



DE LAS RELACIONES ENTRE LA MEDICINA Y EL DERECHO

Luis Concheiro Carro

DISCURSO INAUGURAL
lido na solemne apertura do
curso académico 2010-2011

UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

**DE LAS RELACIONES ENTRE
LA MEDICINA Y EL DERECHO**

Luis Concheiro Carro

Catedrático de Medicina Legal
Departamento de Anatomía Patolóxica
e Ciencias Forenses
Facultade de Medicina e Odontoloxía
Universidade de Santiago de Compostela

**DE LAS RELACIONES ENTRE
LA MEDICINA Y EL DERECHO**

DISCURSO INAUGURAL
lido na solemne apertura do
curso académico 2010-2011

UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Este libro é a publicación dixital en pdf en acceso aberto do libro impreso editado pola
Universidade de Santiago de Compostela no ano 2010



Esta obra atópase baixo unha licenza internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0. Calquera forma de reprodución, distribución, comunicación pública ou transformación desta obra non incluída na licenza Creative Commons BY-NC-ND 4.0 só pode ser realizada coa autorización expresa dos titulares, salvo excepción prevista pola lei. Pode acceder Vde. ao texto completo da licenza nesta ligazón:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.gl>

© Universidade de Santiago de Compostela, 2010

EDITA
Edicións USC
Campus Vida
www.usc.es/publicacions

DOI: <http://dx.doi.org/10.15304/di.2025.226>

—•••—
Discurso
—•••—

Cuando a finales del pasado mes de mayo acudía a la Facultad de Derecho para impartir mi última lección como profesor en activo, muy pocas personas conocían esta circunstancia y a las que sí la conocían les había pedido que no asistieran. Quería dejar la docencia universitaria oficial con la misma simplicidad, pero evidentemente con mucho menor nerviosismo, con la que la había iniciado, hace ya casi medio siglo, en la vieja Facultad de San Francisco. Entonces, el profesor Pérez Villamil me había solicitado que impartiese a los alumnos de Medicina una lección sobre los problemas médico-legales de las heridas por arma blanca.

Lo que no podía ni sospechar en aquella tarde de mayo es que mi última intervención oficial como catedrático de universidad en activo iba a producirse en el Acto de Apertura del curso académico 2010-2011, como encargado de pronunciar el preceptivo discurso inaugural.

Una llamada del rector Casares, bien avanzado julio, me hizo saber que por el turno de facultades le correspondía a la de Medicina ese encargo y que yo, como catedrático más antiguo, tendría que ponerle voz y contenido. Le pedí un tiempo para aceptar su invitación, pues como el conductor que desacelera su vehículo cuando la parada se aproxima, yo también había levantado el pie del acelerador ante mi inminente jubilación y había programado otras actividades menos exigentes. La diplomacia del rector Casares y la cordialidad con la que me transmitió el encargo hicieron desvanecer mi inicial renuencia.

En los últimos tiempos, si la memoria no me es infiel, se ha perdido la buena costumbre, o la norma, de que el orador era

advertido, a principios de cada curso académico, de que, si aceptaba, sería el encargado de pronunciar el discurso en la inauguración del curso siguiente. Por ello, disponía de un tiempo generoso para proponer un tema y, sobre todo, desarrollarlo adecuadamente. Por otra parte, los responsables del Servicio de Publicaciones e Imprenta de la Universidad no tendrían que recibir el texto del mismo modo que un corredor de relevos recibe el testigo del casi extenuado atleta precedente y continúa raudo la carrera para alcanzar la meta, que en su caso es la edición, en tiempo y forma, del texto que se le hace llegar cuando ya ha sonado, volviendo al símil atlético, la campana de la última vuelta. Quede, pues, constancia de mi propuesta de retomar esa antigua tradición de la universidad compostelana.

Antes de desarrollar el contenido de mi discurso quiero recordar que en la apertura del curso académico 1948-1949, le correspondió esta honrosa tarea a mi maestro y predecesor en la Cátedra de Medicina legal el ya citado profesor D. José Pérez y López-Villamil. Hasta donde yo sé, hemos sido hasta ahora los únicos profesores de esta disciplina en pronunciarlo desde la creación de esta Cátedra en la Universidad de Santiago de Compostela en 1845, apenas dos años después de fuesen instituidas las de Madrid y Barcelona.

No voy, por supuesto, a analizar el discurso que sobre *El Problema del Mundo Exterior* pronunció el profesor Villamil en aquel octubre de 1948, por cierto también Año Santo Jacobeo, pero sí referirme a un acontecimiento previo a su lectura y a unos hechos acerca de los cuales Villamil trata en la parte introductoria.

El acontecimiento previo se refiere a que ese discurso estuvo en trance de no ser leído. Creo que debo ser ya una de las últimas

personas, de su círculo más próximo, que puede dar testimonio de ese hecho. Aun cuando, en varias ocasiones, Villamil nos había manifestado su intención de escribir acerca de sus experiencias universitarias en Salamanca y Santiago, ignoro si dejó constancia escrita de aquel incidente.

En los días previos a la inauguración de aquel curso académico, algunos profesores, con gran influencia entonces en la institución universitaria compostelana, tuvieron acceso al texto y juzgaron heterodoxo su contenido desde el punto de vista de sus creencias religiosas, a la vez que le indicaban al entonces rector Legaz Lacambra que debería ser modificado substancialmente o, más claramente, censurado antes de su lectura. Legaz le transmitió esta pretensión a Villamil, quien hacía tan sólo dos años que había llegado como catedrático a Santiago procedente de la Universidad de Salamanca, en la que había ejercido el magisterio universitario desde 1934. En esa Universidad, junto con otro ilustre profesor compostelano, D. Ignacio Ribas Marqués, habían sido testigos presenciales del muy tenso enfrentamiento entre el rector Unamuno y el general Millán Astray. Traigo esto a colación porque Villamil, tal vez influido por el recuerdo siempre muy vivo que conservó de la actitud gallarda de Unamuno durante aquel grave incidente, y desde luego impulsado por sus propias convicciones, rechazó de plano tal pretensión y le manifestó al rector que el discurso se leería tal como lo había escrito o no habría discurso de apertura. Legaz no insistió en la defensa de la postura de los discrepantes y el discurso se leyó al fin en su versión original y, aparentemente, sin ulteriores repercusiones para su autor.

En la parte introductoria de su discurso, Villamil hace referencia a una importante decisión gubernamental que se había producido en los inicios de ese año y que tenía una gran significación para la docencia en las Facultades de Medicina. Tal decisión fue la incorporación de la psiquiatría clínica al plan de estudios de Medicina como asignatura independiente. La psiquiatría había encontrado, hasta entonces, su *locus* académico en la Medicina legal, tal vez porque la enfermedad mental interesó antes y más al Derecho, sin duda por su valor exculpatorio de la responsabilidad criminal, que a la Medicina, que se sintió frente a ella incómoda e inerte hasta épocas no muy lejanas que todavía recuerdo. Villamil, que fue sobre todo un gran psiquiatra, a quien cabe considerar como el verdadero fundador e impulsor de la psiquiatría en Galicia, deja clara constancia de su satisfacción en el discurso por esta incorporación curricular.

Un poco menos entusiasta fue su satisfacción por la incorporación de la Psicología al plan de estudios de Medicina. El consideraba fundamental la incorporación de esa disciplina con el adjetivo de médica y el encargo de su docencia a personas con formación médico-psiquiátrica y no filosófica. Como muy bien escribe en su discurso: *Tenemos tan sólo que lamentar que el título de esta enseñanza de psicología haya sido privado del complemento conceptual con que los Claustros de medicina propusimos se estableciese, siempre pensando que no son esos conocimientos generales de psicología los que habían de adquirirse, sino que de la misma manera que por su amplitud se hizo con la física o la química, debía ser una psicología para médicos la que habría de estudiarse y su enseñanza más que en una Facultad de Filosofía cabría sin duda alguna entre las materias*

*de las Ciencias Biológicas*¹. Algunos años después esta cuestión se recondujo en el sentido por él apuntado.

En los discursos de la época, era *formulismo impuesto*, en palabras de Villamil, referirse a las altas y bajas en el escalafón universitario de la institución, algo que hoy nos resulta inimaginable. De las ocho altas que en ese año de 1948 se produjeron en la Universidad de Santiago, quiero referirme a tres en la Facultad de Medicina y que han tenido una gran significación en su evolución posterior. Fueron las incorporaciones de los profesores Manuel Suárez Perdiguero, Ángel Moreu González-Pola y Ramón Domínguez Sánchez.

Los dos primeros no procedían de nuestra universidad pero ejercieron en Compostela el tiempo suficiente —lo cual no era muy frecuente entonces ya que el trasiego profesoral era la norma, especialmente en las universidades llamadas de “provincias”—, y sentaron las bases para un espléndido desarrollo posterior de la pediatría y de la oftalmología, respectivamente. Su labor fundacional tuvo unos brillantes continuadores en los profesores José Peña Guitián y Manuel Sánchez Salorio, que supieron elevar estas especialidades clínicas a cotas verdaderamente relevantes y crear sólidas escuelas médicas. El profesor Domínguez Sánchez, que había sido alumno de nuestra facultad y a quien los veteranos de ésta recordamos como uno de los más brillantes docentes que ha tenido la Universidad de Santiago de Compostela, supo, como predijo Villamil en su discurso,

¹ J. Pérez Villamil. *El Problema del Mundo Exterior*. Discurso inaugural. Universidad de Santiago de Compostela, 1948, p. 8.

sentar las bases de una prestigiosa escuela de fisiología, también hoy un referente destacado de nuestra Universidad.

Dediquemos ahora nuestra atención al tema que he elegido para esta disertación académica en la que se van a mezclar, como los específicos en una vieja receta médica: lecturas, reflexiones, experiencias y propuestas esperanzadoras. Al final de esas recetas, llamadas magistrales, el médico incluía la indicación dirigida al farmacéutico de *hágase según arte*, que éstos cumplieran fielmente y, por supuesto, con arte. No sé, por lo que a mi respecta, si habré tenido la misma habilidad para mezclar conceptos médicos y jurídicos y escribir un texto coherente sobre un cuestión tan compleja como es:

DE LAS RELACIONES ENTRE LA MEDICINA Y EL DERECHO

* * *

Como introducción de mi discurso juzgo necesario hacer un brevísimo bosquejo de los orígenes y evolución de estos dos grandes campos del conocimiento humano, que tanto han significado y significan en la historia de la humanidad.

El origen de la Medicina se remonta prácticamente al tiempo de la aparición de la especie humana sobre la tierra. Muy precozmente, sin duda, se pusieron en práctica procedimientos curativos, pero durante muchos siglos fue su característica principal que estuviesen asociados con la magia, las divinidades y la clase sacerdotal. Es a la civilización griega a la que debemos un cambio decisivo en esta orientación al asentar el ejercicio de la Medicina sobre bases racionales. El conocido *Corpus Hippocraticum* representa la expresión escrita más antigua y conocida de este cambio de paradigma. Tras

el mismo, la evolución de los saberes médicos no experimentará modificaciones importantes durante varios siglos y la figura de Galeno será durante ese tiempo el referente incuestionable. Es a partir del Renacimiento y de un modo especial a lo largo de los siglos XVII y XVIII cuando aparecen signos inequívocos de modernidad en el quehacer médico, pero no será hasta el siglo XIX cuando surja la verdadera Medicina científica.

Las ideas sobre la enfermedad que se establecieron en dicho siglo todavía sustentan la Medicina tal y como la entendemos hoy en día, pero muy probablemente las aportaciones de la biología molecular van a inducir, o ya están induciendo, un nuevo cambio de paradigma de similar impacto al que supusieron en su tiempo las aportaciones de los hipocráticos o la introducción del método anátomo-clínico en el siglo XIX.

El principal objetivo de la Medicina ha sido, durante gran parte de su historia, el asistencial o curativo, al que se asoció, muy pronto, la finalidad preventiva de la enfermedad. Otros posibles usos y aplicaciones de los conocimientos médicos permanecieron durante muchos siglos al margen de los intereses y preocupaciones de los profesionales de la Medicina y de la sociedad en general.

Por otra parte, desde los albores de la humanidad se hizo también necesario regular las relaciones entre las personas para facilitar la convivencia en el seno de los grupos humanos. En un primer momento, los usos sociales cumplieron esa finalidad. Las normas y principios éticos, sobre todo y durante mucho tiempo los de inspiración religiosa, contribuyeron también a una significativa regulación del comportamiento humano desde el principio de los tiempos.

Un paso más, y muy importante, en la regulación de la convivencia humana ha sido la implantación de las normas jurídicas, esto es, el advenimiento del Derecho, entendido como el conjunto de normas o reglas que se refieren al comportamiento humano y determinan lo que es conveniente o inconveniente realizar para preservar aquella convivencia. Cicerón lo manifestó con toda precisión: *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius* (donde está el hombre, está la sociedad; donde está la sociedad está el Derecho).

Estos diferentes órdenes normativos durante muchos tiempo estuvieron asociados. La separación de la esfera de lo sagrado y la de lo profano, y por consiguiente del Derecho sagrado del Derecho laico —*fas e ius*— fue una de las conquistas más antiguas y más seguras de la jurisprudencia romana. Sin embargo, ha sido en los estados modernos en donde el Derecho se presenta como un orden normativo claramente diferenciado tanto de los usos sociales como de las normas morales. Con todo, entre ámbos y el Derecho existen todavía conexiones evidentes.

Así, el significado de una norma jurídica puede verse matizado por un determinado uso social. Las relaciones entre los principios éticos y las normas jurídicas nunca han dejado tampoco de ser patentes. Su aparente menor influencia en la secularizada civilización occidental parece haber cobrado, sin embargo, nuevos bríos en los tiempos actuales en los que se debate y legisla sobre viejas cuestiones desde postulados éticos e ideológicos muy diversos, o sobre nuevos problemas que el progreso científico-técnico ha puesto en primer plano, especialmente en el campo de la biotecnología.

Aunque la Medicina ha sido, y sigue siendo, objeto de interés y estudio también para otras ramas del conocimiento con los que posee importantes relaciones —piénsese, entre otros posibles ejemplos, en la denominada Economía de la Salud— no cabe la menor duda de que la Medicina ha tenido una particular relación, que puede rastrearse hasta épocas muy pretéritas, no siempre fácil y fluida, con el mundo del Derecho.

Ya que estamos en un acto académico, no me parece fuera de lugar recordar, en lo que atañe a ese aspecto relacional, que en la universidad medieval, Medicina era una de las tres grandes facultades, junto a Derecho y Teología, y su prestigio e importancia respectivos variaba de uno a otro país. Así, en la Italia septentrional, Derecho era la más afamada y poderosa, con Medicina en un segundo, pero competitivo, lugar. Como consecuencia de ello, en aquellas épocas, en Bolonia y Padua se originaban, en ocasiones, poco edificantes disputas entre esas facultades en cuanto a la precedencia en las procesiones académicas².

Es conveniente precisar en este momento que la relación médico-jurídica debe ser considerada recíproca. De una parte, el Derecho se ha interesado casi desde su origen por cuestiones de naturaleza médica con repercusión jurídica y también en la regulación de la actividad profesional de los médicos. Por otra, con gran frecuencia los órganos jurisdiccionales se enfrentan a problemas que no pueden ser resueltos sin el concurso de la Medicina, como paso previo e

² N. G. Siraisi. *Medieval & Early Renaissance Medicine*. The University of Chicago Press. Chicago and London, 1990, p. 65.

imprescindible para la adopción de resoluciones judiciales justas y acordes a la realidad científico-natural del momento.

La interrelación médico-jurídica da lugar, en consecuencia, a dos disciplinas muy próximas pero, a mi juicio, independientes. La primera, de naturaleza jurídica, el Derecho médico. La segunda, de naturaleza médica, la Medicina legal o forense. A ésta ya se refería Piga Pascual como la Medicina en el Derecho³ y, siguiendo su línea de pensamiento, podríamos decir también que el Derecho médico es el Derecho en la Medicina.

Esta distinción que considero fundada y necesaria no es, sin embargo, una opinión aceptada generalmente. Todavía algunos médico-legistas consideran al Derecho médico como una parte de la Medicina legal y la utilización de la doble denominación de Medicina legal y forense, usada actualmente para designar esta disciplina y la especialidad médica que figura en el listado oficial de especialidades, ha generado una gran confusión conceptual. Es mi idea, no desmentida en numerosos debates sobre esta cuestión, que se pretende designar al Derecho médico como Medicina legal, reservando el calificativo de forense para la función de asesoramiento de la Medicina a la Administración de Justicia.

Por el extraordinario desarrollo de las ciencias médica y jurídica, ambas disciplinas son hoy en día extraordinariamente complejas y se hace necesario una clarificación conceptual de las mismas, tarea a la que he dedicado una buena parte de mi actividad

³ Citado por Blas Aznar. Síntesis de Medicina Legal. Tomo I. Maribel, Artes Gráficas. Madrid, 1956, p. 8.

como profesor universitario, profesional de la Medicina forense y asesor en la elaboración del proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Quienes han tenido la paciencia de permanecer a mi lado en estos últimos años conocen mi preocupación casi obsesiva por estos temas, y una y otra vez han podido leer o escuchar mis reflexiones sobre ellos, efectuadas con la misma tenacidad y resultado, al menos hasta hoy, con la que Sísifo empujaba la roca por la empinada ladera.

El Derecho médico es, ya lo he señalado, una disciplina jurídica. No obstante, las cuestiones médicas con repercusión jurídica tuvieron inicialmente acomodo en los tratados de Medicina legal. El ejercicio legal de la Medicina, el secreto médico y, especialmente, las cuestiones relativas a la responsabilidad profesional constituían los principales temas de estudio hacia la mitad del siglo pasado. Los penalistas y civilistas trataban obviamente también de estas cuestiones: los primeros del delito de intrusismo y ámbos de la responsabilidad en sus ámbitos respectivos, pero el análisis de la que afectaba a los profesionales sanitarios no implicaba un estudio más pormenorizado que fuese más allá del enfoque general de las responsabilidades penal y civil. No eran todavía un problema acuciante.

Desde entonces, sin embargo, el ejercicio profesional de la Medicina se ha ido transformando y haciéndose cada vez más complejo e impersonal y correlativamente se han ido incrementando los estudios doctrinales y la normatividad jurídica sobre esas cuestiones, a la par que el desarrollo científico y tecnológico de la Medicina y de la Biología iban planteando nuevos retos ético-jurídicos.

La amplísima regulación jurídica de las prestaciones asistenciales en el campo de la salud ha generado un corpus de conocimientos que hoy en día constituye, sin duda, una especialización en el seno del Derecho administrativo, para el que se ha propuesto incluso la denominación de Derecho sanitario. Algunas otras cuestiones relacionadas con la salud pública se encuadrarían también en ese Derecho sanitario, así como las relativas a la documentación clínica, exceptuando el estudio de los problemas relacionados con la confidencialidad y el consentimiento que se generan en el uso de esa documentación.

Existe una cierta confusión todavía en España en torno a estas nuevas especialidades jurídicas o Derechos emergentes, pero este hecho no es exclusivo de nuestro país⁴. Por ello, resulta difícil de momento delimitar perfectamente los contenidos de una y otra de esas especialidades, Derecho médico y Derecho sanitario, y en mayor medida elaborar definiciones clarificadoras. Lo que sí ya es evidente es su carácter interdisciplinar, lo que equivale a decir que su estudio no se satisface plenamente desde la perspectiva unilateral que ofrecen las ciencias jurídicas clásicas⁵. Esto tiene indudables repercusiones académicas que trataremos de abordar más adelante.

Las dos cuestiones tradicionales del Derecho médico, la responsabilidad profesional y el secreto médico, siguen teniendo una gran vigencia, y de ellas me voy a ocupar en primer término.

⁴ En el mundo anglosajón tampoco es clara la distinción entre Medical Law y Health Law o Health Care Law.

⁵ Especialmente los Derechos Penal, Civil y Administrativo.

La responsabilidad profesional de los médicos, y antaño la de los simples sanadores, es una cuestión que aparece ya en los ordenamientos jurídicos más antiguos. Baste recordar la referencia a esta cuestión en una de las leyes más antiguas y mejor conservadas que se conocen, el Código de Hammurabi (1753 a. C)⁶ o la menos drástica, pero igualmente intimidante norma, que figura en el Fuero Juzgo⁷. Sin embargo, la problemática sobre esta cuestión se ha incrementado extraordinariamente a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

Con anterioridad, los médicos gozaban de una cierta impunidad. Sin embargo, ya en 1835, en Francia, la Corte de Casación había aceptado las conclusiones del procurador general Dupin, en el proceso de apelación del doctor Noroy, que definían los fundamentos de la responsabilidad médica, rechazando al mismo tiempo la posición defendida por la Academia Francesa de Medicina, la cual diez años antes, en 1825, había sostenido, con ocasión del proceso contra otro médico, el principio de la irresponsabilidad en el ejercicio profesional, siempre que no se hubiere producido un daño intencionadamente, en términos de la referida Corporación: “Con

⁶ Código de Hammurabi. Edición a cargo de F. Lara Peinado. Tecnos. Madrid, cuarta edición, 2008. Ley 218: *Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o (si) ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano.*

⁷ Fuero Juzgo en Latín y Castellano. Real Academia Española. Madrid, 1815. Libro XI, Título I, VI: *Si algun físico sangrar a algun omne libre, si enflaqueciere por sangría, el físico debe pechar C é L sueldos. E si muriere metan al físico en poder de los parientes que fagan dél lo que quisieren.*

premeditación, por pérfidos designios y criminales intenciones”⁸. Entre nosotros, en el prólogo de una de la primeras obras dedicadas a la responsabilidad profesional médica en España, el ilustre médico e historiador Gregorio Marañón se mostraba también, casi un siglo después, muy reacio a admitirla. A este respecto llega a escribir lo siguiente: *La Medicina es, como profesión, excelsa; pero como ciencia, humildísima. Y hay que aceptar esta insuficiencia y esta humildad en gracia a aquella excelsitud. Pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico, como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, es disparate fundamental y es principio totalmente inaceptable* ⁹.

Las demandas contra los médicos son, como he indicado, un problema cuantitativamente importante, universal y con una repercusión negativa sobre el ejercicio profesional de los médicos y sobre el sistema sanitario en general. Los motivos de este cambio de actitud de los pacientes o usuarios, designación del doliente para mí absolutamente prescindible, son muy difíciles de concretar pero que trataré de precisar más adelante. Como telón de fondo, hay que señalar que los cambios socio-políticos que se han producido en las sociedades occidentales a partir del siglo XIX, han contribuido a crear en los hombres un sentimiento de ciudadanía que sin duda está en el origen de ésta y otra serie de reivindicaciones. Son demostrativas de esta opinión las grandes dificultades que se apreciaban en el

⁸ N. Rojas. Medicina Legal. El Ateneo. Buenos Aires, undécima edición, 1976, p. 429.

⁹ G. Marañón. La Medicina y los Médicos. Espasa-Calpe. Madrid, 1962. p. 166.

Japón, hasta hace pocos años, para conceder carta de naturaleza en la asistencia sanitaria a la responsabilidad profesional¹⁰, comparativamente con los Estados Unidos de Norteamérica, con una sociedad mucho más abierta, que es el país que lidera destacadamente este tipo de conflictos. Europa se sitúa en una posición intermedia, con un llamativo protagonismo de Italia¹¹.

En España es notorio el aumento de las reclamaciones presentadas en los juzgados contra los profesionales médicos, especialmente en los últimos quince años. Por vía de ejemplo, el servicio de responsabilidad profesional del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona contabilizó 89 casos de reclamación y 109 médicos implicados en el año 1986, y 323 expedientes de reclamación y 412 médicos implicados en el año 2003. También la estadística de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo muestra un aumento de las resoluciones en materia de imprudencia médica¹².

En relación con la precisión de estos datos sería conveniente depurar las estadísticas de casos genuinos de responsabilidad médica de aquéllos que son imputables a otros profesionales implicados en la asistencia sanitaria. No es excepcional que las negligencias del personal no médico se citen, no excepcionalmente, en escritos de abogados o en documentos judiciales, como constitutivas de

¹⁰ R. B. Leflar. The Regulation of Medical Malpractice in Japan. *Clin Orthop Relat Res*, 2009; 467:443–

¹¹ F. Traina. Medical Malpractice. The Experience in Italy. *Clin Orthop Relat Res*, 2009; 467:434–442.

¹² J. Medallo-Muñiz, A. Pujol-Robinat y J. Arimany-Manso. Aspectos médico-legales de la responsabilidad profesional médica. *Med Clin (Barc)*, 2006; 126(4):152-156.

negligencia médica. Ciertamente que puede haber una responsabilidad *in vigilando* por parte de los facultativos, pero no es menos cierto que el personal sanitario colaborador goza de la suficiente autonomía para asumir en plenitud la responsabilidad que pueda haber contraído, que no es diferente desde el punto de vista jurídico de la de los médicos, aunque, sin duda, mucho menos resaltada por los medios de comunicación.

Las causas de este incremento de la conflictividad en el ámbito sanitario, con eventual repercusión judicial, son múltiples, unas imputables a la propia Medicina, otras a los médicos y, por último, a los propios pacientes y sus familiares, o a las personas requeridas por ellos para asesorarles, ante lo que interpretan, bastantes veces sin fundamento, como una actuación médica deficiente.

No cabe duda que la Medicina se ha vuelto extraordinariamente eficiente en los últimos cuarenta años. Numerosas enfermedades antes mortales pueden ser estabilizadas o evolucionar incluso hacia la curación; intervenciones quirúrgicas que no se imaginaban hace no mucho tiempo son en la actualidad practicadas habitualmente. Todo ello es cierto, pero a costa de una serie de riesgos que se encuentran ligados inexorablemente a toda terapéutica verdaderamente activa o a la mayoría de las exploraciones instrumentales útiles, aun cuando, afortunadamente, pocas veces se concretizan. Pero, dada la gran demanda de prestaciones sanitarias, la materialización de esos riesgos posibles, aunque poco probables, ha determinado, en los últimos años, un incremento significativo de las reclamaciones judiciales.

Los médicos, por su parte, inmersos en una labor asistencial casi frenética, olvidan con gran frecuencia el más sagrado de los deberes en la práctica clínica, el diálogo con el paciente, y de un déficit de comunicación surgen muchas veces situaciones de conflicto. Se ha demostrado que la información franca sobre los errores profesionales tiende a reducir las demandas contra los médicos en vez de aumentarlas, a la vez que ayuda a disminuir las preocupaciones de los pacientes¹³.

La decepción de los pacientes, o de sus familiares, por los resultados no favorables de la intervención médica —decepción inducida con frecuencia por una información mediática triunfalista acerca de las posibilidades de la Medicina— les induce a pensar que ha habido en su caso una falta profesional de los facultativos antes que una manifestación más de la insuficiencia de la ciencia médica. Ese sentimiento de los afectados es utilizado, lamentablemente, por algunos profesionales del Derecho, carentes de un mínimo rigor ético, que los impulsan a presentar querellas totalmente injustificadas. Se han visto colocados en sitios estratégicos en hospitales, e incluso tanatorios, sobre todo en las grandes ciudades, números de teléfono a los que los presuntamente perjudicados pueden llamar, unos impulsados por la desconfianza hacia una asistencia sanitaria que juzgan insatisfactoria, pero otros, y no son escasos, simplemente como medio de obtener una eventual indemnización.

Con independencia de los aspectos deontológicos, los médicos, en el ejercicio de su actividad profesional pueden incurrir

¹³ P.C. Hébert, A.V. Levin, G. Robertson. Bioethics for clinicians.23. Disclosure of medical error. CMAJ, 2001 ;164 (4): 510-513.

en responsabilidad penal y/o civil. Sin entrar en mayores detalles, solo quiero precisar que el recurso a la vía penal es la utilizada inicialmente con mayor frecuencia, por dos razones principales: la rapidez del procedimiento y su menor coste, aunque el porcentaje de condenas de los facultativos sea bajo. He visto, sin embargo, casos de tal encono personal que el perjudicado no veía en el horizonte del proceso judicial otra compensación que no fuese una humillante y casi vengativa condena penal del profesional sanitario. Hoy en día, asistimos a un apreciable incremento de las demandas fundamentadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹⁴, tendencia que parece orientar más, a un buen número de demandas por mala práctica profesional médica, hacia la responsabilidad jurídica objetiva que a la basada en la culpa del profesional.

Este elevado índice de conflictividad está conduciendo a una excesiva y poco deseable judicialización de la práctica médica, la cual, a su vez, va impulsando a los médicos hacia un comportamiento profesional, más o menos consciente, de carácter defensivo, que se manifiesta en la generosa utilización, no siempre justificada médicamente, de pruebas diagnósticas complementarias que incrementan, por otra parte, el gasto sanitario más allá de lo razonable. En relación con estos aspectos económicos de la responsabilidad profesional médica, que prueban una vez más el carácter interdisciplinario del Derecho médico, destaca la relación de aquélla con el mercado asegurador. Lo que en un principio era sólo una modalidad más dentro

¹⁴ Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Título X, de la Responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio.

del seguro de responsabilidad civil, se ha convertido en un asunto complejo y de una importancia creciente¹⁵.

Uno de los aspectos más controvertidos de la responsabilidad médica es, sin duda, la prueba de la falta profesional y de la relación de causalidad entre ésta y el perjuicio o daño que se alega. La verificación de éste y, eventualmente, su valoración médico-legal suelen presentar menor dificultad. El análisis de estas cuestiones es una actividad propia de la Medicina legal y ofrece aspectos muy diversos de acuerdo con la especialidad clínica involucrada y el resultado letal o no del perjuicio ocasionado.

La relación entre médicos, de una parte, y jueces, fiscales y letrados, de otra, encuentra en los dictámenes periciales y, particularmente, en su discusión en la fase de prueba de los juicios penal o civil uno de los momentos de mayor recelo entre los profesionales de una u otra formación. A los primeros nos consideran corporativistas no sólo los jueces, fiscales y letrados, sino muy especialmente los perjudicados y la opinión pública en general. No voy a negar que existe una pericia digamos, eufemísticamente, condicionada, pero que se manifiesta también en relación a otras cuestiones judiciales, penales y, sobre todo, civiles. La reciente promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que requiere que los dictámenes sean presentados por las partes al inicio del procedimiento, como apoyo

¹⁵ Los costes de las pólizas de seguros de los médicos en Estados Unidos de Norteamérica ascendieron, en 2002, a la cifra de 6300 millones de dólares con un coste adicional estimado de 60000 a 108000 millones de dólares por los gastos generados por la Medicina defensiva. B. S. Bal. An Introduction of Medical Malpractice in the United States. Clin Orthop Relat Res, 2009; 467:339-347.

a la demanda y a su contestación, ha abierto las puertas, *de iure* y *de facto*, a esa posibilidad. El principio procesal de la contradicción y la libre apreciación de la prueba por los jueces y tribunales, creo que son, sin embargo, importantes factores de corrección de esa hipotética parcialidad de los peritos.

No creo que sea un ingenuo al afirmar —mis años en el foro me permiten hacerlo así— que esa pericia condicionada, aunque exista, es bastante minoritaria y que las opiniones sobre la adaptación del comportamiento de un determinado facultativo a la *Lex Artis ad Hoc* suele hacerse con el máximo rigor. No se debe olvidar, por otra parte, que la Medicina protocolizada suele facilitar una valoración más objetiva de las actuaciones profesionales. Con todo, admito que siempre podrá quedar un margen para la duda. Reflexionando muchas veces sobre esta cuestión he pensado que las pericias sobre responsabilidad profesional deberían tener un carácter colegiado y que no sean uno o dos peritos por cada una de las partes los encargados de asesorar a los jueces y magistrados. Algunas viejas experiencias personales en el entonces llamado Instituto de Medicina Legal de Lisboa, otras más recientes en la Real Academia de Medicina y Cirugía de Galicia, y sobre todo las modalidades de resolución de esta clase de conflictos que se han puesto en práctica en numerosos países europeos, me refuerzan en esta opinión. Todavía los procedimientos de arbitraje, en el seno de los Colegios profesionales u otros organismos, no se utilizan en España, a diferencia de lo que es ya habitual en otros países europeos¹⁶.

¹⁶ Tal es el caso en Francia, Alemania y en todos los países escandinavos. Estos acuerdos extrajudiciales no excluyen el recurso a la vía judicial. B. S. Bal. Ob. cit.

La otra gran cuestión del Derecho médico tradicional es el secreto médico. En ella, como en otras que consideraremos más adelante, la impronta ética es ya más manifiesta. De hecho, la primera referencia a esta cuestión la encontramos en el Juramento hipocrático: *Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba transcender, lo callaré teniéndolo por secreto*¹⁷. Con todo, no quiero dejar de resaltar el trasfondo ético que posee también toda la problemática de la responsabilidad que hemos analizado hasta ahora, pues el no causar daño a los demás es una elemental exigencia ética. *Primum non nocere*, dice una tradicional aforismo médico. No en vano los juristas romanos la incluyeron entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y dar a cada uno lo suyo¹⁸. No obstante, el amplio tratamiento doctrinal de esta cuestión, así como la abrumadora jurisprudencia sobre la misma, han difuminado esa raíz ética que se hace más ostensible en lo que concierne al secreto médico.

Esta necesidad de reserva y confidencialidad de la información, a la que el médico tiene acceso durante la relación profesional con el paciente, se configuró inicialmente como un deber del facultativo que se traslada a todos los códigos deontológicos que han mantenido en este plano normativo una estricta fidelidad al mandato hipocrático de la confidencialidad; pero a partir de los siglos XVIII y

¹⁷ Tratados Hipocráticos I. Biblioteca Clásica Gredos. Introducciones, traducciones y notas por C. García Gual, M^a. D. Lara Nava, J.A. López Pérez, B. Cabellos Álvarez. Madrid, 1983. p. 78.

¹⁸ R. de Ángel Yagüez. La Responsabilidad Civil. Universidad de Deusto. Bilbao, segunda edición, 1989, p. 21.

XIX comienza a considerarse también como un derecho subjetivo de los pacientes. La trascendencia de este deber de sigilo y del derecho a la intimidad ha tenido necesidad, sin embargo, para su definitiva consolidación de una regulación jurídica.

La Constitución de 1978 incluye de un modo tácito en su artículo 18.3 la defensa del secreto y por tanto del secreto profesional¹⁹. Con anterioridad a su promulgación existían referencias a la protección de la intimidad y de la confidencialidad en algunas normas sanitarias en las que se insistía en la obligación de preservarlas, pero es después de la referencia constitucional cuando podemos encontrar un gran número de normas que se refieren de un modo explícito a estas cuestiones. Por todas, bástenos citar la Ley General de Sanidad, que reconoce el derecho de todas las personas a que se respete su intimidad y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su enfermedad e incluso de su estancia en el centro asistencial²⁰. Otras leyes posteriores han refrendado estos derechos de los pacientes²¹

Para garantizar todavía de un modo más efectivo la preservación de la intimidad de los pacientes y evitar el quebrantamiento del deber de sigilo de los médicos, conviene recordar que el mismo puede ser considerado como un delito²². Por otra parte, para las

¹⁹ E. López Díaz. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina. Dykinson. Madrid, 1996, p. 216.

²⁰ Ley 14/1986, General de Sanidad, artículo 10, apartados 1 y 3.

²¹ Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y documentación Clínica.

²² Artículos 199.2 y 417.2 del Código Penal.

conductas que supongan una agresión a la intimidad menos grave, de carácter no delictual, los afectados se encuentran protegidos por la legislación civil²³.

La introducción de los procedimientos informáticos en la asistencia y gestión sanitarias ha supuesto, sin duda, un nuevo reto para el principio de confidencialidad, lo que ha obligado a considerar también estos nuevos soportes de la información, de acuerdo con el mandato constitucional²⁴, en la legislación de protección de datos de carácter personal²⁵.

Hay que señalar, sin embargo, que el secreto profesional sanitario no tiene un valor absoluto y pueden plantearse conflictos con bienes jurídicos que obliguen a no respetarlo. Así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁶ no sólo exonera a los médicos del deber de confidencialidad sino que les obliga a comunicar a las autoridades judiciales aquellos hechos que hayan conocido en su actividad profesional y que puedan ser constitutivos de infracción penal. Sin embargo, esta disposición, que a mi juicio es razonable, ha sido puesta en tela de juicio no hace mucho tiempo por algunos penalistas y jueces a tenor de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la

²³ Ley Orgánica 1/82, sobre Protección Civil de Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen.

²⁴ Artículo 18.4 de la Constitución española: *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

²⁵ Ley Orgánica 15/1999.

²⁶ Artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Constitución²⁷. En el parte médico que se emite en tales circunstancias se puede obviar perfectamente la referencia a datos sensibles para la intimidad personal de la presunta víctima sin que por ello se perjudique la función de denuncia inherente al mismo. Muy probablemente, sin embargo, aquéllos podrían conocerse en el curso de las diligencias penales. La decisión del Juez de instrucción de declarar el secreto de las diligencias sumariales mantendría reservada esa información, aunque la preservación de la misma no es, generalmente, la finalidad pretendida al declarar el carácter secreto de las actuaciones judiciales.

La conveniencia de revelar cierta información confidencial por parte del médico puede presentarse en situaciones menos reguladas jurídicamente y, sobre todo, en relación con las enfermedades infecto-contagiosas. El carácter de enfermedad de declaración obligatoria exime al facultativo del deber de sigilo, pero en otras muchas ocasiones éste se enfrenta a un conflicto de valores —derecho del paciente versus derecho de un tercero, no rara vez el otro miembro de una pareja— que pondrán a prueba las habilidades de comunicación, naturales o adquiridas, del médico.

En relación también con la confidencialidad, la moderna investigación criminal ha traído a un primer plano una cuestión que viene debatiéndose desde que la determinación de los polimorfismos de ADN se ha hecho una práctica habitual y efectiva en los laboratorios médico-legales y policiales: la creación y regulación de bases de datos con los perfiles de ADN de las personas culpables de un delito.

²⁷ C. Sánchez Carazo. *La Intimidad y el Secreto Médico*. Díaz de Santos. Madrid, 2000, p. 99.

Se trata de una cuestión extremadamente delicada pues se registra y archiva una información que tiene un extraordinario impacto, tal vez como ninguna otra, en la intimidad de las personas. No obstante, el hecho de que se registren tan sólo marcadores correspondientes al ADN no codificante, que posee tan sólo valor identificativo pero que no revela la propensión a padecer determinadas enfermedades, reduce un poco la trascendencia del registro de estos datos de nuestra intimidad molecular.

La carencia de una normativa específica al respecto, cuando de hecho ya existían numerosos datos de esta naturaleza en los laboratorios de genética forense españoles, creaba una gran inseguridad jurídica, que en parte se palió con la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁸, pero que exigía una norma *ad hoc*, con rango de ley, que regulase esta delicada cuestión y que se ha promulgado recientemente²⁹. Por otra parte, la conveniencia de la creación de bases de datos de ADN que permitan intercambiar la información entre los estados miembros de la Unión Europea, ya había sido reiteradamente expuesta desde las instituciones comunitarias.

No son menores las exigencias de confidencialidad en el ámbito clínico con respecto a los procesos analíticos y tratamiento de

²⁸ La Ley Orgánica 15/2003, reformó a estos efectos los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁹ Ley Orgánica 10/2007, Reguladora de la Base de Datos Policial sobre Identificadores obtenidos a partir del ADN. En la Ley se especifican las personas o cadáveres de los que puede ser obtenidas las muestras para el análisis del ADN y la dependencia de la Base de datos del Ministerio del Interior (Secretaría de Estado de Seguridad).

datos sobre el ADN codificante, es decir, del ADN que nos puede dar información acerca de la propensión de un paciente a sufrir determinadas enfermedades. En estas situaciones el respecto al principio de la confidencialidad debe ser máximo y el rigor en el archivo de esa información extremadamente riguroso. Aun cuando no hay una regulación específica similar a la existente para el ADN no codificante, utilizado, como hemos citado, con finalidad estrictamente identificativa, es aplicable la normativa que protege a los datos de salud en general³⁰.

El manejo de la información médica tiene en la actualidad otra importante dimensión que ha modificado extraordinariamente la relación médico-paciente. Hasta la mitad del siglo pasado esta relación se caracterizaba por lo que se denomina el paternalismo médico. Como consecuencia de esa actitud, los médicos en su práctica profesional, pero también otro personal sanitario, se atribuían la exclusiva competencia en la toma de decisiones sobre procedimientos diagnósticos o terapéuticos a los que fuera necesario someter al paciente. Éste, en cierta medida, era tratado como un menor de edad o un presunto incapaz que debía aceptar pasivamente las decisiones médicas que lo afectaban. Esta situación, de verdadera dependencia psicológica de los pacientes, comienza a cambiar en los Estados

³⁰ Art. 10.3 de Ley 14/1986, General de Sanidad y art. 7.1 de la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y documentación Clínica. Es importante también la Recomendación R (97) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se afirma: *la expresión datos médicos hace referencia a todos los datos de carácter personal relativos a la salud de una persona. Afecta igualmente a los datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como a las informaciones genéticas.*

Unidos de Norteamérica a partir del final de la II Guerra mundial y alcanza su apogeo en las dos décadas posteriores.

Aunque el cambio es consecuencia sobre todo de la reflexión ética, que introduce el principio de autonomía en la relación clínica, no menor significación tuvieron, en los Estados Unidos de Norteamérica, para su incorporación, una serie de decisiones judiciales que configuraron el consentimiento informado como un derecho fundamental³¹, esto es, la obligación legal, además de un imperativo ético, de obtener de los pacientes, previa y adecuadamente informados, su aquiescencia antes de ser sometidos a cualquier clase de intervención médica. Una de las sentencias judiciales más famosas fue la emitida por el juez de Nueva York Benjamin Cardozo en el caso en el que un cirujano había extirpado un tumor abdominal en el curso de una intervención exploradora y sin que previamente hubiese advertido al paciente de la eventualidad de que el acto quirúrgico pudiese requerir la extirpación del tumor. La sentencia del juez Cardozo incluyó una frase que lo haría famoso y que ha sido citada reiteradamente: *Todo ser humano, de edad adulta y juicio sano, tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión (assault) por la que se le pueden reclamar legalmente daños*³².

³¹ Para A. Rovira, el consentimiento informado no es un derecho fundamental sino un procedimiento especial para la realización del principio de autonomía. Citado por M. Alonso, *Autonomía personal y Decisiones médicas*. Thomson Reuters. Navarra, 2010, p. 103.

³² P. Simón Lorda, L. Concheiro Carro. *El consentimiento informado: De la historia de las decisiones judiciales a la fundamentación ética*. Jano, 1995; XLVIII, 1117: 41-54.

Es importante señalar que este cambio de actitud con respecto a los pacientes tuvo también su origen en el campo de la investigación médica. Los inaceptables experimentos con seres humanos realizados por los médicos de la Alemania nazi, juzgados en el proceso de Nuremberg, y que dieron lugar a la Declaración del mismo nombre, y otros hechos igualmente reprobables, aunque menos divulgados, como fueron los experimentos de Tuskegee, en el estado norteamericano de Alabama, en pacientes de raza negra afectados por la sífilis y a quienes se dejó sin tratamiento para conocer la evolución natural de esta enfermedad³³, contribuyeron decisivamente a la consolidación de la teoría del consentimiento informado.

Como es lógico, el consentimiento no será factible si antes el facultativo no suministra al paciente la información, cuantitativa y cualitativamente adecuada, para que elabore una decisión razonable. El paciente debe ser también competente para otorgar un consentimiento válido. La competencia podría definirse como la capacidad para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su escala de valores. Las cuestiones del consentimiento y de la competencia o capacidad (capacidad de obrar) también poseen profundas raíces jurídicas tanto en el Derecho Civil como en el Penal.

³³ En 1932, cuando empezó el estudio, los tratamientos de la sífilis eran tóxicos, peligrosos y de efectividad cuestionable; pero, a partir 1947, la enfermedad ya podía ser tratada eficazmente con penicilina, cuyo descubrimiento y producción industrial se habían verificado en los años precedentes.

Una cuestión muy delicada en relación a esta cuestión es el denominado consentimiento por representación, cuando el paciente se encuentra inconsciente, es incompetente o menor de edad. En algunos casos las instrucciones previas pueden facilitar la toma de decisiones, pero no rara vez la falta de éstas en enfermos terminales o en situaciones clínicas irreversibles, recuérdese el caso reciente de la joven italiana Eluana Englaro, nos hacen tomar conciencia de los graves problemas que pueden surgir ante la decisión de suspender la asistencia médica a esos pacientes y de un modo particular la retirada de la alimentación e hidratación artificiales.

Todo sistema de principios y normas éticas se acompaña siempre de una serie de excepciones. Así ocurre también con el consentimiento informado. Algunas situaciones no plantean mayores problemas, tal es el caso de las actuaciones médicas en situaciones de urgencia o de riesgo para la salud pública. Otras, por el contrario, son muy polémicas y el acuerdo con respecto a su admisión no es unánime.

En este grupo se incluye el llamado privilegio o excepción terapéutica, por medio el cual el médico puede considerar contraproducente suministrar cierta información a un paciente pues pudiera suponer un riesgo para su integridad psicológica. Esta excepción no es recogida en la legislación española³⁴ y, por otra parte, los

³⁴ La única excepción es la Ley 3/2001, Reguladora del Consentimiento informado y de la Historia clínica de los pacientes, de la Comunidad Autónoma de Galicia, que en su art. 7 establece que: *El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entiende por tal la facultad del médico para actuar*

estudios que se han realizado, en cuanto al nivel de ansiedad, de los pacientes a los que se les ha suministrado una amplia y detallada información sobre su situación clínica y el manejo de la misma, no han evidenciado resultados concluyentes.

Otro supuesto de excepción al consentimiento informado, todavía más polémico, es el relativo a la alimentación forzada en situaciones de huelga de hambre. La Ley General Penitenciaria establece que la Administración velará por la vida, integridad y salud de los internos³⁵. Con motivo de la huelga de hambre seguida por reclusos pertenecientes al GRAPO, el Tribunal Constitucional³⁶ denegó el recurso de amparo y consideró constitucional la asistencia médica por medios coercitivos, es decir, sin obtener el previo consentimiento. Sin embargo, no hubo una postura unánime por parte de los miembros de este Tribunal.

En dos situaciones de gran importancia médica los legisladores han optado por la presunción del consentimiento. Tal ocurre en la Ley de Trasplantes de Órganos y en la de Autopsias Clínicas³⁷. En ambas leyes se valora la no oposición del fallecido en vida para autorizar la

profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación puede perjudicar su salud de modo grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, con arreglo a lo establecido en el apartado 1.a del artículo 6 de la presente Ley.

³⁵ Artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria.

³⁶ Sentencias 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio.

³⁷ Ley 30/1979, de Extracción y Trasplante Órganos; Ley 28/1980, de Autopsias Clínicas.

extracción de los órganos o la práctica de la autopsia³⁸, pero existe una diferencia importante entre ambas normas. Mientras que la opinión de la familia no se tiene en consideración con respecto a la extracción de órganos de cadáveres para trasplante, por el contrario debe valorarse en relación con las autopsias clínicas. No obstante, el mandato que la Ley de Extracción y Trasplante de Órganos, que contiene tan sólo la no oposición del donante en vida, sin tener en cuenta la opinión de sus deudos, nunca se ha utilizado en la práctica. Ha prevalecido siempre el uso arraigado, en el ejercicio de la Medicina y en la conciencia social, de buscar y obtener, en todo caso, la aquiescencia de la familia. Los espectaculares resultados en España, en cuanto al número de donaciones de órganos, avalan la utilización de la tradición médica del diálogo sobre la fría aplicación de la Ley. Se podría recordar a este respecto la máxima jurídica de *Summum ius summa iniuria* (máximo derecho, máxima injusticia).

La obligación de recabar el consentimiento informado se encuentra hoy ampliamente regulada en la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica³⁹, que recoge las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁰ y del Convenio de Oviedo⁴¹ relativo a los Derechos Humanos y a la

³⁸ En el caso de que el donante sea una persona viva se requiere que otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente.

³⁹ Ley 41/2002. Esta Ley derogó una serie de preceptos que sobre esta materia contenía la Ley General de Sanidad.

⁴⁰ Por acuerdo del Parlamento, Consejo y Comisión europeas. Niza, 2000.

⁴¹ El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina,

Biomedicina y en las leyes que regulan la investigación biomédica y los ensayos clínicos⁴²

Un aspecto formal interesante en relación con el consentimiento informado es el relativo a la forma de emisión del mismo. Antes de la Ley Básica 41/ 2002, el consentimiento se requería por escrito en todo caso. Actualmente, el consentimiento, con carácter general, es verbal. Lo deseable es que este consentimiento verbal se apoye en una relación médico-paciente continuada —idealmente a cargo de un solo médico— a lo largo de la cual el facultativo vaya informando convenientemente al paciente de todos las incidencias del proceso y obtenga su consentimiento. No obstante, en algunas situaciones que la propia Ley de bases contempla⁴³ es necesario el consentimiento por escrito, el cual, por otra parte, puede resultar decisivo ante una denuncia o demanda por mala práctica profesional.

En el curso de la segunda mitad del pasado siglo han surgido en el campo médico-biológico una serie de problemas de extraordinaria importancia como consecuencia del progreso científico-técnico.

conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o “Convenio de Oviedo”, es un tratado impulsado por el Consejo de Europa. Fue firmado en abril de 1997.

⁴² En España todo lo concerniente al consentimiento en relación con la investigación está regulado en la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Título III, de las garantías de la investigación de los medicamentos de uso humano) y en la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica.

⁴³ Intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que supongan riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En torno a muchos de ellos, las respuestas éticas y jurídicas que se han ido elaborando, en bastantes casos plasmadas en normas de Derecho positivo, son todavía objeto de controversia. En ese tiempo, los avances médico-biológicos han ido apareciendo progresivamente en escena inquietando a sus descubridores y desencadenando un intenso y muy complejo debate ético, cuando todavía una Ética civil, no incardinada en principios religiosos, trataba de abrirse camino en el mundo occidental. Con el fin de reforzar ciertos consensos alcanzados en la reflexión ética, se recurrió simultánea o consecutivamente al debate jurídico en relación con los Derechos fundamentales implicados. Ya nadie podía ser ajeno a la tormenta que comenzaba a desencadenarse. Los términos de bioética, bioderecho⁴⁴ y biomedicina comenzaron a formar parte del vocabulario usual de los médicos, filósofos y juristas y a ser utilizados por los medios de comunicación.

En el futuro, ningún alumno de las facultades de Medicina y Derecho podrá dejar de incluir entre sus conocimientos los relativos a estas cuestiones, no solo como universitarios que tendrán que enfrentarse profesionalmente a esas cuestiones, sino también como simples ciudadanos bien informados.

Los médicos tendrán que seguir siendo, por supuesto, buenos técnicos pero tampoco dejarse seducir por el paradigma científico-tecnológico, reprensando muchas cuestiones también desde una

⁴⁴ La utilización del término bioderecho daría lugar a la necesidad de incluir entre los temas de estudio cuestiones de tanta trascendencia jurídica como la aplicación del Derecho de patentes a los resultados de las investigaciones de la genética molecular, lo cual desvirtúa, en mi opinión, el concepto de Derecho médico.

vertiente humanista y jurídica. Por su parte, los profesionales del Derecho tendrán que fundamentar algunos de sus conocimientos jurídicos en consideraciones éticas y en conocimientos médico-biológicos, aunque no muy profundos sí lo suficiente, para poder captar en su plenitud la transcendencia de estos nuevos desafíos.

Hasta ahora la reflexión ética ha acaparado en gran medida el análisis de estos problemas, pero cada vez es más evidente, como dice Atienza, la *juridificación de la Bioética* y agrega: *el Derecho es —o debe ser— una prolongación de la moral, un mecanismo para positivizar la ética*⁴⁵. La jurista francesa Hennette-Vaucher habla de la *porosidad de las fronteras* ente la bioética y el Bioderecho⁴⁶. El sesgo procedimental, cuasi judicial, de los clásicos Comités deontológicos y de los más recientes y variados comités de ética, ilustra muy claramente sobre esta deriva jurídica de todos los juicios deontológicos y de bastantes debates éticos. Ya hemos visto, por otra parte, a propósito del consentimiento informado, como algunas decisiones judiciales han sido de hecho el elemento desencadenante de la reflexión moral.

Estas cuestiones de tanta actualidad hoy en la bioética y el Derecho médico comienzan a plantearse, como ya he señalado, en la segunda mitad del siglo pasado. Y lo hacen, en primer término, como consecuencia de una realidad dramática que comienza a apa-

⁴⁵ M. Atienza. *Juridificar la Bioética. Una propuesta metodológica*, en Ascensión Cambrón (Coord.). *Entre el nacer y el morir*. Comares. Granada, 1998, p. 46.

⁴⁶ S. Hennette-Vaucher. *Le Droit de la bioéthique*. La Découverte. Paris, 2009, p. 5.

recer en los hospitales a consecuencia de los avances que tienen lugar en la Medicina de Reanimación. A partir de la década de los cincuenta es una realidad inquietante la existencia en los hospitales de unos pacientes en coma profundo e incapaces de mantener la respiración autónomamente y con una función cardiovascular con tendencia al colapso. Los pacientes se mantenían vivos merced a la respiración asistida mecánica y al soporte farmacológico de la función cardiovascular. Esta situación clínica fue designada, por los neurólogos franceses Mollaret y Goulon⁴⁷, con el término de *Coma dépassé* (coma sobrepasado) y ellos mismos se interrogaban sobre la actitud a adoptar ante tales pacientes. Eran una pesada carga para los médicos, los hospitales y, especialmente, para las familias. Mantener la asistencia médica era un acto sin sentido; la suerte estaba echada y sólo cabía esperar que el cese del latido cardíaco terminase con aquella trágica situación. La muerte fue, para los griegos, la pérdida del *espíritu vital*, que situaban en el corazón, y recogiendo esa idea, los médicos y los juristas establecimos la frontera entre la vida y la muerte en el cese irreversible de la función cardíaca⁴⁸. Apenas un siglo antes, sin embargo, las cosas nos estaban tan claras y Edgar Allan Poe nos recuerda, poéticamente, en unos de sus extraordinarios cuentos: *Los límites que separan la vida de la muerte son, en el*

⁴⁷ P. Mollaret, M. Goulon. Le coma dépassé. *Revue Neurologique*, 1959, 101 (1): 5-15.

⁴⁸ La Orden del Ministerio de la Gobernación de 30 de abril de 1951, que desarrollaba la Ley de la Jefatura del Estado de 18 de diciembre de 1950, la cual regulaba la obtención de piezas anatómicas procedentes de cadáveres para injertos, definía la muerte, especialmente, por la detención de las funciones circulatorias.

*mejor de los casos, sombríos y vagos, ¿Quién dirá donde acaba una y empieza la otra?*⁴⁹.

El desarrollo espectacular de la cirugía del trasplante de órganos dio sentido a la aparente paradoja de tratar médicamente a un cadáver, pero antes hubo necesidad de redefinir la muerte en términos de la anulación irreversible de las funciones encefálicas por una lesión extensa e irreversible de ese órgano, que se considera desde entonces como el criterio determinante de la muerte personal que no biológica. Este nuevo concepto ha tenido una aceptación casi unánime en todos los ordenamientos jurídicos del mundo⁵⁰. La introducción del mismo ha sido quizá la aportación más importante de la legislación sobre trasplantes de órganos, junto con el principio de la gratuidad de la donación que pretende sustraer esta actividad curativa al tráfico ilícito de órganos que lamentablemente se produce en otros países⁵¹. Ya nos hemos ocupado del tercer pilar de la legislación sobre trasplantes que es el problema del consentimiento y del particular sesgo extrajurídico que se le ha dado entre nosotros en las donaciones procedentes de cadáveres.

⁴⁹ El entierro prematuro.

⁵⁰ Ley 30/1979, sobre Extracción y Trasplante de Órganos y Real Decreto 2070/1999, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. En la Ley se cita la muerte cerebral como definidora de la muerte en su concepción médica y jurídica, lo cual es erróneo. El término correcto es el de muerte encefálica que utiliza el Real Decreto.

⁵¹ Para evitar “donaciones forzadas” y reprimir el tráfico ilegal de órganos, se ha introducido recientemente, por la Ley Orgánica 5/2010, el art. 156 bis en el Código Penal español.

Los progresos médicos en el ámbito de la reanimación nos han dejado sobre la mesa, sin embargo, un gravísimo problema cuya solución va a requerir amplios y serenos debates, éticos y jurídicos. De momento, aquí y allá, las decisiones judiciales, que suelen agotar todas las posibilidades de recurso, van allanándonos el terreno a los médicos. Se trata de la situación clínica en la que la anulación funcional de las estructuras neurológicas afecta solamente a una parte del encéfalo —no a su totalidad como en la muerte encefálica—, aquélla que sirve de base a las actividades cognitivas de la persona mientras se mantienen de un modo espontáneo las relacionadas con la vida vegetativa. Por eso a esta entidad clínica se la designa como estado vegetativo permanente⁵². Esta era la situación clínica de Eluana Englaro, y de otros muchos pacientes en todo el mundo⁵³, a la que ya me he referido. La decisión sobre la supresión de las medidas asistenciales que mantenían su vida vegetativa ha levantado una gran polémica en Italia⁵⁴. Es importante subrayar que la problemática del estado vegetativo permanente nada tiene que ver con la muerte encefálica. Esta es una situación plenamente aceptada médica, ética y jurídicamente. No así el estado vegetativo permanente en el que las implicaciones éticas y jurídicas están lejos de haber sido resueltas. El problema, desde la perspectiva médica, se ha complicado

⁵² B. Jennet. *The Vegetative State. Medical Facts, Ethical and Legal Dilemmas*. Cambridge University Press. Cambridge, 2000.

⁵³ El Ex-primer ministro israelí, Ariel Sharon, se encuentra todavía en esta situación.

⁵⁴ M. Lucheti. *Eluana Englaro, chronicle of a death foretold: ethical considerations on the recent right to die case in Italy*. *J. Med. Ethics*, 2010; 36 (6): 333-335.

enormemente desde que investigaciones por medio de la resonancia magnética funcional han podido demostrar la persistencia de actividades cognitivas en pacientes que cumplían los criterios clínicos del estado vegetativo permanente⁵⁵. Estos nuevos hallazgos obligan, en consecuencia, a extremar la cautela, especialmente si se pretende plasmar las decisiones sobre el estado vegetativo permanente en una norma de derecho positivo. El debate sobre la eutanasia se haría todavía más complejo.

Si la conmoción es grande en torno a los problemas que se plantean en la última frontera de nuestras vidas, aquélla no es menor en las cuestiones que afectan al principio de la existencia de los seres humanos.

El comienzo de la vida se ha visto también convulsionado por nuevas tecnologías, que han abocado a numerosos conflictos con los valores tradicionales. La inseminación artificial ha planteado cuestiones sobre la naturaleza de los donantes de óvulos o semen, la titularidad de la paternidad, el mantenimiento de la intimidad e incluso la del derecho a la compensación de los donantes. A estos se añadieron nuevos problemas tras el nacimiento, en 1978, del primer bebé-probeta mediante fertilización *in vitro*. Cuestiones tan diversas como qué hacer con los óvulos fecundados y no implantados o la obligación del sistema sanitario público de proveer el acceso a unas técnicas costosas para satisfacer el deseo de una pareja a tener descendencia, han sido fuente de polémica que ha traspasado los límites de lo estrictamente científico para adentrarse en el ámbito

⁵⁵ A.M. Owen, M.R.Coleman. Functional MRI in disorders of consciousness: advantages and limitations. *Curr. Op. Neurol.*, 2007;20(6):632-637.

ético-jurídico. Las cuestiones citadas no son sino un escueto inventario de la infinidad de problemas ligados a estas nuevas técnicas reproductivas.

En cuanto a la regulación legal de estos procedimientos y por lo que a España se refiere, la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 fue una de las primeras en todo el mundo en regular esta materia y lo hizo, en general, de un modo permisivo. En consonancia con ello, es también limitada la intervención del Derecho Penal en este ámbito. El Código Penal español vigente, de 1995, castiga la manipulación genética en sentido estricto (art.159), la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana (art. 160.2) y la clonación reproductiva (art.160.3), pero no incrimina otros supuestos muy debatidos, como son los de la clonación terapéutica o la investigación con células troncales obtenidas de embriones *in vitro* “sobrantes” de técnicas de reproducción asistida⁵⁶.

La Ley de 1988, y las que con posterioridad la modificaron, han sido derogadas por la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que define como sus objetivos regular la aplicación de estas técnicas, la aplicación de las mismas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético y la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

Admito que las nuevas técnicas reproductivas colman los deseos de muchas parejas de tener descendencia e incluso que puedan contribuir a la estabilización emocional de una persona o

⁵⁶ E. Peñaranda Ramos. Los nuevos desafíos de la reproducción asistida. Humanitas. Tema del mes on-line, nº 3, mayo 2006.

pareja, pero no puedo substraerme a la idea que nos movemos en una cierta banalidad reproductiva. En el plano literario, la idea según la cual la *autopoiésis* —o auto-frabricación— del hombre es un procedimiento superior a la procreación natural ya había sido profetizada por Goethe y por Aldous Huxley. Éste en *Un mundo feliz*, y aquél en la Segunda parte de *Fausto*. En esta última, Fausto es transportado por Mefistófeles a su laboratorio donde se encuentra el antiguo alquimista Wagner; y Fausto es testigo del siguiente diálogo entre ambos:

Wagner: Se está formando un ser humano.

Mefistófeles: ¿Un ser humano? ¿Y que pareja de enamorados ha encerrado usted en la chimenea?

Wagner: ¡Por Dios! La procreación, tal como se usaba hasta ahora, la declaramos vana simpleza.⁵⁷

El problema de la interrupción voluntaria del embarazo, la procreación como libertad negativa según acertada expresión de la jurista francesa Hennette-Vauchez⁵⁸, aun siendo un debate ético y jurídico muy antiguo, se ha agudizado en los últimos tiempos y no sólo en España. La discusión alinea a partidarios y detractores en posiciones radicales a veces, moderadas otras, en muchos casos ancladas en posiciones ideológicas de uno u otro signo, que difícilmente pueden ser exigidas con carácter universal, de acuerdo con el principio de libertad de conciencia. Yo he vivido como perito médico la época de la criminalización absoluta del aborto y cuando

⁵⁷ Cit. por R. Andorno. *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos. Madrid, 1998, p. 113.

⁵⁸ Ob. cit. p. 49.

las prácticas abortivas tenían lugar en la más absoluta clandestinidad y realizadas por personas con nulos conocimientos médicos. Las catástrofes, médicas y humanas, que he visto todavía no se han borrado de mi memoria. Al menos entre nosotros son tiempos felizmente superados, pero el motivo subyacente a estas situaciones sigue sin resolverse: preservar o no una vida humana. Los debates sobre los aspectos biológicos, éticos y jurídicos sobre esta cuestión son interminables: ¿Cuándo comienza la vida humana?, ¿Es el aborto un derecho que asiste a la mujer?, ¿Es razonable interrumpir la gestación en determinadas circunstancias?, ¿Se concibe acaso como un drástico método anticonceptivo?, ¿Está garantizada la competencia de una adolescente para dar un consentimiento válido para su práctica? ¿Quién asumirá la responsabilidad por una infrecuente, pero sin embargo posible, complicación grave a consecuencia de la intervención abortiva en los casos de menores de edad que no hayan comunicado su decisión a los padres o tutores? ¿Cómo se llevará a cabo la objeción de conciencia? Demasiados interrogantes que deberían haber sido respondidos, o al menos serenamente analizados, antes de promulgar una norma de tanta trascendencia ética, jurídica y social.

La despenalización de las conductas abortivas bajo ciertos supuestos⁵⁹, siempre que se apliquen con rigor técnico y ético, supuso, en mi opinión, respetando escrupulosamente las posiciones contrarias de carácter confesional, un punto de acuerdo en este

⁵⁹ Estos supuestos fueron introducidos por la Ley Orgánica 9/1985, en el art. 417 bis del anterior Código Penal. La Ley Orgánica 10/1995, del actual Código Penal, la declara expresamente vigente en la disposición derogatoria 1, a).

grave problema que puede ser aceptado por un amplio sector de la sociedad. Una legislación más permisiva⁶⁰ no creo que represente ningún progreso en esta importante cuestión. No está de más recordar en este momento la máxima jurídica: *Auctoritas, non veritas, facit legem* (La ley la hace el poder, no la verdad).

Al principio de este discurso ya he señalado que la interacción entre la Medicina y el Derecho es recíproca. Hasta ahora he tratado de poner de manifiesto la influencia de los principios y normas jurídicos, y en buena medida también éticos, en el campo de la Medicina, cuya complejidad y trascendencia confío en haber dejado patentes. A partir de este momento, trataré de la proyección de la Medicina en el Derecho, la cual posee una orientación más práctica que doctrinal y se va a producir en el ámbito de la Jurisdicción, uno de los tres grandes poderes del Estado, encargada de tutelar y realizar el derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto.

El ejercicio de la función jurisdiccional obliga a sus órganos, en numerosas ocasiones, a solicitar el asesoramiento, en diferentes momentos procesales, de personal técnico ajeno al mundo del Derecho⁶¹. Por razones evidentes, la Medicina desde hace varios siglos,

⁶⁰ Ley Orgánica 2/2010 y Real Decreto 825/ 2010, sobre Salud sexual y reproductiva e Interrupción voluntaria del embarazo.

⁶¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 456: *El Juez acordará el informe pericial cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el Sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos a artísticos*; Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 335.1: *Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar*

ha sido requerida para esa función asesora, hasta tal punto que dentro sus especializaciones fue definiéndose una materia a la que se denominó Medicina legal, aunque esta denominación no haya sido hasta ahora de uso general. En los países en los que ha predominado la influencia del Derecho romano —Europa continental e Iberoamérica— se ha utilizado esa denominación de un modo preferente. Por el contrario, los países adscritos al sistema del *Common Law* —el mundo anglosajón y sus zonas de influencia— han preferido la denominación de Medicina forense.

Sin embargo, la confusión terminológica en esta cuestión sigue siendo importante, no obstante haber abandonado los anglosajones el confuso término, especialmente para nosotros, de Medical Jurisprudence⁶². La nueva designación de Medicina legal y forense, a la que ya me he referido y cuya probable patogenia también he avanzado, es en mi opinión absolutamente desacertada⁶³.

Si quieren más pruebas de la confusión terminológica que afecta a la disciplina médico-legal, reparen también en la serie de denominaciones que le han otorgado a esta materia los legisladores educativos: primero, Medicina legal y Toxicología (denominación

al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar , en los casos previstos en esta Ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

⁶² Esta confusión conceptual y terminológica es puesta de manifiesto por W. J. Curran en *The Confusion of Titles in the Medicolegal Field: an Historical Analysis and Proposal for Reform*. *Med. Sci. Law*, 1975; 15(4): 270-275.

⁶³ Esta doble y, en mi opinión, reiterativa denominación ha comenzado a ser utilizada, también, en algunas revistas y textos anglosajones.

vigente cuando hice las oposiciones a Cátedra), luego Toxicología y Legislación sanitaria y ahora, como ya he dicho, Medicina legal y forense. Es indudable, como he escrito en otro lugar⁶⁴, que la Medicina legal padece una grave crisis de identidad.

Nunca deberíamos olvidar las palabras de Eduard von Hofmann, profesor de la disciplina en Viena⁶⁵ y para mí tal vez el más preclaro médico-legista de todos los tiempos: *Por Medicina legal se entiende aquella rama de las Ciencias médicas que se ocupa en dilucidar las cuestiones judiciales que pueden resolverse solamente a la luz de los conocimientos médicos*⁶⁶.

Hubo un tiempo en que se propugnó la idea de expandir la función asesora de la Medicina Legal al Poder legislativo sobre cuestiones médico-biológicas. En la actualidad nadie puede defender tal pretensión. Dependiendo del tipo de norma que esté en elaboración, lo razonable es convocar a las personas competentes en la materia sobre la que se trata de legislar, en una comisión frecuentemente multidisciplinar, y que, en general, no pertenecen al ámbito de la Medicina legal, salvo en cuestiones muy concretas con respecto a las cuales la aportación de los que se ocupan de esta disciplina

⁶⁴ L. Concheiro. Los pecados capitales de la Medicina Legal española. Ciencia Forense. En prensa.

⁶⁵ Eduard von Hofmann fue profesor de Medicina legal en la época de máximo esplendor de la Escuela médica vienesa, la célebre *Neue Wiener Schule*, cuyo claustro profesoral era, por entonces, realmente impresionante.

⁶⁶ E. von Hofmann. Tratado de Medicina Legal. Traducción española de la quinta edición alemana por el Dr. Ulecia. Biblioteca de la Revista de Medicina y Cirugía Práctica, sin fecha, p. 1.

pueda ser importante⁶⁷. Además, lamentablemente, no es ni mucho menos infrecuente que los asesores se elijan antes por afinidades políticas e ideológicas que por su competencia científica y probidad intelectual. Un magnífico ejemplo, entre nosotros, del correcto *modus operandi* en el asesoramiento legislativo, ha sido la intervención de la Sociedad Española de Neurología en la definición y criterios de la muerte encefálica.

Aun cuando se pueden encontrar fácilmente en los ordenamientos jurídicos más antiguos cuestiones judiciales que podrían haber requerido el asesoramiento médico de jueces y tribunales, no aparece recogido en ninguno de ellos la obligación, ni tan siquiera la conveniencia, de tal asesoramiento técnico, de lo que hoy designamos como peritaje o pericia médica, y que en la actualidad es obligatorio en todas las leyes procesales del mundo.

Sin duda, la reducida solvencia científica de los médicos de esas épocas pretéritas resultaba poco atractiva para los encargados de administrar justicia, que recurrían, con mucha mayor confianza, a otros procedimientos de prueba. Así, en el *Código de Hammurabi*, por ejemplo, los procedimientos de prueba que se citan, en defecto de documentos y testigos, son el juramento —única prueba en la que intervienen sacerdotes, en una administración de justicia por lo

⁶⁷ Tal ha sido el caso en relación con la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, en cuanto a la organización de los servicios médico-legales, o con respecto a Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, Reguladora de la Base de Datos Policial sobre Identificadores obtenidos a partir del ADN, por parte de miembros del Departamento de Medicina Legal de la Universidad de Santiago de Compostela.

demás laica— y la ordalía por el agua (al dios-Río se le encomendaba la resolución del problema jurídico planteado). Pero tampoco en las más evolucionadas culturas clásicas, en las que los médicos gozaron de una mayor consideración social, el recurso a su opinión técnica fue utilizado.

En Roma, en donde el Derecho, como todos conocen, tuvo un extraordinario desarrollo, cuya influencia ha llegado hasta nuestros días, en el Derecho privado no hay ninguna referencia a una posible intervención pericial médica y los principales medios de prueba fueron la declaración de testigos y la presentación de documentos. El recurso a las denominadas presunciones ilustra, por ejemplo, como se resolvía una cuestión de paternidad, en la que la condición de padre resultaba del matrimonio legítimo de la madre (*pater ist quem nuptiae demonstrant*), con la indicación complementaria de que el nacimiento del vástago debía producirse cuando los padres llevasen al menos seis meses casados o cuando naciese antes de los diez meses posteriores a la disolución del matrimonio. En la jurisdicción penal, que estaba encomendada a varios tribunales especiales, las llamadas *Quaestiones Perpetuae*, cada uno competente para un determinado tipo de delito, tampoco parece que los médicos hubieran sido convocados como asesores en ningún momento⁶⁸.

Ha pasado a la historia de la Medicina legal, como el primer caso de pericia médico-legal registrado, el reconocimiento del cadáver de Julio César, tras haber sido apuñalado, por un grupo de conjurados, en el Senado, efectuado por el médico romano Antistio

⁶⁸ A. y X. d'Ors. Derecho Privado Romano. Eunsa. Pamplona, décima edición, 2004, pp. 163, 446 y 447.

que, según Suetonio⁶⁹, enumera el número de heridas que presenta el cadáver y manifiesta que sólo una había sido mortal. No parece correcto sostener, sobre una base documental tan endeble, que el reconocimiento externo del cadáver de Julio César sea una genuina actividad médico-legal, sobre todo porque nadie con potestad judicial parece haber solicitado aquel reconocimiento. Por otra parte, esta breve cita de Suetonio es la única referencia a este médico romano que se puede encontrar en los textos literarios o médicos.

Con posterioridad a la caída del Imperio Romano de Occidente, la posible participación de los médicos en los asuntos judiciales parece indicarla la máxima jurídica, tradicionalmente atribuida a Justiniano, aunque de hecho es mucho más tardía, que define con precisión lo que debe ser la función pericial de los médicos: *Medici non sunt proprie testes, sed majus est iudicium Quam testimonium* (los médicos no son propiamente testigos, porque dictaminan pero no testimonian)⁷⁰.

⁶⁹ C. Suetonio. Vida de los Doce Césares. Traducción de M. Bassols. Volumen I (Lib. I-II). Alma Mater. Barcelona, 1964: *Entonces, al darse cuenta que era el blanco de innumerables puñales que contra él se blandían de todas partes, se cubrió la cabeza con la toga, y con la mano izquierda hizo descender sus pliegues hasta la extremidad de las piernas para caer con más dignidad, puesto que así quedaba cubierta la parte inferior de su cuerpo y en esta posición pereció acuchillado por veintitrés puñaladas, habiendo lanzado un gemido sólo al primer golpe pero sin proferir palabra alguna... A pesar de haber recibido tantas heridas ninguna de ellas era, a juicio del médico Antistio, mortal de necesidad, salvo la segunda que había recibido en el pecho.*

⁷⁰ D. W. Amundsen y G. B. Ferngren (The Forensic Role of Physicians in Roman Law. Bulletin of History of Medicine, 1979, 53,1: 39-56) refieren la imposibilidad de localizar esta máxima en el *Corpus Iuris Civilis* o en otras

A pesar de lo acertado de esta aseveración, el mundo occidental había entrado en un periodo de estancamiento del pensamiento científico y médico que va a perdurar hasta el Renacimiento. Es un milenio en el que la práctica médica se basa en la tradición y en la que la autoridad de Galeno es indiscutible.

Antes del siglo XIII los tribunales europeos utilizaban un tipo de proceso criminal que hacía difícil la persecución de los delitos, especialmente si era un delito oculto. Se trataba del sistema acusatorio, al que se acogían tanto los tribunales civiles como los eclesiásticos. El peso de la acusación recaía en el acusador particular y el juez solía mantenerse como un árbitro imparcial que simplemente regulaba el procedimiento. Sin embargo, en caso de duda, el tribunal solía apelar a Dios para que proporcionase alguna señal de la culpabilidad o inocencia de la persona acusada. La forma habitual de lograr ese objetivo era la denominada ordalía o juicio de Dios, una prueba a la que debía someterse la persona acusada para demostrar su inocencia y en consecuencia lograr su absolución. El ser humano abdicaba, en efecto, de su propia responsabilidad en la investigación de los delitos y dejaba el asunto en manos de Dios. Es muy improbable, por tanto, que se recurriese a la opinión de los médicos en los juicios por ordalía.

A comienzos del siglo XIII, los tribunales eclesiásticos y civiles de la Europa occidental abandonaron este antiguo sistema procesal

fuentes del Derecho Romano y dudan de su autenticidad. Sin embargo esta máxima no es un mito y aparece en los comentarios que Baldo degli Ubaldis (1327-1400) escribió sobre el libro IV (*Qui sont testes*) del Código de Justiniano (J.M. Díaz de Bustamante. Comunicación personal).

y adoptaron nuevos procedimientos que otorgaban una importancia mucho mayor al juicio humano en el proceso criminal. La Iglesia, enfrentada a la difusión de la herejía, fue la primera en promover este cambio, al que contribuyó también su prohibición de que los clérigos participasen en los juicios por ordalía.

Surge así un nuevo sistema procesal que se va configurando progresivamente durante ese siglo y los dos siguientes hasta extenderse por toda la Europa continental en el siglo XVI. Se trata del sistema inquisitorial. En él, en vez de dirigir un litigio entre dos partes privadas cuyo resultado se dejaba, al menos en teoría, en manos de Dios, el juez y sus subordinados se encargaban de investigar el delito y determinar si el acusado era o no culpable.

La adopción del sistema inquisitorial supuso, por consiguiente, pasar de la confianza en la intervención divina en los asuntos humanos a basarse en el juicio racional de los hombres. Los juristas convinieron en la absoluta necesidad de que los jueces dispusieran de pruebas de culpabilidad concluyentes antes de dictar sentencia. Los medios de prueba admitidos fueron: el testimonio de dos testigos oculares y la confesión del acusado. Ninguna otra forma de prueba se consideraba suficiente, sin importar su poder de convicción. La asunción de este sistema procesal planteaba problemas serios a los jueces en la medida en que no siempre era posible presentar testigos oculares. Esto ocurría sobre todo en los juicios por delitos ocultos, entre los que destacaban la herejía y la brujería. En tales circunstancias, los jueces tenían que depender exclusivamente de la confesión del reo para obtener fallos condenatorios. Sin embargo,

no siempre podían disponer de esa confesión, por lo que las autoridades judiciales comenzaron a permitir la utilización de la tortura con el fin de obtenerla⁷¹.

La participación de los médicos como asesores de los tribunales en casos de aplicación de la tortura no parece haber sido muy solicitada. En Las Partidas, por ejemplo, no hay ninguna referencia al respecto, aunque si se requería explícitamente el concurso de aquéllos, según las Decretales pontificias, en los procesos de la Inquisición. Tal vez la propia experiencia de los torturadores les permitiera elegir, mejor que aquéllos, los procedimientos más eficaces y valorar certeramente los límites de la resistencia humana. Sin embargo, hay pruebas fehacientes de su participación, en todo tiempo y lugar, en los procesos de tortura. Aunque abolida como medio de prueba de los delitos, tristemente la participación de los médicos en acciones ilegales de esta naturaleza no se ha extinguido todavía en nuestros días.

En Las Partidas encontramos también referencias a numerosas cuestiones de índole médico-legal⁷². Con todo, no se menciona en

⁷¹ Como ejemplo de la admisibilidad legal de este tipo de prueba baste citar *Las Siete Partidas*. A los tormentos está dedicado el Título XXX de la Partida séptima (*De todas las acusaciones e maleficios que los hombres hacen, e que pena merecen haber por esto*), cuya Ley I establece que el *tormento es una manera de pena que hallaron los que fueron amadores de la justicia para escudriñar e saber la verdad por el de los males hechos que se hacen encubiertamente e no pueden ser sabidos o probados por otra manera* (Las Siete Partidas. Versión de J. Sánchez-Arcilla. Reus. Madrid, 2004).

⁷² En el título VIII, de la séptima partida, se incluyen cuestiones relativas al aborto provocado (Ley VIII: *Cómo la mujer preñada que come o bebe yerbas a sabiendas para echar la criatura debe haber pena de homicida*) o cuestiones tan

ellas la participación de los médicos para dirimir estas cuestiones. Es reseñable, sin embargo, que en leyes foráneas muy anteriores a Las Partidas se demandara, por el contrario, esa colaboración. Así, la *Lex Alemanorum*, que da detalles anatómicos precisos de las lesiones y trata de su compensación pecuniaria, de acuerdo con su situación y gravedad (*Wergeld*, literalmente, *el precio del hombre*), requería un examen médico con esa finalidad; y la *Lex Salica* de los francos establecía que *hombres competentes* deberían examinar las heridas e informar sobre ellas⁷³

Una jocosa referencia a la pericia médica en aquellos siglos se encuentra en la *Nova Compilatio Decretalium* del Papa Gregorio IX, de 1234, en la se instaure la *Prueba del Congreso* para dirimir los casos de alegación de impotencia. Esta prueba es una clara muestra de voyeurismo médico-judicial. Inicialmente, el médico reconocía al varón presuntamente impotente y luego designaba a una matrona experimentada que debía presenciar el acto sexual e informar de lo ocurrido. Luego, el espectáculo debió de resultar tan atractivo que la comadrona solitaria fue sustituida por tres médicos, tres cirujanos y tres comadronas. Las críticas de médicos, teólogos y juristas condujo al abandono de esta peculiar prueba pericial⁷⁴.

actuales como la violencia familiar (*Ley IX: Qué pena merece aquél que castiga a su hijo o discípulo cruelmente*). Los títulos desde el XIX al XXI, también de la séptima partida, tratan ampliamente de los hoy llamados delitos contra la libertad sexual.

⁷³ F. E. Camps. *Gradwohl's Legal Medicine*. Wright. Bristol. Third Edition, 1976, p. 4.

⁷⁴ F. E. Camps. *Ob. cit*, p. 4.

Si la Edad Media europea no se puede considerar aleccionadora desde el punto de vista de la Medicina legal, no sucedía lo mismo en otras culturas. En 1247 se publica en China un notable libro titulado *Hsi Yuan Chi-lu*,⁷⁵ cuya traducción literal podría ser *arrastrar las injusticias*. Su autor no fue un médico sino un acreditado e influyente funcionario imperial de la dinastía *Sung*, que ejerció también funciones jurisdiccionales, *Sung Tz'u* (1186-1249). Ante este libro, dice Sydney Smith⁷⁶, se tiene ciertamente la impresión de que hubo un concepto de los procedimientos médico-legales en la civilización china de aquellos siglos sin parangón en la Europa medieval.

El punto de inflexión de la Medicina legal europea hay que situarlo en la promulgación de la *Constitutio Criminalis Carolina*, el código penal del Sacro Imperio Romano Germánico. El emperador Carlos V lo promulgó en el año 1532 para todos los territorios pertenecientes a su vasto imperio. En esta norma legal se determinan los elementos esenciales para la comprobación de cada delito y se establece taxativamente la intervención de los médicos, cirujanos y comadronas en el proceso judicial. No obstante, se mantuvo también en ese texto legal el recurso a la tortura como procedimiento para alcanzar la verdad judicial.

El impacto que supuso la promulgación de la *Constitutio Criminalis Carolina* determinó una replica desde el campo de la

⁷⁵ Sung Tz'u. *The Washing Away of Wrongs*. Translated by B.E. McKnight. Ann Arbor. Center for Chinese Studies. The University of Michigan, 1981.

⁷⁶ S. Smith. *The history and development of Forensic Medicine*. *British Medical Journal*, 1951, 24: 599-607.

Medicina que comienza a experimentar un cambio profundo y no va a quedar al margen del movimiento intelectual que se produce entre los siglos XVI y XVIII. Pocos años después de la aparición de ese texto legal, dos cirujanos, Ambroise Paré, el más célebre de los cirujanos renacentistas, y, entre nosotros, Juan Fragoso, incorporan a sus obras quirúrgicas los aspectos médico-legales de la práctica médica. No son ninguno de ellos propiamente médico-legistas, pero sin duda sus aportaciones tienen un gran significado en la historia de la Medicina legal en la medida en que, desde el campo de la Medicina, representan las primeras respuestas, con el nivel de conocimientos propio de la época, al reto que lanza a los médicos, desde el ámbito jurídico, el Código del emperador Carlos V y otros posteriores.

Al destacar las aportaciones de estas dos personalidades médicas renacentistas quiero subrayar el hecho de que la vinculación de los cirujanos con la Medicina Legal fue mayor, en esa época, que la de los médicos. Tal vez la relación de aquéllos con los traumatismos sugiriese, con todo fundamento, una mayor capacidad de los mismos para aclarar las cuestiones que podían interesar más a los jueces. Por otra parte, la valoración académica de la Medicina Legal, por aquel entonces, no era muy elevada. De hecho, la Facultad de Medicina de París manifestaba el desdén más absoluto por la práctica médico-legal. La asamblea de doctores de esa Facultad la ignoraba por completo y era dejada a cargo, como un trabajo indigno, de la corporación de cirujanos e incluso de la de barberos, en sus palabras, *ces chirurgiens de second degré* (esos cirujanos de segundo nivel).

Estas aportaciones desde el ámbito de la Cirugía dieron paso, ya en el siglo XVII, a las dos primeras obras importantes dedicadas por entero a la Medicina Legal y que contribuyeron decisivamente a individualizar esta disciplina entre las actividades médicas.

La primera de esas dos obras, *De relationibus medicorum*, se debió al italiano Fortunato Fedele, profesor en Palermo, y apareció en 1602. Pronto, sin embargo, la obra de Fedele fue superada por un trabajo más importante de la autoría de otro italiano, Paolo Zacchia, protomédico de los papas Inocencio X y Alejandro VII y experto ante el tribunal de la Rota, que fue una de las figuras médicas más eminentes de aquel tiempo. Su famoso tratado, *Quaestionum medico-legalium*, fue publicado en Roma entre 1621 y 1635. La obra de Zacchia supera sin duda la de sus predecesores en casi todos los aspectos y es verdaderamente sobresaliente para su época, en la que el estudio de la Anatomía apenas había comenzado, la Química y la Cirugía eran también rudimentarias y Aristóteles y Galeno eran todavía las autoridades de referencia. Esta obra fue una de consulta ineludible hasta el inicio del siglo XIX y de ella se conservan dos ejemplares en la Biblioteca General de la Universidad de Santiago de Compostela, en ediciones de 1751 y 1789.

La Medicina desde el Renacimiento, y de un modo especial a lo largo de los siglos XVII y XVIII, presenta signos inequívocos de modernidad. Sin duda, estas transformaciones ejercieron también su influencia en la actividad de los médicos en tanto que asesores de los jueces y tribunales, pero resulta difícil decir cómo y en qué medida lo hicieron; pero, sin duda, permitieron alejar a la pericia médica de la mera opinión especulativa o del simple recurso al argumento de autoridad.

La revolución científica del siglo XIX transformará definitivamente la Medicina de un saber empírico y conjetural en un saber científico, y en la estela de este cambio de paradigma se producirá la consolidación definitiva de la Medicina legal; pero, además, en esta consolidación también han tenido una influencia decisiva las transformaciones inducidas por la Ilustración en el ámbito jurídico, de un modo especial en el Derecho Penal.

En el Antiguo Régimen, el sistema judicial presentaba notables carencias: se echaba en falta un corpus legal simple y estandarizado, comprensible para todos; una determinación más clara de las diversas jurisdicciones y una mejor preparación de la judicatura. En lo que atañe a la criminalidad, se requería establecer una gradación de penas que pareciese razonable, de acuerdo con los fines de prevención y humanitarismo. A partir de la influencia en toda Europa de obras como *El espíritu de las leyes* de Montesquieu (1748) o el *Tratado de los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria (1764), se fueron incorporando otras propuestas, como un cierto grado de independencia de la judicatura respecto del poder ejecutivo y, especialmente, propuestas procesales como la necesidad de que el magistrado se subordinara estrictamente a la ley, la formación de órganos judiciales colegiados, la introducción de los principios de oralidad y publicidad en el proceso, la abolición de la tortura, la creación de jurados populares o la sustitución del sistema de las pruebas legales por el del libre convencimiento de juez. A este respecto, además, el criterio de la certeza absoluta iba dejando paso a las consideraciones más pragmáticas de la culpabilidad “más allá de la duda razonable”. El proceso de codificación, que se desarrolla

especialmente en el siglo XIX, no hace sino recoger estas ideas que todavía informan nuestra actividad como peritos médicos.

En el siglo XIX se inicia, pues, en la Medicina legal lo que Léon Dérobert⁷⁷ ha denominado el periodo positivo de esta disciplina. Los cambios en la Medicina y el Derecho, reseñados con anterioridad, permitieron que la Medicina legal se estructurase como un cuerpo de doctrina coherente y facilitaron su evolución, la cual, sin embargo, no fue fácil ni tampoco homogénea. Por referirnos solamente al mundo occidental, hubo una evolución distinta de la Medicina legal en la Europa continental y en el mundo anglosajón, lo que guarda relación probablemente con las diferencias que existen entre el Derecho de inspiración romano-canónica y el Derecho del Common Law. Las actividades periciales son bastante diferentes en ambas áreas jurídicas en los aspectos organizativos y procesales, con luces y sombras en cada uno de ellos.

En España, aun cuando se habían producido actividades médico-legales desde épocas muy tempranas, ya hemos citado al cirujano Juan Frago, no es hasta mediados del siglo XIX cuando esta disciplina comienza a tener una presencia efectiva en la vida judicial y ello es obra, sin duda, de Pedro Mata y Fontanet, personaje verdaderamente polifacético. Su influencia en la Medicina legal española ha sido muy considerable, bien a través de su magisterio directo o por medio de su muy conocido *Tratado de Medicina y Cirugía Legal, teórica y practica*, que tuvo numerosas ediciones, la última en 1903, veinticinco años después de su muerte. Es también muy

⁷⁷ L. Derobert. Histoire de la Médecine Légale. Zacchia, anno 48°, vol. IX della serie 3^a, fascicoli 1, 2, 3 y 4, 1973.

estimable su alegato a favor de la Medicina Legal en el discurso de inauguración del curso académico de 1844-1845 en la Facultad de Ciencias médicas de Madrid, sobre la *Importancia de la Medicina Legal y necesidad de su estudio*.

La intervención de Mata resultó decisiva para la introducción de la Medicina legal, como disciplina independiente, en el plan de estudios de Medicina de 1843. Él fue también el primer catedrático de la disciplina y regentó la cátedra de Madrid. Otro aspecto muy destacado de la actividad de Mata fue el impulso inicial para la creación del Cuerpo de Médicos forenses. En 1854, presentó en la Academia de Medicina de Castilla un proyecto que serviría de base a la Ley de Sanidad de 1855, cuyo capítulo XVI se refiere a los facultativos forenses⁷⁸.

Esta sistema organizativo estuvo tal vez inspirado en los antiguos *chirurgiens jurés* franceses o en los *kreisphysicus* y *stadtphysicus* alemanes. Dicho sistema sigue siendo el modelo pericial vigente en España, que no obstante las mejoras introducidas a lo largo del siglo XX, algunas bastantes recientes y en las que he tenido una participación directa —la creación de los Institutos de Medicina Legal en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985—, presenta todavía evidentes insuficiencias e imperfecciones.

⁷⁸ Esta iniciativa legislativa fue desarrollada por el Real Decreto de 13 de mayo de 1862, del Ministro de Gracia y Justicia del Gobierno O'Donell, Santiago Fernández Negrete. En el artículo 2º de este Real Decreto, puede leerse: *Con el nombre de Médico Forense habrá en cada Juzgado de primera instancia un facultativo encargado de auxiliar a la Administración de Justicia en todos los casos y actuaciones en que sean necesarios o convenientes la intervención y servicios de su profesión, tanto en la capital de partido como en cualquier pueblo o punto de la demarcación judicial* .

No fue Mata, sin embargo, un hombre de laboratorio ni de sala de autopsias y su obra, fundamentalmente doctrinal y divulgativa, está muy lejos de la de sus contemporáneos europeos y lamentablemente no supo o no pudo orientar a la Medicina legal española por los senderos que esta disciplina siguió en la mayoría de los países europeos⁷⁹.

Ya en aquella época se hizo también evidente la necesidad de disponer de centros especializados que auxiliasen a los Médicos forenses cuando la muerte se debía a una intoxicación y que superasen los dispersos, improvisados y casi artesanales laboratorios en los que se podían realizar las investigaciones toxicológicas, cuya existencia nos la sugiere la lectura del articulado de la aún vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Esta vez, España se sumó a la tendencia general y en 1886 se crearon en Madrid, Barcelona y Sevilla los laboratorios de Medicina Legal, que dieron paso en 1911 al Instituto de Análisis químico-toxicológico de Madrid y en 1935 al Instituto Nacional de Toxicología, con departamentos en las tres ciudades citadas; todos ellos precedentes del actual Instituto de Toxicología y Ciencias forenses.

El futuro de la Medicina Legal en España, sobre todo en su vertiente académica, es incierto. Ya me he referido con anterioridad a una crisis de identidad ocasionada, en mi opinión, por una deficiente delimitación conceptual entre el Derecho médico y la Medicina legal. Pero hay otros problemas.

⁷⁹ Un documentado estudio sobre esta cuestión es B. Madea, P. Saukko (eds). *Forensic Medicine in Europe*, Schmidt-Römhild. Lübeck, 2008.

Una de las características de la Medicina Legal es la de haber sido una “disciplina centrifugadora”, que progresivamente ha tenido que ir liberando de su tutela a una serie de materias ajenas a la Medicina e incluso ha tenido que depurar de su seno a disciplinas médicas con las que formaba, por razones históricas, una compleja entidad. Tal fue el caso, ya referido, de la Psiquiatría Clínica.

En relación a la propia Medicina Legal su concepto tampoco es unívoco. Una somera reflexión sobre la misma podría dar lugar a preguntas tales como: ¿es una disciplina homogénea?; en consecuencia, ¿es correcto referirse a ella como una especialidad médica y que figure como tal en el listado de especialidades reconocidas por la Administración española?, ¿no sería acaso más adecuado considerar a la Medicina legal como un marco de referencia, como lo es la Medicina clínica, y que, al igual que ésta, contenga en su seno varias especialidades?, ¿debemos hablar de especialidades o de competencias médico-legales?

Acabo de señalar que a la Medicina legal se le han adherido demasiadas materias a lo largo del tiempo que ha tenido que eliminar de su contenido. Ello se justifica, desde una perspectiva histórica, por la propia evolución de la Medicina, pero evidentemente ya no se puede aceptar tal situación en la actualidad. Aun circunscribiéndonos al concepto estricto de Hofmann, la Medicina legal, como ya le ha sucedido a la Medicina interna o a la Cirugía, tiene el riesgo de la dispersión y de un tratamiento superficial de sus contenidos. Quien mucho abarca poco aprieta, suele decirse. Desde luego son necesarios los generalistas, pero limitar la pericia, la docencia y, sobre todo, la investigación médico-legales a las personas con esa

exclusiva formación no me parece razonable y con el desarrollo exponencial del conocimiento científico-médico aquéllas serán cada vez más precarias. Hace ya bastantes años que era posible ser un médico enciclopédico pero en la actualidad resulta evidente que es una quimera.

Soy consciente que asumir esa heterogeneidad desde el punto de vista académico es una misión casi imposible para la Universidad. Recordemos que la Medicina clínica tuvo serias dificultades para acompañar el inmovilismo académico al organigrama de los hospitales de los Servicios de Salud. Por otra parte, la Administración de Justicia tampoco ve la situación con mayor claridad e incurre, a mi juicio, en una grave irresponsabilidad al seleccionar y formar a sus peritos oficiales del modo en que lo sigue haciendo⁸⁰. No deja de resultar paradójico que cuando se enjuicia un caso de mala práctica médica se le exija al imputado una adecuada cualificación profesional y unos conocimientos actualizados y, sin embargo, los jueces y tribunales no tengan una postura equivalente con los peritos. De aplicarse entre nosotros el control previo de su cualificación profesional, antes de informar —procedimiento característico del sistema procesal acusatorio de los países del Common Law— un considerable número de aquéllos sería, sin duda, rechazado.

Hablar de Medicina clínica no supone que haya una especialidad de Medicina clínica como hablar de Medicina legal no debe

⁸⁰ La implantación de un sistema formativo equivalente al que se utiliza en el ámbito clínico, el conocido y eficiente sistema MIR, nunca ha sido contemplado por la Administración de Justicia, que ha permanecido siempre fiel a un sistema de oposiciones que es totalmente incompatible con la formación que debe seguir un médico, sea cual fuere su especialidad.

suponer la equiparación de un ámbito científico y profesional con una especialidad médica⁸¹. Los clínicos tienen múltiples y variadas especialidades en un listado siempre en revisión. En la Medicina legal no tendremos nunca esa diversificación pero es necesario admitir que no se puede mantener el carácter unitario de la disciplina, so pena de comprometer la calidad de uno de los más importantes medios de investigación y de prueba de que disponen los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal.

A lo largo del siglo xx, sobre todo en su segunda mitad, se han individualizado en el seno de la Medicina legal las especialidades de la Patología forense, es decir, la pericia sobre el cadáver; la Psiquiatría forense y un conjunto de especialidades, también de raigambre clínica como esta última, orientadas a la valoración del daño corporal y a la investigación de los delitos contra la libertad sexual. Las mejor definidas y aceptadas son las dos primeras, que aparecen como genuinas especialidades dentro de las áreas de conocimiento de la Anatomía Patológica y de la Psiquiatría, respectivamente, y que ya han sido reconocidas en algunos países desarrollados. Conviene precisar, sin embargo, que la formación clínica de base no capacita, sin más, para la práctica forense sin una formación complementaria en este campo. Como recordaba el Profesor de Medicina Legal napolitano, Vincenzo Palmieri: *No se puede ser un buen perito sin ser un buen médico pero se puede ser un magnífico clínico y un perito mediocre.*

⁸¹ España es el único país de la Unión Europea que reconoce la especialidad bajo la denominación de Medicina Legal y Forense.

Las segundas pudieran ser consideradas más como competencias forenses de ciertas especialidades clínicas que como verdaderas especialidades médico-legales, tal sería el caso, por ejemplo, de un pediatra clínico con una formación específica en violencia sexual infantil.

Me complace destacar que la Universidad de Santiago de Compostela, su Facultad de Medicina, ha sido pionera en la promoción de la especialización médico-legal. La propuesta y creación, desde hace ya más de treinta años, de plazas de catedrático y profesor titular especializadas en el seno de la Medicina legal⁸², creo que han marcado un hito en la historia de la Medicina legal española y confío en que los que escriban sobre ella en el futuro lo reconozcan así. Su positiva repercusión en la docencia, investigación y pericia médico-legales ha sido evidente.

En la actualidad las necesidades de asesoramiento técnico de la Administración de Justicia trascienden ampliamente el campo de la Medicina. En este sentido se está empezando a utilizar la expresión Ciencias forenses⁸³ para englobar todo género de conocimientos científicos susceptibles de ser utilizados para asesorar a la Administración de Justicia⁸⁴ y entre ellos, por supuesto, los propios de las especialidades médico-legales que he citado.

⁸² Toxicología, Genética y Patología forenses.

⁸³ De acuerdo con la concepción anglosajona, la Ciencia forense es simplemente lo que en Europa se conoce como Policía Técnica y Científica y que ha logrado en los últimos tiempos una notable repercusión mediática.

⁸⁴ Se incluyen disciplinas tales como la Entomología, Botánica, Psicología, Edafología. Etc.

Una situación especial es la que concierne a la Toxicología y a la Genética forenses. Hasta hoy han formado parte de la Medicina legal, pero teniendo en cuenta la naturaleza de los conocimientos científicos en que se sustentan parece más razonable admitir que ambas disciplinas sean consideradas como especialidades independientes dentro de las Ciencias forenses. Una vez más, la Medicina legal se verá abocada a la necesidad de redefinir su contenido, esto es, a comportarse de nuevo como una “disciplina centrifugadora”. Si quisiéramos mantener aquellas especialidades forenses en el mismo navío académico y profesional que las de naturaleza médica —Patología y Clínica forenses— ya no se debería hablar de Institutos de Medicina legal sino de Institutos o Centros de Ciencias forenses. A partir de entonces, la denominación genérica de Medicina legal o forense tampoco tendría sentido.

Quiero terminar este discurso hablándoles de cómo imagino el futuro del Derecho médico y de la Medicina legal, las disciplinas en las que nos encontramos médicos y juristas, en las dos facultades en las que he desarrollado casi medio siglo de actividad académica.

En la Facultad de Medicina tendremos la actividad docente actual parcelada y aventuro que en la siguiente proporción: un cuarto de Medicina legal sobre temas inconexos y tres cuartos de Derecho médico rudimentario. El descriptor del plan de estudios es, lisa y llanamente, poco afortunado a pesar de haber recibido las bendiciones ministeriales.

Es necesario un Derecho médico como disciplina independiente de la Medicina legal y a cargo, no exclusiva pero si fundamentalmente, de juristas. Creo que he dado suficientes argumentos

a lo largo del discurso para esta aseveración. Se equipararía a la Ética médica, que ya lo es, y tal vez no fuese impropio fusionarlas en única disciplina: Ética y Derecho médico.

La Medicina legal no puede quedar reducida, como he señalado, a un muy escueto programa de cuestiones inconexas. Ciertamente, no es una materia del mismo rango que las grandes disciplinas preclínicas y clínicas del curriculum médico; pero considerarla casi como un divertimento académico es un tremendo error, que delata un profundo desconocimiento de la importancia de las aportaciones de los médicos de asistencia primaria o especializada, no como peritos sino como testigos, o mejor dicho testigos-peritos, a la actividad jurisdiccional penal y civil. Es posible, incluso, que a más un decano de Medicina le parezca razonable eliminar totalmente la Medicina legal⁸⁵, por lo que podría suceder, como efecto colateral, que los futuros médicos nunca tuviesen contacto con las cuestiones médico-forenses y, al ignorarlas, la crisis vocacional médico-forense, académica y profesional, se acentuaría, como ya ha ocurrido en Inglaterra⁸⁶.

En el caso particular de nuestra Universidad sería deseable la reconversión del Instituto Universitario de Medicina legal en otro de Ciencias forenses —que podría contar, en una eficaz y novedosa *joint venture* académica, con el apoyo de muchos Departamentos, no sólo de la Facultad de Medicina, sino también, y especialmente,

⁸⁵ Ya hay precedentes de una eliminación de hecho en algunas universidades españolas.

⁸⁶ En Escocia, por el contrario, la Medicina legal goza de una gran tradición en sus universidades.

de las Facultades experimentales— lo que permitiría ver el futuro con más optimismo, al posibilitar una docencia de postgrado homologable a la de otros centros similares de la Unión Europea, y desarrollar una investigación de calidad e independiente de otras instituciones judiciales, cuyo grado de cooperación es prácticamente nulo⁸⁷.

La otra Facultad, la de Derecho, ha enjugado mis lágrimas. Me acogió hace muchos años por sugerencia de mi inolvidable amigo y catedrático de Derecho Penal, Agustín Fernández Albor, para impartir unos Seminarios de Medicina legal en la entonces Cátedra de Derecho Penal, todavía situada en la actual Facultad de Geografía e Historia. Luego, con el paso de los años y el favor de crítica y público, se pasó a impartir como asignatura optativa en la licenciatura, hoy grado. Ha sido la primera y creo que única Facultad de Derecho de España que ha impartido esta docencia, con regularidad, durante más de treinta años, al margen de las enseñanzas de esta disciplina en los Institutos de Criminología. Venidos los nuevos tiempos, pensé y temí que los recortes boloñeses podrían comprometer su continuidad. Sin embargo, el claustro de Profesores, y de un modo muy especial su actual decano Prof. Luis Míguez, han mantenido su continuidad

⁸⁷ En la Ley Orgánica del poder Judicial se decía que en los Institutos Regionales de Medicina Legal prestarán servicios quienes ejerzan la docencia en la o las Facultades de Medicina de la ciudad en la que radique el Instituto. Esta disposición, a la que contribuí personalmente, ha sido derogada. No obstante, en el reglamento que desarrolla la citada Ley dice que en los Institutos de Medicina Legal existirá una Comisión de docencia e investigación presidida por un profesor universitario. Esta norma no se cumple en la mayor parte de los Institutos de Medicina Legal creados por el Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia.

y no puedo menos que mostrar mi satisfacción y agradecimiento por una decisión que considero muy importante para la adecuada formación de un gran número de estudiantes de Derecho.

Pero quiero, a mis amigos y colegas de la Facultad de Derecho, plantearles un reto para el futuro. He hablado de Derecho médico y creo haber resaltado su extraordinaria importancia no solo para los médicos sino también para los futuros profesionales del Derecho. Organizar su docencia en el grado puede ser una un objetivo difícil y complejo por las limitaciones crediticias, académicas y financieras, y por la acusada interdisciplinariedad que caracteriza al Derecho médico. Pero, ¿por qué no un Master? Y sobre todo, ¿por qué no un Instituto de Bioética y Derecho médico? Me consta que en nuestra Universidad existe la masa crítica necesaria para afrontar ese ilusionante reto.

He dicho.

