguna u otra forma, realizan actividades que guardan relación con la salud. Se trata de las acciones de control y policía sanitaria que se ocupan de todas las medidas de tipo legislativo y administrativo, mediante las cuales se interviene en la esfera jurídica de los particulares. Todas esas medidas tienden a ponerle límite al ejercicio de diversos derechos de terceros en aras de proteger el derecho de la salud de las personas.

Navarro señala que con estas medidas se pretende proteger, asegurar o en general controlar los riesgos que se derivan de determinadas actividades para la salud de las personas individual y colectivamente. Dentro de estas medidas encontramos reglas y acciones para garantizar la salud laboral, para evitar o impedir enfermedades transmisibles, sanidad exterior, sanidad ambiental, control para garantizar la seguridad e inocuidad alimentaria, control de agua potable para consumo humano, el control de productos farmacéuticos, la regulación sanitaria de viviendas, construcciones, comercio, industria, etcétera.

En el Derecho Sanitario está contenida la legislación penal con la tipificación de delitos dedicados a proteger la salud pública, sanciones administrativas y medidas de intervención en la vida privada de diverso orden. También pertenecen a este ámbito las medidas de control como la autorización, permiso e inspección sanitaria, entre otros.

Finalmente, pero no menos importante, una parte determinante de esta área del Derecho Sanitario guarda relación con la importancia de que el Estado se dé una organización de un sector salud bajo la coordinación de un ente rector en Salud que suele ser un Ministerio o una Secretaria con el propósito de implementar decisiones y acciones públicas para satisfacer y garantizar, en el marco del modelo de desarrollo nacional adoptado, las necesidades y legítimas aspiraciones en salud del conjunto de los actores sociales, lo cual se realiza mediante

conducción, integración, coordinación, regulación y supervisión de la totalidad de los componentes y demás funciones del Sistema Nacional de Salud³⁵.

Karen Vargas en su tesis *El desarrollo del derecho a la salud por parte de la Sala Constitucional y su influencia en el sistema público de salud en Costa Rica* señala que

la autoridad sanitaria que en el caso de Costa Rica resulta ser el Ministerio de Salud, como ente rector del sector salud, debe asumir un rol protagónico en cuanto a la dirección de las políticas de salud que requiere el país, tendientes no sólo a definir prioridades, sino también acciones estratégicas y consecución de recursos para lograr el impacto requerido³⁶.

En Costa Rica, la Ley General de Salud y la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social son los ejemplos de las normas del Derecho Sanitario, las cuales imponen las reglas de la rectoría del Ministerio de Salud, la policía sanitaria y la forma, oportunidad, financiamiento y organización de la seguridad social costarricense.

6. Medicina Legal

La Medicina legal o Forense es una parte de la Medicina, de naturaleza fundamentalmente aplicativa, que se inscribe dentro de las disciplinas médico-sociales y sirve como instrumento auxiliar de la Administración de Justicia, por un lado, aplicando los conocimientos médicos y biológicos a la práctica judicial en la diaria resolución de los problemas legales; y por otro, aplicando esos conocimientos al perfeccionamiento del derecho y a la consecución de normas jurídicas acordes con la realidad científica y social del momento. La medicina legal es, por consiguiente, una disciplina propia de los profesionales de la medicina que han adquirido esta especialidad, sin perjuicio de su enorme trascendencia para el mundo del derecho, en particular para el desenvolvimiento en el foro.

En razón de lo anterior la Medicina Legal no es una disciplina del Derecho de la Salud.

7. La Bioética

Se incluye a la Bioética en esta sección con la advertencia de que no se trata de una disciplina del Derecho de la Salud, sino de la Ética General la cual se define como el conjunto de conocimientos derivados de la investigación de la conducta humana al tratar de explicar las reglas morales de manera racional, fundamentada teórica y científicamente. Es una reflexión sobre la moral. Provee la base teórica para valorar el por qué algo es bueno o malo.

La Bioética también pretende encontrar respuestas específicas a los nuevos problemas de la salud. Ciertamente, la preocupación por el impacto de las ciencias y las tecnologías no es nueva. De modo especial en la medicina, el registro histórico contiene numerosas alusiones a preocupaciones éticas acerca de su ejercicio. Podría decirse que la Deontología Médica es la antesala histórica de la Bioética. Lolas en un inicio explica que la Bioética es la "disciplina

³⁵ Según el decreto ejecutivo 38536-MP-PLAN, publicado en La Gaceta 159 del 20 de agosto de 2014, la rectoría en Salud, Nutrición y Deporte, le corresponde al Ministerio de Salud. El Sector Salud está conformado por un conjunto de entidades públicas, centralizadas y descentralizadas, que tienen una competencia explícita y legal dirigida a proteger y mejorar la salud de la población.

³⁶ Vargas, Karen. Sala Constitucional y su influencia en el sistema público de salud en Costa Rica. Trabajo final de investigación aplicada sometido a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Salud Pública para optar al grado y título de Maestría Profesional en Salud Pública con énfasis en Gerencia de la Salud. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica. 2010. Página 27.

científica que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como las relaciones del hombre con los restantes seres vivos". Ya con esta definición, su conexión con el Bioderecho resulta bastante clara³⁷.

La aparición de la Bioética es un fenómeno propio de las últimas décadas. Fue el oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter quien introduce el término en la literatura científica debido a que lo empleó en el título de un libro publicado en 1971: *Bioethics: Bridge to the future*. Más tarde, en 1971, Warren T. Reich convocó a unos 285 autores para escribir lo que aparecería en 1978 como la *Encyclopedia of Bioethics*. Para Potter se trataba de un intento de crear una nueva matriz cultural, un modelo de pensamiento integrador.

Con todo, a pesar de su reciente surgimiento, en realidad los espantosos episodios, conocidos por todos, de la reciente historia con ocasión de los experimentos nazis, o el caso de Tuskegee consistente en un estudio sobre la "historia natural" de la sífilis no tratada a pesar de haber sido descubierta y puesta a disposición en 1946 en la que expuso a un numeroso grupo de personas de raza negra, dieron la alerta de que era necesario prestar atención a la autonomía de las personas mediante un consentimiento informado y el respeto de los derechos de las demás derechos fundamentales de las personas que participan en la investigación científica.

De esta forma se aprobaron importantes regulaciones internacionales como el Código de Nuremberg y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, la Declaración de Helsinki en 1964, el Código de Reglamentos Federales de los EEUU en 1977, el Reporte Belmont en 1982, hasta más recientemente la Declaración Universal sobre el Genoma Humano en 1997 y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, las cuales como normas de Derecho Blanco, constituyen el marco regulatorio de la investigación con seres humanos.

Hoy, la Bioética que dio inicio con una ética aplicada a la medicina ha transitado por la investigación con seres humanos hasta las cuestiones del medio ambiente, paz y desarrollo humano. Con lo cual, la Bioética no suele ser entendida como una disciplina especial, sino especializada, dentro de la Ética General³⁸, no tanto como ética teórica sino aplicada. Sin embargo, la novedad que aporta la Bioética es su metodología, es su discurso interdisciplinar, esto es, el abordaje de un conflicto desde las diferentes y complementarias perspectivas que ofrecen unas disciplinas y actividades diversas.

Su discurso interdisciplinario tiene por propósito proponer respuestas y soluciones a los conflictos que pueden surgir en el ámbito de salud y la vida. Hoy en día, consiste en la deliberación pública de todos los actores de la sociedad al aceptar que los problemas sobre la vida y el ambiente son globales. Su relación con los Derechos Humanos es íntima con temas que llegan hasta el cambio climático, la paz y la crisis mundial de alimentos.

Puede afirmarse que la Bioética es hoy un claro ejemplo de aproximación a un objeto de estudio común interdisciplinar, en la que confluyen diversas ciencias, además de la ética, con sus respectivas perspectivas y metodologías propias: la Medicina, Biología, diversos ámbitos de la Filosofía, Teología, Psicología, Sociología, Economía y diversas tecnologías, etc. En este sentido amplio de su manifestación empírica, también el Derecho se integraría en la Bioética.

La Bioética pretende, en consecuencia, proponer y ofrecer a la sociedad respuestas y soluciones a los conflictos que pueden surgir en el ámbito de las ciencias de la vida.

³⁷ LOLAS, F. *Bioética. El Diálogo Moral en las Ciencias de la Vida*. Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile. Santiago de Chile, noviembre de 1998. Página 13.

³⁸ La Ética pretende descubrir qué hay detrás de la forma de ser y de actuar del ser humano al tiempo que trata de establecer "reglas" de lo que es "bueno" y lo que es "malo". En ese sentido, la importancia de la ética radica precisamente en saber qué está bien y qué está mal como individuos y como sociedad.

Constituye, pues, un instrumento muy poderoso y eficaz para identificar y aislar los conflictos que puedan surgir en el ámbito de su objeto de atención; identificar los valores que pueden verse implicados en el conflicto y, en su caso, construir nuevos valores, valores emergentes de esos conflictos necesitados de protección; emitir orientaciones para resolver el conflicto concreto, ponderando para ello todos los factores que estén presentes en el conflicto; y a partir de la conjugación de los anteriores pasos, proponer soluciones de validez general a la sociedad³⁹.

Pero la sociedad debe formalizar en ocasiones esas propuestas y esto debe ser canalizado entonces a través de los procedimientos de la expresión formal de su voluntad: el legislador las incorpora a las leyes que aprueba, eligiendo una de entre las varias soluciones que no pocas veces ofrece la Bioética en torno a un mismo problema.

Así, la Bioética aporta soluciones interdisciplinarias a los problemas que debe enfrentar la humanidad y para ello no solo propone recomendaciones legislativas, sino también judiciales y, de mucha importancia, para encausar políticas públicas en relación con el Derecho Humano a la Salud.

Finalmente, al quedar establecida la clara relación de la Bioética con el Bioderecho, de igual forma sucede con el Derecho Sanitario cuando la Bioética establece que los Estados por medio de la organización de los servicios de salud deben cumplir con los principios de equidad, igualdad, accesibilidad, oportunidad y calidad de los servicios de salud. Así también, con el Derecho Médico al contener los Principios de Beauchamp y Childress sobre Autonomía de la Voluntad, Beneficencia, No Maleficencia y Justicia⁴⁰ y, con el Derecho Biomédico en cuanto a las cuestiones bioéticas sobre la prevención y precaución de los progresos de las ciencias y las tecnologías.

V. RELACIONES ENTRE LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO HUMANO DE LA SALUD

Como se indicó al principio, el establecimiento de estas categorías jurídicas no es tarea sencilla. Con lo cual, se corre el riesgo de que existan traslapes. Sin embargo, entre ellas existen claramente relaciones de complemento e integración para que -juntas- constituyan un solo frente de protección del Derecho Humano a la Salud.

Con todo, es posible señalar que existen diferencias entre ellas fundamentalmente respecto del sujeto y objeto de regulación como se describe en la siguiente tabla:

1. Sujeto y objeto de regulación de las disciplinas del Derecho de la Salud

³⁹ROMEO C, NICOLÁS P y ROMEO S. *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*. Editorial Dykinson. España. 2022. Página 35.

⁴⁰ Tom L. Beauchamp, miembro de la *Comisión Nacional*, y James F. Childress, en su famoso libro *Principios de ética biomédica* publicado por primera vez en 1979 y revisado en cuatro ocasiones proponen en primer lugar el de autonomía, aunque, a nivel práctico, no establecen ninguna jerarquía entre ellos. Eso lo hará magistralmente Diego Gracia cuando señala que “los cuatro principios se ordenan en dos niveles jerárquicos, que podemos denominar, respectivamente, nivel 1 y nivel 2. El primero, el nivel 1, está constituido por los principios de no maleficencia y de justicia, y el nivel 2 por los de autonomía y beneficencia.

Disciplina	Sujeto	Objeto
Bloque de la Convencionalidad	Seres humanos	Relaciones jurídicas entre todos los seres humanos respecto del derecho humano a la salud.
Derecho Médico	Pacientes y médicos	Relaciones jurídicas entre médicos y pacientes (o allegados y colegas)
Bioderecho	Todas las formas de vida	Relaciones jurídicas del ser humano con todas las formas de vida y el planeta y su poder transformador en beneficio de la salud.
Derecho Sanitario	Usuarios de servicios de salud	Relaciones jurídicas de los usuarios con el Sector Salud y, las políticas públicas de la Seguridad Social y la rectoría sanitaria.
Derecho Biomédico	Pacientes a quienes se les aplica los avances de la ciencia y la medicina y, las personas que participan en la investigación biomédica	Relaciones jurídicas de los pacientes y de las personas que participan en la investigación y los avances de tecnología y la ciencia.

El contraste esencial entre las disciplinas del Derecho de la Salud se presenta con respecto al sujeto de regulación y el objeto de las misma de cada una de estas. Para el caso del Derecho Médico, los sujetos de regulación son los pacientes y médicos y, su objeto las relaciones jurídicas entre ambas partes, en el tanto que para el Derecho Biomédico también los sujetos son los pacientes, pero esta vez a quienes se les aplica las técnicas y procedimientos de los avances de la ciencia y la medicina junto con otros profesionales en salud distintos al médico (que pueden ser embriólogos para la reproducción asistida, psicólogos para la muerte con dignidad, microbiólogos para el trasplantes de órganos o investigadores para la ensayos clínicos) pero, en cuanto se trata de investigaciones, debe incluirse en el Derecho Biomédico a las personas no pacientes (voluntarios sanos) que participan en la investigación. Para el Bloque de la Convencionalidad y el Bioderecho, la única diferencia respecto de los sujetos se encuentra – en principio- en las otras formas de vida del segundo, aunque existen regulaciones internacionales del Bloque de Convencionalidad sobre ambiente y relaciones con todas las formas de vida y la obligación del ser humano por su protección y adecuada utilización a favor de la ciencia y la medicina. Finalmente, en cuanto al Derecho Sanitario, esta disciplina se ocupará de los usuarios y el Sector Salud, lo cual incluye los entes prestatarios de servicios de la salud y la instancias regulatorias y rectoras de la salud.

En atención a lo anterior, conviene señalar que, aunque no se trata de disciplinas que responden a un orden jerárquico según los términos de Kelsen, sí habrá que aceptar que el Bloque de Convencionalidad constituye una fuente de protección del derecho humano a la salud que cuenta con una superioridad protectora al que, de alguna forma, deben responder la otras disciplinas.

Con todo, al no tratarse de normas que responden a una jerarquía, sí es requisito que no se objeten entre sí y que en el mejor de los casos se complementen. Sí será posible que existan algunas de ellas con un mejor rango de protección; por ejemplo, una norma del Derecho Biomédico es probable que ofrezca un mejor ámbito de protección a la salud en el campo de la investigación biomédica que una del Derecho Médico; así como que una disposición del Bioderecho contará con mejor espectro de protección de la salud animal que una norma del Derecho Sanitario porque esta regulará las obligaciones a las que quedan sujetas las personas con respecto a la tenencia de animales mientras que el Bioderecho establecerá el contenido esencial de los derechos de la especie animal.

En conexión con lo anterior, el Bloque de Convencionalidad puede a su vez contener principios o disposiciones del Bioderecho como lo son todas las disposiciones internacionales de protección del ambiente o la protección de los animales que se han examinado aquí o, contener regulaciones del Derecho Biomédico como la dispuesta en el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que señala que “En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

En este sentido, el Derecho Médico desarrolla una de las cuestiones más relevantes del Derecho Humano a la Salud. Se trata de la libertad, de la autonomía, de la protección de la vida privada y de la integridad cuya protección es medular para una adecuada prestación de servicios de salud respetuosos de la dignidad humana como centro neurálgico de los Derechos Humanos.

El Derecho Médico se relaciona con el Derecho Sanitario en cuanto a la legitimación del acto médico conforme a los requisitos específicos con los que este debe contar, derivándose así las correspondientes responsabilidades según la incorrección de su ejecución, pero también cuando el Derecho Sanitario regula los requisitos que deben reunir un médico para ejercer la profesión, o cuando dispone las condiciones que debe contar un establecimiento que prestar servicios médicos. También, cuando el Derecho Médico establece que un médico debe cumplir con las reglas de la investigación con seres humanos está echando mano de recursos del Derecho Biomédico.

Resulta claro que no forman parte del Derecho Biomédico, el régimen laboral de los profesionales sanitarios, en la medida en que no afecte a las relaciones con los pacientes u otros profesionales ni a la propia estructura del sistema sanitario ni, por ello mismo, tampoco el régimen tributario aplicable a estos profesionales, pues con este alcance, y a pesar de su incidencia directa en el ejercicio profesional, no añaden nada a la especificidad que el Derecho Biomédico requiere. Tampoco coincide ni debe identificarse o asimilarse a la Medicina Legal, pues ésta no deja de ser una parte de la Medicina al servicio de la Administración de Justicia como se ha indicado. Pero cuando el Derecho Sanitario regula los requisitos de un centro de investigación, la relación con el Derecho Biomédico es clara.

El Derecho Biomédico guarda relación con el Bioderecho en cuanto desarrolla los Principios de Prevención⁴¹ y Precaución⁴² necesarios para para proteger la salud humana de

⁴¹ El Principio Precautorio se aplica en ejercicio de convicciones de razonabilidad sustentada en datos científicos, no en base a temores irracionales o percepciones tremendistas, sin sustento en criterios objetivos suficientes. La aplicación del principio demanda -a juicio de P. LASCOUNE- un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo (que releva, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado. La incertidumbre en este contexto no exonera de la responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia. El científico noruego TERJE TRAAVIK, lo ilustra utilizando un juego de palabras: "Ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia de riesgo, o lo que es lo mismo, por el hecho de que no se conozcan los riesgos no significa que no los haya".

frente a los adelantos de la ciencia. Conecta con el Derecho Médico en cuanto el ejercicio de los derechos relacionados con el consentimiento informado y la responsabilidad médica y con el Derecho Sanitario cuando este dispone de los requisitos de un Biobanco, de un centro de investigación o de los requisitos de un establecimiento de salud que realiza trasplante de órganos o procedimientos de alta complejidad de reproducción humana asistida.

Cuando el Derecho Sanitario dispone regulaciones sobre las condiciones ambientales de un centro de salud como la construcción de edificios verdes, generación de energía alternativa, eficiencia con el transporte, preparación de alimentación saludable, adecuado empleo de residuos y uso apropiado del agua, la conexión con el Bioderecho es clara. También con respecto al Derecho Médico cuando se dispone que dicho centro de salud debe controlar las infecciones intrahospitalarias en respecto de los derechos de los pacientes y la responsabilidad médica.

Finalmente, conviene realizar una breve comparación entre Ética, Bioética y Deontología según se señala en la siguiente tabla:

Disciplina	Sujeto de estudio	Objeto
Ética General	Todos los seres humanos	Trata de explicar las reglas morales de manera racional, fundamentada teórica y científicamente. Es una reflexión sobre la moral. Provee la base teórica para valorar el por qué algo es bueno o malo.
Bioética	Personas en relación con la vida y la salud	La reflexión multidisciplinaria para abordar con éxito los problemas complejos suscitados en el ámbito específico de la atención sanitaria y las repercusiones sobre la salud humana y la biosfera en su conjunto por parte de los adelantos de la ciencia y la tecnología.
Deontología Médica	Médicos	Conjunto ordenado de deberes y obligaciones morales que tienen los profesionales en medicina

En razón de lo anterior, mientras que la Ética General se ocupa de los problemas y dilemas morales entre lo correcto o no respecto de la conducta de la sociedad en general, la Bioética se centrará en las cuestiones de la adecuada conducta de las personas respecto de las

⁴² El principio de prevención se estructuró para ser aplicado en situaciones en las que es posible conocer, con anticipación, los riesgos y consecuencias de una actividad sobre el medio ambiente, siendo ese conocimiento previo a la toma de decisiones orientadas a prevenir los daños y mitigar los riesgos de su ejecución.

avances y aplicaciones de la ciencia y la tecnología con impacto de la vida y salud humana y los Derechos Humanos. Finalmente, las Deontología Médica se ocupa de la atender los problemas y los dilemas del ejercicio de la medicina.

VI. LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO DE LA SALUD Y LA FERTILIZACIÓN IN-VITRO EN COSTA RICA

En razón de que se señalado aquí que el Bloque de Convencionalidad lo integran además de los tratados y convenios ratificados por lo Estados, también las sentencias de los órganos creados por dichos instrumentos internacionales con las de la Corte IDH, a continuación, se efectuará un ejercicio para establecer una aplicación práctica de lo que aquí se ha dicho. Para tal efecto, se empleará el caso de la fertilización In-Vitro (FIV) a partir de lo dispuesto por dicha Corte en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In -Vitro”) Vs Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012 y lo dispuesto por la Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV) No 39616-S.

Al respecto dicha resolución dispuso respecto del Derecho Humano a la Salud, particularmente respecto del acceso a la FIV que:

314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

Respecto del Derecho Humano de la Salud la Corte IDH dispuso:

El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida.

Una vez que el Estado costarricense fue comunicado de la anterior resolución, de inmediato dieron inicio las acciones para su cumplimiento, siendo una de ellas la aprobación de la Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV) No 39616-S., la cual integra la mayoría de las indicaciones ordenadas por la Corte IDH.

Respecto del Derecho Médico, este decreto es claro al disponer la importancia de la información y el consentimiento informado de las personas usuarias de la FIV según lo dispone el numeral 9.2.1.

Con el propósito de proteger el ambiente y en aplicación del Bioderecho, el numeral 10.5 dispone las reglas del descarte de material contaminado.

El Derecho Sanitario encuentra su plaza en el numeral 6.2.3 cuando se disponen las reglas que deben cumplir los establecimientos de salud que realicen este tipo de establecimientos en cuanto a equipamiento y recurso humano.

Finalmente, en aplicación de los principios del Derecho Biomédico, con el fin de evitar que las técnicas de la FIV sean de riesgo para la salud y la vida de la mujer y evitar embarazos múltiples que colocan en riesgo la vida de los nasciturus⁴³ y a los bebés que nacen en estas circunstancias, el numeral 7.3.1 establece los límites a la cantidad de óvulos fecundados que pueden ser transferidos en cada ciclo reproductivo.

En la siguiente tabla se expresa la aplicación de cada una de las disciplinas del Derecho Humano de la Salud que se ha examinado en este estudio para el caso de la regulación de la FIV en Costa Rica:

Corte IDH	Derecho Médico	Bioderecho	Derecho Sanitario	Derecho Bioéxico
El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida.	9.2.1 Luego de recibir información completa y clara sobre el tratamiento, las personas destinatarias de la FIV deberán emitir su consentimiento libre, voluntario e informado antes de la aplicación de la técnica, en el que acepten someterse al tratamiento.	10.5 El laboratorio debe contar con un mecanismo de descarte de material biológico y otros materiales contaminados, según el Decreto Ejecutivo 30965-S, denominado Reglamento sobre la gestión de los desechos infecto-contagiosos que se generan en establecimientos que presten atención a la salud y afines	6.2.3 L a aplicación de la FIV-TE únicamente tendrá lugar en establecimientos de salud especializados que cuenten con el equipamiento y recurso humano necesario para las tareas que se desarrollan en él.	7.3.1 El número de óvulos fecundados que se transfieran a la cavidad uterina de la mujer no podrá ser mayor de dos por ciclo reproductivo.

⁴³ *Nascitūrus* («[el que] va a nacer», participio de futuro en latín) es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido.

Ejemplos pedagógicos como el anterior abundan en la legislación nacional. Sin embargo, el caso de la regulación de la FIV plantea con suficiente claridad que en una sola norma pueden confluir varias disciplinas del Derecho Humano de la Salud.

VII. CONCLUSIONES

La exploración y el examen de las disciplinas que estudian el Derecho Humano de la Salud es una tarea pendiente en la academia costarricense. El presente aporte, como se ha dicho, tiene por propósito ofrecer una mejor claridad del tema no solo en beneficio de la rigurosidad del discurso, sino también para promover el debate de esta cuestión en los ámbitos universitarios con el propósito de complementar la formación de los profesionales tanto del Derecho como de las ciencias de la salud en razón de la interdisciplinariedad del tema. Es necesario de igual forma promover que el operador del Derecho desde el juez, hasta el legislador y el funcionario público de la Administración Pública cuenten con los conocimientos necesarios para realizar una apropiada aplicación de estas disciplinas del mundo jurídico/sanitario.

No cabe duda, que el Derecho Humano a la Salud constituye un desafío global, tanto en cuanto a los crecientes problemas de inequidad para su plena satisfacción universal, los riesgos ambientales como el calentamiento global y las enfermedades zoonóticas, y los avances en las ciencias. Estos retos imponen la necesidad de que la Bioética y el Derecho Humano de la Salud cuenten con las propuestas morales y jurídicas oportunas y apropiadas.

Para ello, es necesario enfrentar algunos paradigmas jurídicos sin cuya aceptación esta propuesta jurídica no acabará siendo aceptada del todo por la academia, los aplicadores del Derecho y en particular, las autoridades sanitarias.

El primer paradigma consiste en reconocer que existe una diferencia fundamental entre el derecho subjetivo a la salud y el derecho objetivo de la salud. Este contraste que, parece complejo en la práctica, en realidad permite establecer que, una cuestión es ser un titular de un derecho y otro el orden jurídico que lo regula. Realizada esta relación funcional de sujeto y objeto, es plausible proponer que existe tanto un Derecho Humano a la Salud como un Derecho Humano de la Salud.

La otra cuestión paradigmática que se debe enfrentar a estos efectos es adoptar una comprensión biocéntrica del tema, la cual consiste en admitir cabalmente que no sólo los seres humanos son destinatarios de protección jurídica, sino que también lo son todas las formas de vida sobre la Tierra. Sólo si somos capaces de aceptar esta realidad, será posible admitir que los animales merecen un mínimo de protección no solo como una cuestión instrumental o utilitarista de que la salud humana depende de la salud animal, sino también para contar con una perspectiva moral en relación con otras formas de vida. El Bioderecho es posible -en buena parte- sólo si acepta esta posición biocéntrica.

El tercer paradigma que ya debería estar claro desde hace bastante tiempo consiste en reconocer que la protección del Derecho a la Salud proviene inicialmente del Bloque de Convencionalidad y no sólo del Derecho Constitucional. En la medida en que el operador del Derecho tenga claridad de que el Corpus Iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la fuente primaria de Derecho a la Salud, se comprenderá mejor que el universo del Derecho de la Salud es más vasto y rico en propuestas jurídicas.

El cuarto desafío consiste en acoger la interdisciplinariedad total de las disciplinas del Derecho Humano de la Salud. Sólo acudiendo e incorporando en la escena jurídica a otros saberes de la ciencia moderna, como de la filosofía, la economía y otras ciencias sociales será posible contar con un extenso y completo conocimiento acerca de las formas para enfrentar los desafíos de la salud humana y de su entorno. La integración de otros conocimientos en la realidad biocéntrica trazaría una mejor ruta jurídica de protección del Derecho a la Salud

El quinto desafío por enfrentar es la comprensión de que el esfuerzo académico por delimitar los alcances y límites del Derecho Médico, el Bioderecho, el Derecho Biomédico y el Derecho Sanitario es absolutamente indispensable para una mejor comprensión de esta realidad jurídica. Estas disciplinas jurídicas se interrelacionan una con la otra, pero no guardan necesariamente una dependencia jerárquica, salvo por aceptar que el Bloque de Convencionalidad cuenta con normas de superior rango que el resto del ordenamiento jurídico con una mejor categoría de protección del derecho humano a la salud. El resto de las disciplinas tienen cada una un objeto de regulación distinto, mientras que el Derecho Médico regula las relaciones jurídicas entre médicos y pacientes, el Bioderecho se ocupa de las relaciones jurídicas del ser humano con su entorno y su transformación a favor de la ciencia y la medicina, el Derecho Sanitario de las cuestiones jurídicas de las personas con el poder sanitario pero también de los deberes de la organización sanitaria en la protección de la salud y, el Derecho Biomédico de la aplicación del progreso de la ciencia y la medicina a los pacientes.

Finalmente, el sexto y último desafío consiste en admitir que la Bioética tiene el papel, respecto de estas disciplinas jurídicas, por una parte, de integrar o complementar el ámbito de protección del derecho a la salud y por otro, hacer que sus postulados (algunos del Derecho Blando como la Declaración de Bioética y Bioderecho de la UNESCO de 2005) se transformen en Derecho Positivo con el propósito de robustecer el nivel de protección de todas las formas de vida en el planeta.

Aceptar este nuevo derrotero es determinante para ofrecer una respuesta completa y moderna de la protección a cargo del Derecho Humano a la Salud que hoy se encuentra tan seriamente amenazado. De igual forma, una mejor comprensión conceptual con rigor académico de los distintos objetos de regulación de las disciplinas jurídicas aquí examinadas tiene el propósito de aprender a encontrar las correctas respuestas jurídicas a las interrogantes que plantean la exigencia de la protección del derecho humano a la salud.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BONILLA F., MONRÓS, J. y SASA, M. “Compensación Ambiental en Costa Rica: Legislación y alcances”. *Revista de Biología Tropical*. Vol.70 suppl.1 San José. Costa Rica. Diciembre 2022.
- CAPONNETTO M, ELBABA J, OGUETA S y MARTÍN Z. “*Principio Bioético de Sociabilidad y Subsidiariedad. Determinantes Sociales, Políticas y Sistemas de Salud*”. Fundación Interamericana Ciencia y Vida. Centro de Bioética, Instituto de Investigación e Innovación en Salud, Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad Central de Chile. 1ª Edición. Santiago de Chile, 2017.
- CUBIDES C., VIVAS W. “El Bloque de Convencionalidad como Parámetro de Interpretación y Aplicación Normativa.” *Perfiles de las Ciencias Sociales*. Volumen 6, Número 12, Universidad Autónoma del Estado de México. enero-junio 2019.
- GRACIA D. “Ética Médica”. En ROZMAN C. *Ética médica. Medicina Interna*. 13ª ed. Edición Doyma. Madrid, 1995.

- HARDY-PÉREZ, A. y ROVELO-LIMA J. “Moral, Ética y Bioética. Un punto de vista práctico”. *Revista de Medicina e Investigación*. México. Universidad Autónoma del Estado de México. Volumen 3, Número 1. Páginas 79-84. Editorial Masson Doyma. México. Enero - Junio 2015.
- LUNA F. “Ensayos de Bioética. Reflexiones desde el Sur”. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México, 2001
- LOLAS, F. “*Bioética. El Diálogo Moral en las Ciencias de la Vida*”. Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile. Santiago de Chile, noviembre de 1998.
- MARLASCA A. “El derecho a la salud y el racionamiento en los servicios de la salud”. *Revista Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, XLVII (122), 59-68, San José, Costa Rica. Setiembre-Diciembre 2009
- MARCIAL E. “*El Soft Law*”. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. España, Valladolid, junio de 2020.
- MARÍN A. “La autonomía de la paciente expresada en los documentos de voluntades anticipadas un análisis desde el Bioderecho”. *Tesis Doctoral Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia*. Programa de Doctorado en Derecho. Murcia, España, 2019.
- MADRIGAL, R. “La telemedicina en la pandemia y pospandemia del COVID-19. Necesidad de un marco regulatorio en Costa Rica”. *Revista El Foro*. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, No. 23, Páginas 49 y 50. San José, Costa Rica, Julio 2022.
- NAVARRO R. “Reconocimiento y Protección del Derecho a la Salud por el Corpus Iuris Internacional de los Derechos Humanos: Universal y Regional, Alcances y Limitaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Contacto Global*. X. Décima Edición. San José. Costa Rica, 2018.
- LLUGDAR, E. “La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericanas de DDHH, como fuentes y formas de Protección de los Derechos Fundamentales”. Argentina. Junio 2016.
- OROZCO, V. “El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense.” *Revista Judicial*, Costa Rica, N° 118 enero, 2016
- PARRA O. “El Derecho a la Salud. En la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales”. Defensoría del Pueblo Bogotá. Colombia, 2003.
- ROMEO C, NICOLÁS P y ROMEO S. “Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)” Editorial Dykinson. España. 2022.
- ROMEO C. “Enciclopedia de Bioderecho y Bioética”. Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. España. Abril de 2011
- RODRÍGUEZ G. “Regulaciones internacionales para la investigación clínica”. Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas. Segunda edición, San José. Costa Rica. 2009.
- SALAZAR R. “Derechos Humanos y Ambiente en Costa Rica. Revista Ambiental”. Número 181. San José, Costa Rica, Octubre, 2008.

- SORO B. “Nuevos retos del derecho ambiental desde la perspectiva del Bioderecho: Especial referencia a los derechos de los animales y de las futuras generaciones”. *Revista VIA IURIS*, Número 13, pp. 105-122 Fundación Universitaria Los Libertadores Bogotá, Colombia. Julio-diciembre, 2012
- URBINA J y CAYÓN DE LAS CUEVAS J. “Estudios sobre Derecho a la Salud”. Editorial Aranzadi SA, Pamplona, España. 2011.
- VARGAS, K. “Sala Constitucional y su influencia en el sistema público de salud en Costa Rica”. *Trabajo final de investigación aplicada sometido a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Salud Pública para optar al grado y título de Maestría Profesional en Salud Pública con énfasis en Gerencia de la Salud*. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, Costa Rica. 2010
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. “Compendio de Derecho a la Salud”. San José. 2000.
- Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).*” E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000
- Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud. “Perfil del Sistema y Servicios de Salud en Costa Rica. Con base al Marco de Monitoreo de la Estrategia Regional de Salud Universal.” San José, Costa Rica, 2018.
- Organización Panamericana de la Salud 2019. Perfil del sistema y servicios de salud de Costa Rica con base al marco de monitoreo de la Estrategia Regional de Salud Universal OPS/CRI/19-001.