

Un nuevo horizonte para una medicina legal más social. El médico forense como garante de los derechos fundamentales de las personas (parte I)

A new horizon for a more social Legal Medicine. The forensic physician as guarantor of the fundamental rights of the people (Part I)

E. Villanueva Cañadas¹
V. Ramos Medina²

H. Villanueva de la Torre³

¹Catedrático Emérito de Medicina Legal y Forense. Universidad de Granada.

²Médico Forense. Jefe de Sección de Histopatología Forense. Instituto de Medicina Legal de Málaga.

³Médico Forense. Instituto de Medicina Legal de Málaga.

Correspondencia:

Enrique Villanueva Cañadas
Facultad de Medicina.

Avda. de Madrid, 11.
18071 Granada.

E-mail:
guadalfeo40@telefonica.net

Fecha de recepción:
10. OCT. 2013

Fecha de aceptación:
17. OCT. 2013

Resumen

Se reflexiona sobre el papel actual del médico, y en particular del médico legista, como garante de los derechos fundamentales de la persona en la sociedad actual. En la segunda mitad del siglo XX cambia el paradigma que había regulado la relación médico/paciente, pasando de estar regida por el principio de beneficencia al de autonomía. Ello genera situaciones especialmente complejas para el acto médico, sobretodo en el final de la vida. Se analiza la encrucijada en la que se ve el médico funcionario al defender los intereses de sus pacientes en detrimento de los de la Administración que le paga, especialmente en tiempos de recesión económica como los presentes. Se exponen numerosos casos en los que el médico forense se puede ver coaccionado para no realizar una autopsia u otra diligencia judicial, o bien se ve involucrado en decisiones de otros, generalmente de los jueces, achacadas al médico forense. Igualmente se consideran casos en los que los derechos fundamentales de los ciudadanos están siendo vulnerados por los Estados.

Se plantea la necesidad de establecer la Medicina Legal en el ámbito hospitalario, como una especialidad médica en pie de igualdad con las demás especialidades, en relación con la gran trascendencia jurídica, penal, civil, administrativa y económica del parte de lesiones y otras actuaciones de la asistencia hospitalaria. Se cuestiona si siempre la formación de los médicos forenses es la adecuada para alcanzar unos niveles de garantía de calidad en su trabajo, especialmente en la práctica de la autopsia, una operación de cuyo resultado dependen tantos derechos y responsabilidades y que no puede ser rehecha. También se tratan los nuevos desafíos que afronta el médico legista como la Bioética y los problemas medicolegales relacionados con el aborto, el libre comercio en el trasplante de órganos o la eutanasia voluntaria. Todo ello desde la perspectiva de la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Palabras clave: Medicina Legal. Médico forense. Relación médico/paciente. Autonomía del paciente. Garante de los derechos fundamentales de las personas.

Abstract

The current role of the physician and in particular the forensic physician as guarantor of the fundamental rights of person in today's society is reviewed in this article. The special importance of the change in the second half of the twentieth century in the doctor / patient relationship by which the principle of beneficence to autonomy gave way, creating complex situations especially when persons are at the end of life. The crossroads where the medical officer is to defend the interests of their patients at the expense of the Administration that pays him, especially in times of economic recession as present, are analyzed. There are numerous cases in which the forensic pathologist may be forced not to perform an autopsy or other judicial proceedings, or is involved in decisions taken by others, judges generally, and then blamed to be forensic physician. We also consider cases in which the fundamental rights of citizens may be violated by the State.

The need for Legal Medicine in hospitals, as a medical specialty equal to other specialties is growing, related to the increasing great legal importance of criminal, civil, administrative and economical of injuries , as well as other actions that arise during hospital care. It is also questioned whether training of forensic physicians is adequate to achieve levels of quality assurance in their work, especially in the practice of autopsy, an operation on wich results depend many rights and obligations and that can not be redone. The are also new challenges facing as forensic physician: the Bioethics and medicolegal problems regarding abortion, free trade in organ transplantation or voluntary euthanasia, issues that are also discussed. These topics are reviewed from the perspective of protecting the rights of the citizens.

Key words: Legal Medicine. Forensic physician. Doctor/patient relationship. Patient autonomy. Guarantor of the fundamental rights of persons.

Cuando se pertenece a un cuerpo centenario, como es el Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, se corre el riesgo de que nuestras funciones se anquilosen y la rutina acabe por cegar nuevos caminos y nuevas perspectivas, que sin duda se van abriendo a lo largo del tiempo en una sociedad que avanza inexorablemente impulsada por nuevas necesidades, nuevos descubrimientos y la propia inercia de los sistemas que la componen. En ese progreso se atenderá más a los intereses colectivos que a los individuales. La Medicina Legal, al ser una servidora fiel del Derecho, como su ciencia auxiliar, tiene muchas servidumbres que a veces lastran su progreso y burocratizan su actividad. La más importante es, precisamente, la sujeción a la ley y la dependencia de la justicia: *“ino hay medicina legal en tanto no hay una ley escrita que le dé vida!”* había dicho el profesor Blas Aznar. La imposibilidad de tomar iniciativas, el llegar a los acontecimientos siempre de la mano de la justicia, imposibilita que el médico forense participe en momentos trascendentes de la vida de las personas. Valga como ejemplo el consentimiento de las personas en estados límite, donde la presunción *juris tantum* es de que son capaces, cuando la presunción clínica es que no lo son. El consentimiento del paciente, válidamente expresado, se sitúa en el eje de la relación médico-paciente y es el gozne sobre el que gira la legitimidad ética y legal de las actuaciones de los profesionales sanitarios. Este nuevo paradigma ya genera un problema hasta ahora desconocido, que el consentimiento, en sí mismo, forma parte, como un elemento más, de la *lex artis*, dando lugar a una mala praxis y una responsabilidad cuando se vulnera bien en su aspecto formal o de fondo, como ha dicho el Tribunal Supremo en sentencia de la que fue ponente el magistrado Sr. Lecumberri¹. Habida cuenta de que la ley prevé un consentimiento por representación, del tutor, de la patria potestad o del albacea sanitario (persona designada en el documento de voluntades anticipadas), de inmediato se plantea la pregunta sobre si la decisión adoptada por el representante legal beneficia al representado, es decir, el principio de autonomía queda en suspenso para dar paso al principio de beneficencia, que será administrado por quien en ese momento se sitúe en la posición de garante.

En ese momento, que a veces es crítico, sería preciso que médicos con experiencia y capacidad estuviesen ocupando las posiciones de garantes de los derechos fundamentales de esas personas.

El médico forense, por su preparación doctrinal, por sus conocimientos procesales y por su vinculación con los jueces, depositarios, al fin, de la guarda y defensa de las garantías constitucionales, sería la persona más

calificada para administrar el principio de beneficencia (acto por el cual el médico decide, en ausencia de consentimiento válido, lo mejor para el paciente, que fue el paradigma que reguló la relación médico-paciente hasta la segunda mitad del siglo XX), que en estos casos se impone. Bastaría vivir una semana en un gran hospital o sufrir la experiencia de ser paciente, para darnos cuenta de con qué frecuencia se dan las circunstancias previstas en el artículo 195 del Código Penal (de la omisión del deber de socorro), *personas desamparadas y en peligro manifiesto y grave*, que exigiría el deber de socorro, ahora prestado no como tal auxilio, sino ocupando la posición de garante de los derechos fundamentales. ¡Se puede estar solo y desamparado, rodeado de una multitud, que en apariencia debería velar por nosotros! Nadie puede estar más desamparado que aquel que, en apariencia y a los ojos de los demás, está rodeado de los llamados seres queridos, de profesionales sanitarios, pero todos intentando resolver sus asuntos, dejando al paciente en la más absoluta soledad, cuando no está incomunicado por tubos y máquinas que le impiden manifestar, siquiera, una pequeña queja.

En el Congreso Internacional de Medicina legal celebrado en Estambul en julio de 2012, uno de nosotros (EV) recibió el encargo de organizar una mesa redonda con el título *El médico forense como garante de los derechos fundamentales*. En la ponencia introductoria reclamaba el trascendente papel que deberíamos desempeñar hoy los médicos forenses en este capítulo tan importante en la vida de las personas.

El médico legista como garante de los derechos fundamentales

Hace ya muchos años que la Organización de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En 1948, en París, se culminaba un largo proceso en el cual los hombres habían ido ganando poco a poco, y no sin sufrimiento, cuotas de libertad. Desde entonces han sido muchos, y desde distintos organismos internacionales (ONU, Consejo de Europa, OMS, AMM), los documentos y declaraciones en los que se han recogido los derechos humanos en general y los relativos a la salud en particular. El 4 de abril de 1997 se aprobaba en Oviedo, por el Consejo de Europa, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, documento elevado a la categoría de norma jurídica en España, tras su ratificación. Estas solemnes declaraciones han inspirado, a lo largo de la segunda mitad del siglo

XX, las constituciones y las leyes de la mayoría de los estados democráticos, que enuncian como principios rectores la protección y el libre ejercicio de los derechos de la personalidad, y entre ellos el derecho a la libertad ideológica y al goce del derecho a decidir autónomamente en lo relativo a su salud. Sin embargo, en la práctica, son muchos los países donde para estos derechos, si bien pueden estar proclamados solemnemente en los textos, no se garantiza su libre ejercicio, siendo precisamente en los llamados estados libres, donde no siempre los ciudadanos pueden desprenderse del poder, cada vez más agobiante, de un estado que reconociéndolos constitucionalmente no se atreve a dejar que sus ciudadanos hagan un uso libre de ellos. Unas veces se alegan razones de estado, y otras se recurre al principio de autoridad, al orden público. El resultado es una catarata de normas jurídicas cada vez más intervencionistas, que acaban cercenando la libertad del ciudadano, pretendiendo incluso llegar a la conciencia individual. Ahora ya no se trata del *debes hacer*, ahora es *tienes que hacer*. Valga de ejemplo reciente la obsesión por regular la objeción de conciencia², o limitar el consentimiento de los ciudadanos para decidir sobre aquello que más les conviene en lo que concierne a su vida y su salud. Es como si el estado, a través de sus gobernantes, pensara “¡eres libre, sí, pero tu libertad me pertenece y yo no renuncio a controlarla!”.

Las constituciones de los estados democráticos confieren la potestad de garantizar los derechos fundamentales al poder judicial, a los jueces, que son quienes ejercen el poder jurisdiccional penal, civil y administrativo sobre los ciudadanos y la propia administración del estado. En este engranaje intervienen cada vez más los médicos, desempeñando un papel controlador, tanto del estado mismo (casos de torturas, de abusos por parte de la policía, de abandono de las clases menos favorecidas, de intervención y regulación de la intimidad y de la conciencia) como de los ciudadanos, cuando éstos, con sus conductas delictivas, alteran la paz social.

La primera lealtad del médico es la que debe a sus pacientes, pero no es menos importante la que ha de tener con la sociedad en que vive y de la que vive, protegiendo a terceros de otros ciudadanos. La primera tarea de la ética del siglo XXI será la “defensa del hombre y del ciudadano en un mundo en evolución constante y amenazado por la ciencia y el estado”³.

El motivo de este artículo es reflexionar sobre la función que debemos tener los médicos en general, y los legistas en particular, para garantizar una serie de derechos que, por no tener una apariencia espectacular y mediáticamente relevante, con sutileza se nos están hurtando, emboscados en una fronda de

leyes en las cuales a veces el médico es un cooperador necesario, sin que tenga una conciencia clara de ello. Esta colaboración con los poderes públicos, unas veces será por comisión y otras por omisión dolosa o culposa. Es cierto que, en los países desarrollados, los médicos nos enredamos en asuntos que si bien tienen su importancia, como podría ser el ya mentado de si tenemos o no derecho a la objeción de conciencia, no tienen ninguna cuando en el mundo la violencia del estado actúa impunemente matando y torturando a millones de ciudadanos. Pero en los países donde estos casos ocurren, nuestros colegas son tan víctimas como las propias víctimas, y a veces están respondiendo jugándose su propia vida o su libertad para defender mínimamente a sus compatriotas. No obstante, desde la sociedad civil y los colegios médicos, las facultades y las academias, deben formar parte de ella, se ha de crear una conciencia colectiva en defensa de esos derechos, que iniciándose en lo pequeño vayan ganado cada vez más cuotas de independencia frente al poder: ¡si la medicina legal no es libre e independiente para defender los derechos fundamentales, no servirá más que para ser una coartada del poder y un anestésico de nuestra propia conciencia! El médico de hoy ha de realizar cuatro juicios en la cabecera del paciente: el clínico (el más importante sin duda), el médico-legal, el ético y el económico. El juicio médico-legal siempre ha sido importante, pero hoy cambia de bando; antes lo era para garantizar los derechos colectivos, hoy lo es para garantizar los individuales.

En el momento de la explosión de los derechos de la personalidad, cuando todo el mundo, de manera personal o colectiva, reclama y clama por derecho, hay que dar voz a la medicina legal, la más capacitada, mal que pese a algunos, para asumir la tarea de informar sobre el papel que debe desempeñar el médico, y el perito forense en particular, en la defensa y la garantía del ejercicio de estos derechos de la personalidad en la vida cotidiana, en aquellas situaciones que más nos interesan, por ser a las que a diario se enfrenta un médico de guardia de un hospital, en un centro de salud o el forense de un instituto de medicina legal en la clínica o en la sala de autopsias.

Queremos llamar la atención sobre que defender los derechos humanos no es sólo luchar contra la tortura⁴, el tráfico de seres humanos o sus órganos, el trabajo infantil, la violencia contra la mujer, las sevicias a los niños o a los ancianos, que por supuesto también, pero es algo más sutil, aunque igualmente importante, porque afecta a muchas personas y a elementos esenciales de nuestra dignidad, de los derechos que le son inherentes, pero sobre todo al derecho de ejercer nuestra autonomía en libertad y

sin injerencias externas, en aquellas circunstancias de mayor debilidad y fragilidad, como es cuando se está enfermo y más aún al final de la vida. El ciudadano ha reconquistado el derecho que un día un estado intervencionista le expropió so pretexto de que en sus manos estaría más protegido. También se ha emancipado del poder del médico, que mediante el principio de beneficencia dirigió todo lo relativo a la salud y la enfermedad de sus pacientes. El paradigma que un día rigió la relación médico-paciente, *todo para el paciente, pero sin el paciente*, el principio de beneficencia, ha dado paso al de autonomía, por el cual el enfermo es el protagonista y autor del guión que ha de seguir la película de su vida. Él debe, además, dirigir a los otros actores. Pero este enfermo, como director de su propio proceso, es un director novel y por tanto bajo sospecha. Son pocos los que creen que él solo pueda llevar a buen puerto su vida, y ahí está el estado, con todo su aparato, los políticos e incluso los médicos, intentando reescribirle el guión, que por supuesto partirá del principio del *infirmus*, persona falta de firmeza y por tanto susceptible de tutela. A partir de aquí, se pretenderá buscar el menor resquicio para limitar o cercenar el derecho a decidir que el hombre, sano, enfermo e incluso cuando ha perdido sus facultades psíquicas, tiene.

Reza el art. 5 del vigente Código de Deontología Médica⁵:

1. La profesión médica está al servicio del ser humano y de la sociedad. Respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del médico.

La principal lealtad del médico es la que debe a su paciente, y la salud de éste debe anteponerse a cualquier otra conveniencia. Ésta es la regla suprema que debe regular la relación médico-paciente, ésta es la nueva forma en que debe interpretarse el principio de beneficencia, de otra parte no absolutamente periclitado: ponernos al servicio del paciente, sin esperar recompensas, sencillamente porque es nuestro deber deontológico. A este nuevo paradigma lo llamamos "posición de garante" de los derechos de las personas a nosotros confiadas. De este modo nos obligamos a defender los derechos de la personalidad de nuestro paciente, que en momentos de enfermedad podrían estar amenazados. Este precepto, en principio, no tendría otra limitación más que cuando de mantenerla a ultranza, la lealtad, nos llevaría a producir un daño a terceros o al bien común. Solamente el daño a otro puede justificar que la humanidad, organizada colectivamente, pueda limitar la libertad individual, dijo Stuart Mill⁶.

¿Qué papel desempeña el médico forense en todo esto?

De inmediato surge la necesidad de ponderar esos derechos: paciente versus terceros. La ponderación de daños a terceros o al bien común frente al paciente es la cuestión que a menudo el médico debe resolver, y ahí radican algunos de los problemas que plantea la nueva praxis médica. Para resolver estas cuestiones, los médicos tenemos dos instrumentos: el dictado de nuestra conciencia (código deontológico) y lo establecido en la ley común. El médico forense no puede desligarse del primero, so pena de convertir su función en actos administrativos, regidos exclusivamente por las normas. Los derechos enunciados en las leyes y emanados del principio de autoridad son derechos legales que generan obligaciones en cuanto ciudadanos, pero no siempre esos derechos, aunque lleven el marchamo de democráticos y la legitimidad de ser aprobados por el poder legislativo, pueden ostentar el sello del *nihil obstat* de lo éticamente y deontológicamente aceptable. Todo derecho, en principio, descansa sobre exigencias éticas básicas, debe ser expresión de una tendencia ética. La norma regula las relaciones humanas, aunque sólo las externas, dice lo que debe o no debe hacerse, siendo indiferente a los contenidos éticos, con los que puede o no coincidir. El ideal es que la ley y la ética marchen de la mano, pero la historia de los pueblos nos ha enseñado, demasiadas veces, que no siempre es así. El viejo aforismo "la ley es todo el derecho y la ley es toda derecho" está hoy, más que nunca, en discusión. Frente a los derechos individuales, los únicos realmente justificables⁷, se alzan cada vez más los derechos colectivos, reduciendo el significado ontológico del individuo. Dice Karl Popper que nunca debemos aceptar una explicación en términos llamados colectivos. Los individuos son seres racionales e independientes, los mejores jueces de sus propios intereses, y no hay poder legítimo sin el consentimiento individual de los ciudadanos⁸. Ésta es la idea que late en la ética kantiana, que el hombre, como ser racional, es un fin en sí mismo, por lo que se puede considerar, con respecto a todas las leyes a que pueda estar sometido, como legislador universal. De acuerdo con esta postura, es lícito plantearse si los poderes legislativos tienen legitimidad para promulgar *ex novo* nuevos derechos de la personalidad, en concreto el derecho a morir y el derecho a matar, como derechos colectivos.

No todo lo que se presenta como "derecho" realmente lo es, ni tampoco la ley agota el ideal de justicia del ser racional. La ética y la moral son distintas al derecho, son más amplias en sus contenidos y no pueden agotarse en un catálogo de normas, aunque

en su tabla de valores han de dejar un lugar preferente para el derecho, sin el cual una sociedad moderna no podría subsistir. Aquí radica la gran paradoja de que han sido los individuos, el individualismo liberal, el que ha creado el Estado como elemento necesario para garantizar la convivencia, y con él los derechos colectivos, que hoy pugnan por prevalecer frente al propio individuo. Los grandes defensores del individualismo, Locke, Kant, Rawls y Mill, aceptan la necesidad de subordinar los derechos individuales a los colectivos cuando esté en riesgo lesionar el mejor derecho de terceros o del bien común.

El médico como asalariado, como trabajador por cuenta ajena o como funcionario público, puede verse en la tesitura de tener que tomar decisiones en beneficio o perjuicio de una de las partes, estando obligado a servir a ambas; al paciente, en cuanto objeto de sus cuidados y del juramento realizado de cumplir el código deontológico; al patrono, en función de un pacto o contrato suscrito con el compromiso de realizar determinadas funciones a cambio de un salario; al Estado, en cuanto servidor público.

El médico se ve en la encrucijada de defender los intereses de sus pacientes en detrimento de los intereses de quien le paga, poniendo entonces en riesgo su puesto de trabajo, su carrera profesional o el bienestar y el confort que representa, en cualquier trabajo, ser una persona dócil, poco conflictiva y con un respeto infinito por las normas, sean cuales fueren, y de lo políticamente correcto. En otros casos se tendrá que enfrentar a familiares y representantes legales, que pretenderán tomar decisiones contrarias a los intereses del paciente, o traicionar la voluntad de éste, expresada en un testamento, en un documento de voluntades anticipadas o mediante lo que denominamos un "albacea del consentimiento", persona amiga y designada por el titular del derecho a consentir para que decida por él en los casos en que ya no pueda hacerlo personalmente. El médico forense, como garante de los derechos del paciente, de la sociedad o de terceros, tendrá que afrontar decisiones que, aunque en apariencia pudieran ser caprichosas o excesivamente formales, en respuesta a una ley, persiguen la búsqueda de una verdad necesaria para resolver cuestiones de presente o de futuro. A poco que se tengan algunos años de ejercicio profesional como forense, uno se habrá encontrado con la incomprensión y la coacción para no realizar una autopsia u otra diligencia médico-legal. Otras veces tendrá que pechar con decisiones de otros, achacadas a nosotros: ¿por qué se ha incinerado tan rápidamente el cadáver de la menor, Asunta, asesinada en Santiago de Compostela?, ¿por qué se destruyeron tan rápidamente los trenes en los

atentados del 11 M?, ¿por qué se niega un internamiento psiquiátrico compulsivo?, ¿quién estaba en esos momentos soportando la posición de garante de la verdad que esos casos encierra?, ¿sólo el juez?

El mundo entero ha entrado en recesión económica, y muchos de los derechos consagrados por el llamado "estado del bienestar" han entrado en crisis. Los recortes sanitarios están creando graves problemas al médico, que ha de compaginar el derecho de los pacientes a recibir una atención sanitaria correcta y las restricciones que se le imponen desde la administración, que por otra parte no posee recursos suficientes para atender lo que antes sí atendía.

El médico se transforma, de este modo, en un rompeolas donde se estrellan la frustración de unos, a quienes se priva de unos derechos que creían consolidados, y la administración que le exige una contención del gasto y una jerarquización de servicios básicos. ¿Qué papel nos corresponde asumir? Ciertamente uno muy importante: ser el administrador de estos recursos bajo el principio de la justicia. En algunos casos nos tocará asumir la función pericial para dilucidar si existe un nexo causal entre un daño sufrido por un paciente, por retardo en la asistencia o por ausencia de recursos; en otros, seremos los administradores de unos recursos limitados y por tanto los agentes de la limitación. En los tratamientos personalizados del cáncer de mama, en los que un tratamiento puede costar un millón de euros, si por ejemplo sólo hay disponibles 10 millones para el empleo de esta terapia, ¿a quién se asigna el tratamiento? Es un nuevo planteamiento que resulta extrapolable a otros muchos campos de la medicina. Son derechos, derechos legales, pero derechos al fin, cercenados, sobre los que alguien ha de decidir. Al final, tanto si son derechos constitucionales, de primera generación, como legales, derivados de una ley, será un juez quien decida, y eso no es necesariamente una garantía de que la solución adoptada sea la mejor.

Sin embargo, el médico, sobre todo el forense, no puede obviar que la profesión médica está también al servicio de la sociedad. El bien común tiene que ser un objetivo médico, y a veces cumplirlo va en detrimento de los intereses del propio enfermo, hoy transformados en derechos legales. Ningún derecho es absoluto, y cuando los derechos entran en pugna habrá que buscar la fórmula que, produciendo los menores daños, encuentre los máximos beneficios: ¡principio de beneficencia en estado puro!

Es conocido el planteamiento filosófico-antropológico de que donde nace una necesidad surge un derecho; este planteamiento, tan lógico, aparece por primera

vez en *La República* de Platón⁹. El hombre ha ampliado sus necesidades a lo largo de los siglos y hoy nos encontramos con una panoplia amplísima de necesidades, transformadas en derechos y, por ende, en obligaciones para otros. En los estados sociales y democráticos, estos derechos se han recogido en la constitución.

La propuesta que hacemos es que el médico, cualquiera que sea su posición, el forense, debe ser antes médico que funcionario, y debe proteger a los pacientes de cualquier intento de abuso por parte de la administración o de los particulares. No se trata de transformar al médico en un gendarme o en un tutor de los pacientes, sino de adoptar esa posición de garante que permita a los pacientes el máximo disfrute de sus derechos o el no ser atropellados por el poder del Estado, cuando en su ejercicio el ciudadano no causa mal a nadie.

Oficialmente, las personas legitimadas para vigilar que los derechos fundamentales se cumplen son los jueces, pero a veces delegan en los médicos y entonces éstos, desde la posición de garante, serán los que decidirán; sin embargo, en otras ocasiones no lo hacen y son ellos, los jueces, quienes se consideran capacitados y deciden, y aunque nos parezcan erróneas o disparatadas sus decisiones nada podemos hacer, a lo sumo objetar en conciencia. La objeción en conciencia será eficaz sólo cuando nos neguemos a realizar un acto médico contrario a nuestras convicciones o a la *lex artis*, por ejemplo alimentar a un huelguista de hambre, desconectar a un paciente de un respirador, llevar a cabo una exploración compulsiva que atenta a la dignidad del paciente, etc., pero no tendrá repercusión alguna cuando la omisión no resuelva el problema, como es el caso del juez que ordena que no se practique una autopsia, que no se le extraiga sangre a un conductor o que se incinere un cadáver. Hace unos meses saltó a la prensa el caso de unos padres que habían demandado al juez el internamiento psiquiátrico de su hijo. El juez traslada el problema al médico del O61, alegando que los jueces no pueden decretar un ingreso; el médico del O61 devuelve el caso al juez alegando que es competencia suya; y el resultado es que el paciente no se internó. Esa misma noche, el paciente degolló a su padre. Hoy, los hijos del difunto buscan justicia, sin que a la presente, cuatro años después, nadie haya respondido. ¿Por qué no se consultó al forense de guardia? (Artículo 763 de la LEC. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico). Con mucha frecuencia estamos viendo situaciones en las cuales los jueces deciden a quién otorgar la custodia de los hijos o cómo en las impugnaciones de testamentos resulta imposible destruir la fe notarial. El

juez dará la razón al notario, aunque se demuestre incontrovertiblemente, con datos objetivos, como pueden ser los hallazgos de la autopsia, que el testador era "incapaz" en el momento de realizar ese último testamento. Son derechos de unos frente a otros los que en estos casos se atropellan: un padre divorciado, unos hijos desheredados a favor del último que se acercó a la persona demente, unos ancianos desprotegidos ante un hijo esquizofrénico...

En todos los países civilizados se están dando casos en los que los derechos fundamentales de los ciudadanos están siendo vulnerados por el Estado, apoyándose en sentencias o decisiones judiciales. Cabe hacerse esta pregunta: ¿vivimos en una época posmoral, en la que bastan el derecho y la política para resolver los problemas y conflictos surgidos en el ejercicio de la medicina? La solución al caso Eluana Englaro en Italia, al bebé de nueve meses OT en Reino Unido, como antes fue el de Terry Schiavo en Estados Unidos, o los de De Juana Chaos y Bolinaga en España, apuntan en esa dirección. En el caso de Eluana Englaro, una sentencia de la Corte Suprema Italiana exigió a los médicos que dejaran de alimentar a esta paciente que se encontraba en estado vegetativo desde hacía muchos años. El padre alegaba que su hija no habría querido vivir así, y solicitó una sentencia judicial para llevar a cabo su propósito, en ausencia del consentimiento personal del enfermo; en el caso de Reino Unido fue una juez quien ordenó desconectar de un respirador a un bebé de nueve meses aquejado de una enfermedad metabólica, ahora en contra de la opinión de los padres, que deseaban que su hijo viviera. En otros casos, como el de De Juana Chaos, se alimenta forzosamente a un terrorista en huelga de hambre, porque el Estado, acogiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Reglamento de Prisiones, no puede asumir que un preso, bajo su custodia, muera en la prisión. En el caso de Bolinaga, se le concede la libertad, en contra de la opinión de la médico forense, porque otros médicos consideran que está en un estadio terminal de su cáncer y morirá en los próximos meses. En otros casos, un juez ordena que se lleve a cabo un aborto porque al feto se le ha detectado una amputación de la extremidad distal del brazo y considera que es un grave defecto, que afectará gravemente a su calidad de vida. Hace unos años, la señora Haidar, defensora de los derechos de los saharauis, se puso en huelga de hambre en el aeropuerto de Lanzarote, en defensa del derecho de su pueblo a la independencia. Por unos días estuvo en el aire una intervención judicial para alimentarla forzosamente, e inclusive se mandó al médico forense a que la examinara. Afortunadamente, el caso se resolvió sin necesidad de que la señora Haidar fuese violentada en su libertad por un

estado intervencionista, más atento a velar por sus conveniencias que por los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ni siquiera los muertos podrán escapar a esta orgía estatalizadora de disponer de la vida y la muerte de los demás, sin su consentimiento y a veces contra su consentimiento. En España, la identificación de personas víctimas de la represión en la zona llamada nacional y enterradas en fosas comunes (Ley de la Memoria Histórica), en algunos casos se está llevando a cabo en contra de los familiares. Es el caso del poeta Federico García Lorca, en el que un juez había ordenado su exhumación en contra de los criterios de la familia. La oposición de la familia se basa en los mismos argumentos utilizados por el tribunal italiano en el caso de Eluana Englaro: interpretar el hipotético deseo del titular del derecho, si viviera. En este caso, los sobrinos de García Lorca interpretan que a su tío no le gustaría que en torno a su cadáver se organizase un "circo". La familia realiza una conjetura, como hizo el tribunal italiano (a Eluana no le gustaría vivir así), sólo que en este caso no tiene validez jurídica porque no la hace un juez, sino que la hacen los sobrinos.

Otro caso paradigmático es el del poeta José Luis Borges, que se exilió en Ginebra tres meses antes de morir. En sus últimos escritos expresó que no quería volver a Buenos Aires, y está inhumado en el cementerio de personajes ilustres suizos en Plain Palais (Ginebra). Hoy el gobierno argentino intenta elaborar una ley *ad hoc* para extraditar el cadáver de Borges, por ser una gloria nacional argentina, e

inhumarlo en el cementerio de la Recoleta en Buenos Aires. Idéntico caso ha ocurrido con Albert Camus. El presidente de la República Francesa, Nicolas Sarkozy, pretendió que el lugar donde debería reposar el premio Nobel y campeón de la libertad era el Panteón de Hombres Ilustres de París. Los hijos han frustrado, por ahora, esa intención.

En muchos de estos casos, el brazo ejecutor del atropello es un médico, sea o no forense, que al igual que los pacientes es víctima del poder del Estado, que le coacciona bajo diverso tipo de amenazas. El juez se yergue como figura infalible para suplantar voluntades, interpretar hechos médicos, y decidir incluso contra la voluntad de los propios pacientes: alimentación forzosa, interrupción de medidas que él considera especiales, tratamientos compulsivos, etc. La pregunta que cabría hacerse es "¿por qué un juez?", pero lo peor es que aceptamos con suma facilidad la respuesta "¿por qué? ¿quién si no?". ¿No es ir demasiado lejos en una interpretación extensiva de que es el juez el único que puede velar por los derechos fundamentales? La conclusión es que para la protección de los derechos de la personalidad se aplicará la misma doctrina que rige en la interpretación de la prueba pericial: isana crítica!, sin someterse a control alguno (Art.348 de la LEC y art 741 de la LECrim).

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Bibliografía

1. Jurisprudencia Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 4ª, S 3-1-2012, rec. 7014/2010. 2/1/2012 Pte: Lecumberri Martí, Enrique.
2. Villanueva E, Villanueva H. ¿Es éticamente aceptable una regulación general de la objeción de conciencia? Medicina e Morale. *Rivista Internazionale di Bioetica*. 2010;5:685-704.
3. Villanueva E. Bioética versus derecho médico. Discurso de apertura del curso 1995-96, en la Real Academia de Medicina de Granada (Andalucía Oriental). *Seminario médico*. 1996;48(3):94-104.
4. Vieira DN. El médico forense como garante de los derechos fundamentales. *Rev Esp Med Legal*. 2011;37(2):49-50.
5. Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica. OMC, julio de 2011.
6. Mill JS. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial; 1997.
7. López Calera N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel; 2000.
8. Lukes S. *El individualismo*. Barcelona: Península; 1975.
9. Platón. *Diálogos*. Obra completa en 9 volúmenes. Volumen IV: República. Madrid: Editorial Gredos; 2003.