

# EN LA CONVERGENCIA DE DOS HUMANISMOS: MEDICINA Y DERECHO

Alejandro Cruzado Balcázar

EN LA CONVERGENCIA DE DOS HUMANISMOS:  
MEDICINA Y DERECHO<sup>1</sup>

Por: Dr. Alejandro Cruzado Balcázar

La vinculación del ordenamiento jurídico con la medicina es de época moderna. Así, normas legales tan básicas como la autorización para el ejercicio de la medicina en todos los países del orbe datan solo de la segunda mitad del siglo XIX; y la seguridad social también es un concepto de aquella época progresista. Pero el proceso ha seguido un curso acelerado y en la actualidad son muchos los problemas comunes al Derecho y la Medicina.

## I. MARCO TEÓRICO

En casi todos los países, una serie de estatutos regulan estrictamente la actividad del médico, tanto en su trabajo individual como en los consultorios colectivos, con capítulos especiales relativos a la investigación clínica. La relación del médico con el paciente está a menudo sometida a contratos de validez legal, bien sean con el individuo, con una organización de seguridad social o incluso con un gobierno, todo lo cual ha puesto en cuestión los tradicionales deberes y derechos del médico en torno al secreto profesional. El médico, ahora, puede ser citado ante un juzgado o tribunal para absolver preguntas que no tienen categórica respuesta científica. Si se trata de un investigador clínico su trabajo se verá sometido a regulaciones estrictas, sobre todo cuando se trata del empleo de medicamentos. El ginecólogo se enfrentará con problemas de índole relacionados con la anticoncepción, el aborto, la esterilización, o incluso la inseminación artificial. Todos estos problemas entrañan también aspectos legales. Si trabaja en un hospital con centro de reanimación, el médico se enfrentará con el problema del momento en que debe cesar la reanimación, y el cirujano especialista en trasplantes tropezará con las disposiciones legales que regulan la extracción de órganos de cadáveres o de seres vivos.

Por supuesto, no es posible discutir todos estos temas en un artículo tan limitado como el presente, por cuyo motivo se mencionarán solo algunos problemas con que se enfrenta el médico en el mundo moderno.

Los avances de las ciencias médicas en los últimos años han revolucionado las relaciones entre Medicina y Derecho, y con toda seguridad se puede predecir que asistiremos a cambios mucho más trascendentales antes de llegar a finales de esta centuria. Este trabajo solamente puede ser un comentario provisional a un tema que se halla en constante evolución.

## II. RELACIÓN ENTRE MEDICINA Y DERECHO

La evolución técnica de la medicina desde el Renacimiento, así como el creciente número de médicos al servicio de los enfermos, tuvieron como consecuencia una estructuración progresiva de las relaciones entre ambas disciplinas. No siempre resulta fácil para el médico admitir la evolución de las estructuras, es decir, la intervención legislativa y judicial en el ejercicio de una profesión que exige cualidades eminentemente personales, como son la vocación y la conciencia de responsabilidad moral.

El problema no es nuevo, pero su solución es de palpitante actualidad. Ante la expansión económica de las sociedades y de los individuos, ante la mutabilidad, para no decir inestabilidad, de los grupos sociológicos; ante la confrontación de los problemas de un orden moral que ya no se impone con la homogeneidad y el rigor de antaño, existe el problema de la convivencia de concepciones distintas entre grandes grupos sociológicos, sean nacionales o regionales; se trata, a fin de cuentas, del problema de la tolerancia o del equilibrio legalizado dentro de los límites de un orden público común.

Todo esto nos obliga a considerar la medicina no solo desde el punto de vista de una moral autónoma o impuesta por el ambiente<sup>2</sup>, sino también desde el punto de vista del legislador y el magistrado guardián del orden público. Efectivamente, está en juego el orden público. No el orden público universal, ideal, pero sí el de las sociedades organizadas.

Las relaciones entre la Medicina y el Derecho pueden ser a menudo fuente de conflictos: la independencia tradicional del médico, al amparo de su deontología profesional, choca a veces con imperativos legales, y la aplicación de la regla de derecho puede tropezar con resistencias.

La incompatibilidad (quizá más aparente que real, pero de todas formas manifiesta) de las concepciones prácticas y concretas de la Medicina y del Derecho, resulta cada vez más evidente con el incremento contemporáneo de las necesidades del individuo: el respeto por el bienestar individual, que la medicina de hoy permite mantener cada vez mejor, suscita en el hombre moderno, en el individuo, exigencias a veces difícilmente compatibles con el orden público consagrado en la legislación, que a su vez depende también de la moral.

En el ejercicio de su arte, el médico se encuentra a menudo en la alternativa entre sus afectos y sus obligaciones; puede hallarse ante una situación que no ofrece criterios de apreciación: piénsese por ejemplo en el caso clásico, por fortuna cada vez más raro, del tocólogo que debe escoger entre la muerte del hijo no nacido y la de la madre; piénsese en el médico que ante el problema realmente grave de un aborto se desatiende de la paciente y la induce a peregrinar por otros países, por desconocimiento de las condiciones reales de aplicación de una legislación especialmente delicada.

En otro dominio, aunque sin salir de la aparente incompatibilidad entre el pensamiento jurídico y médico, comprobamos las dificultades que se nos plantean en la actuación pericial.

El juez espera del experto médico la solución radical de un estado de hechos. No se contenta con los informes no concluyentes, porque él debe juzgar y decidir; de allí su tendencia a preferir las respuestas afirmativas o negativas categóricas, frente a respuestas más matizadas que lo dejan en la incertidumbre; ante el problema de lo que llama el caso límite, el juez tiende al esquematismo. Por desgracia se va imponiendo también insidiosamente la prueba legal que fija el límite jurídico de la tasa de alcoholemia,

drogadicción y farmacodependencia que significa la condenación o la absolución. De esta forma, el juez se encuentra eximido de matizar su apreciación y de justificar la autonomía de sus decisiones. Y ello es explicable, ya que el juez que debe aplicar justicia en situaciones afines a las que acabamos de mencionar, no quiere entregarse a asutiles consideraciones individuales, que serían fuentes de discriminación aparentemente faltas de equidad.

Así pues, el juez debe emitir su fallo lo antes posible, mientras que el perito médico debe esperar a veces hasta que los hechos necesarios para la apreciación médico legal hayan llegado a cierto grado de madurez [v. gr. en la investigación médico-forense del homicidio].

De otro lado, el ideal de una medicina accesible a todos, fundado en una legislación lógica en sí, se encuentra desgraciadamente en contradicción con las posibilidades reales del rendimiento psicosomático del médico, posibilidades que el público no puede apreciar con claridad. Es preciso subrayar: la Medicina, cualquiera que sean sus modalidades, exige una libertad total del médico práctico o del experto. Aun cuando el público acepta esta verdad, no lo hace en el mismo sentido, ya que el término libertad no tiene exactamente el mismo significado en dos lenguajes, el del médico y el del público que postula una legislación de compromiso. Son muchos los imperativos socio-económicos y políticos que fuerzan la mano del legislador en el momento de elaborar leyes que no pueden tener en cuenta el fenómeno técnico-psicológico que representa la medicina. Empero, no es menos cierto que el médico no siempre se da cuenta de que en las sociedades modernas la medicina se convierte, se quiera o no, en un auténtico servicio público con todos sus conocidos inconvenientes.

La causa de ese descrédito no son las ideas políticas, ni los sentimientos o resentimientos; ya que de ser así, estaríamos interpretando superficialmente un fenómeno complejo que no admite explicaciones simplistas. Sin embargo, podemos postular de antemano que la actitud del enfermo y de sus allegados ante el médico es ambivalente; y que la respuesta a la cuestión no se encontrará en un análisis superficial de la opinión pública.

### III. HISTORICISMO DE LA RELACIÓN MEDICINA-DERECHO

Desde la época bíblica antdiluviana hasta nuestros días, el derecho médico se ha transformado radicalmente. La estructura primitiva puramente moral o hierofántica de la profesión ha ido asumiendo un ordenamiento jurídico cada vez más firme, complejo e imperativo. Las responsabilidades de la medicina y del médico se han precisado y acrecentado en una medida a veces sorprendente. Sin embargo, hay que admitir que las pesadas obligaciones jurídicas que dimanar de la obligación contemporánea, constituyen la inevitable contrapartida de las enormes posibilidades de la medicina moderna. El público sabe que puede ser exigente, habida cuenta del costo que nuestras instituciones reportan a la comunidad.

La intervención del Derecho en la Medicina, al igual que la influencia de la Medicina sobre el Derecho, es la concreción jurídico-sociológica de lo que hasta el siglo pasado pertenecía exclusivamente al dominio de la moral. El cirujano francés Ambroise Paré<sup>3</sup>, decía todavía: Yo aplico los vendajes, Dios cura. Ningún paciente actual se contentaría con esta piadosa consideración ante un fracaso, aunque solo fuera parcial, del médico.

La Medicina tiene un porvenir fecundo, y los progresos actuales son ya impresionantes, pero subsiste la ambivalencia fundamental del psiquismo humano ante Prometeo: para muchos de nuestros contemporáneos, ya sea a título individual, ya sea como miembros de sectas religiosas, el médico perturba el orden natural de las cosas, previsto y querido por la Divina Providencia.

La Medicina prosigue incansable su camino, pese a las vacilaciones propias y a la incompreensión ajena. Y si su servicio al enfermo y a la salud pública ha podido ser objeto de discusión, su irrupción en la vida del Derecho, ya mucho antes de la época contemporánea, es un hecho innegable.

Además del desarrollo evidente y a menudo temerario de la Medicina Legal, el siglo pasado vio aparecer una jurisprudencia que empezó a tener en cuenta al médico, aunque solo fuera para sentarlo en el banquillo de los acusados. Los primeros procesos de responsabilidad civil, derivados de la negligencia profesional, atestiguan esa evolución, que fue aceptada no sin reparos. Este proceso inexorable, como es lógico, implica para el médico forense pesadas imposiciones que nuestros predecesores difícilmente habrían admitido y tolerado: apoyándose en la moral y en sus principios, el médico actuaba espontáneamente, de acuerdo con su propia conciencia.

La evolución moderna va sustituyendo poco a poco esta deontología histórica y universal, común a todo el pensamiento médico, por un sistema de reglas de derecho nacionales, que el cuerpo médico no siempre está dispuesto a admitir. Es más, los mismos médicos pueden encontrarse divididos en bandos durante la elaboración y aplicación de las nuevas legislaciones. Piénsese por ejemplo, en lo que se llama en términos generales el “seguro social”, fuente de conflictos graves que conducen a interminables discusiones y desencadenan a veces dramáticas ruptura de convenios; piénsese en la legislación del aborto en casos especiales: ¿Se considerará obligado el médico a practicar un legrado uterino, cuando todas las condiciones legales lo permiten, en el caso de que su conciencia se oponga formalmente a ello? ¿Qué pensar de un médico que debe llenar un certificado para una compañía de seguros, pronunciándose sobre el estado psíquico (entiéndase alcoholismo, drogadicción o farmacodependencia) de su paciente?

Vemos, pues, en algunos ejemplos citados sumariamente, dos sectores de contacto entre la Medicina y el Derecho que plantean problemas fundamentales:

1. La Medicina moderna se ha hecho accesible a todos, debido a la expansión económica. La legislación debe conciliar los intereses de unos y otros. Por querer abarcar demasiado, se exceden las posibilidades. Se vive una política de compromiso que aunque no origina problemas de derecho fundamental, ocasiona un desequilibrio, dependiente de la economía.
2. Como consecuencia del desarrollo de las técnicas médicas, ciertas intervenciones resultan cada vez más fáciles de realizar. Los interesados saben que se encuentran al alcance de su mano. Por ello, algunos actos que antes se consideraban criminales o por lo menos discutibles, se encuentran hoy legalizados en ciertos países o tolerados más o menos ampliamente. Citaremos entre ellos:

- La interrupción del embarazo;
- La esterilización;

- La castración de ciertos delincuentes o antisociales;
- El cambio de sexo;
- La anticoncepción;
- La cirugía reparadora;
- La inseminación artificial;
- El trasplante de órganos;
- El examen de ADN
- La clonación, etc.

Se entrevén aquí los problemas de discriminación (o de indicación) que entraña la aplicación de estas actividades terapéuticas, tanto más por cuanto no todos los médicos se sienten vinculados a la misma moral. El divorcio entre Medicina y Moral puede llegar a ser completo.

En el campo de los informes periciales propiamente dichos, la determinación de datos biológicos plantea el doble problema de su valor probatorio intrínseco y su integración en la dialéctica jurídica y en el espíritu de la ley (citamos en el Derecho la exclusión de la paternidad cuando se trata de identificar al padre natural o cuando se impugna la legitimidad de un hijo).

En el campo de los seguros en general, la clásica relación contractual entre médico y paciente queda profundamente perturbada por los derechos de la compañía de seguros y por los informes precisos, aun en el caso de que sean perjudiciales a los intereses del enfermo; estamos muy lejos de la consulta médica descrita por Porthes<sup>4</sup> como un diálogo entre una ciencia y una conciencia.

#### IV. FUNDAMENTOS DEL DERECHO MÉDICO

Para considerar el Derecho médico evitando los riesgos del sentimentalismo, es preciso analizar a fondo las mismas bases de este derecho. Ante todo debemos evitar una confusión: Deontología y Derecho no son realidades idénticas a despecho de nuestra tendencia natural a configurar la profesión médica de acuerdo con un ideal personal. Si nos ceñimos al Derecho nos hallamos en terreno más firme, que no deja lugar a discusiones de cariz individualista. El requisito esencial de todo acto médico conforme a ley, es y solo puede ser la indicación médica en su sentido tradicional y científico. Sin indicación no existe aquello que califica de acto ordenado por un deber profesional que viene a ser una condición análoga al principio universal del Derecho Penal: El que practica un acto permitido por la ley o el que procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión<sup>5</sup>. Cualquiera intervención médica opuesta al deber profesional o no dictada por éste será necesariamente delictiva.

Para la legitimidad de un acto médico, a la indicación terapéutica debe sumarse el asentimiento del enfermo o de su representante legal, tutor, curador, etc.). Este consentimiento del enfermo debe ser explícito. Pero si el consentimiento del paciente es uno de los elementos esenciales (salvo en ciertas excepciones que no podemos enumerar aquí), en principio tampoco es suficiente. El orden público se opone a las indicaciones carentes de fundamento médico, aunque a ellas se sume el asenso del paciente; el principio jurídico contenido en el brocardo latino *volenti non fit injuria* llamado también *injuria volenti non irrogatur*\* no tiene valor en este dominio. Así, por ejemplo, una esterilización

practicada sin indicación médica es un acto criminal, un grave atentado a la integridad corporal en el sentido del Código Penal, y debe perseguirse de oficio.

¿Qué ocurre cuando el paciente es incapaz de dar un consentimiento válido? Para evitar esta digresión, recordemos que el menor emancipado para ejercer derechos estrictamente personales puede recurrir al médico incluso en ausencia del representante legal. ¿Qué sucede cuando el enfermo rehúsa un tratamiento formalmente indicado? El caso es, por fortuna, excepcional. Cuando un adulto sectario rehúsa una intervención salvadora, no podemos hacer otra cosa sino intentar convencerlo. Solo es posible obligar a un enfermo a aceptar un tratamiento cuando representa un peligro para los que le rodean: Es el caso del internamiento en una clínica psiquiátrica. ¿Pero que ocurre cuando un niño necesita, por ejemplo, una transfusión de sangre urgente a la cual se oponen los padres, fundándose en su convicción religiosa? La respuesta se encuentra en el principio universal del Derecho Penal, denominado justificación suprallegal, o protección del interés prevalescente:

Cuando un acto se ejecute para preservar de un peligro inminente – e imposible de evitar de otra forma – un bien perteneciente a otro, sobre todo la vida y la integridad corporal, este acto no será punible.<sup>6</sup>

La legitimación de la actividad del médico, cualquiera que sea su especialidad, está perfectamente establecida: la indicación médica es la justificación básica y esencial de toda intervención; por lo demás, solo el profesional (calificación que se ajusta a las normas de la legislación sanitaria) tiene derecho a establecer la indicación.

## V. LA INDICACIÓN TRADICIONAL

Puede denominarse así la indicación psico-somática encaminada a mantener o establecer el bienestar individual. Esta privilegiada misión se confiere a personas consideradas competentes, responsables y oficialmente habilitadas. La responsabilidad civil del médico práctico se va estructurando en un sistema que de hecho y de derecho es cada vez más riguroso, y desemboca en la responsabilidad causal.

Pese a la proliferación de terapeutas ajenos a la Medicina que viven a costa de la expectativa de las poblaciones dolientes, solo el médico sigue siendo responsable en un cien por ciento. Su cultura, su formación, su ética lo colocan en situación de plena responsabilidad: su derecho al error se restringe para dar lugar, de una forma cada vez más amenazadora, al riesgo de “presunción de error”. Todo ello nos conduce, como acabamos de decir, hacia la responsabilidad causal que invade día tras día la responsabilidad moral e intelectual del médico.

## VI. LA INDICACIÓN COLECTIVA

Además de la indicación médica individual existe la indicación que se puede calificar de colectiva: la historia nos ofrece ejemplos de ella en las medidas profilácticas de las cuarentenas y leproserías. Hoy, asistimos a la formación espontánea de sectores sociales que agrupan a individuos con particularidades comunes en su modo de vida; a veces la formación de tales comunidades es menos espontánea. Las colectividades así formadas tienen necesariamente un modo de vida y una ética particular: piénsese por ejemplo en las diferencias de mentalidad entre los habitantes de los llamados “barrios residenciales” y los llamados “pueblos jóvenes” o “barrios marginales”.

La formación de esos sub grupos sociológicos privilegiados o postergados, da origen a una concepción dispar en la indicación médica. Según las contingencias económicas estos sub grupos pueden ejercer cierta presión sobre el legislador; la influencia de estos grupos puede extenderse ampliamente hasta constituir, por ejemplo, un grupo mayoritario en un Estado. Su concepción de la vida y del bienestar del individuo, influirá entonces en la legislación; de allí la aparición de indicaciones médicas que ya no surgen estrictamente de la salud física y psíquica individual, sino de la salud en el sentido del preámbulo de la carta de la OMS\*\*. Puede darse el caso de que el interés individual de un paciente se imponga frente al interés colectivo: se arruina a una familia por un tratamiento costoso y sin expectativa; se solicitan cada vez más poderes públicos para el mismo objetivo. Se plantean entonces serios problemas de salud pública, como los que surgen o surgirán tarde o temprano en todos los sistemas de seguridad social.

Otros muchos problemas arraigan también en esta ambigua situación: se tiende a una mayor condescendencia para con el aborto en situación de miseria, violación sexual, enfermedad infecto-contagiosa de los padres que será transmitida al hijo, abandono, adulterio y soltería; las repercusiones sobre el plano humano y social dan origen a una cierta indicación “moral”. La colectividad, por su parte, se convierte en cómplice de esta situación y la prueba más evidente de su complicidad es el número de abortos criminales no perseguidos.

Es preciso preguntarse si la sociedad no extiende la indicación médica más allá de la indicación tradicional; en ciertos países el aborto se ha convertido en medio de regulación de la natalidad; la contracepción, reprobada por algunos, se ha convertido en empresa oficial del Estado en otros.

Ello nos obligaría a un análisis que por falta de espacio debe quedar reducido a la enumeración de problemas:

1. El aborto terapéutico, concepto médicamente nebuloso que se convierte en “interrupción no punible del embarazo”, un crimen cuya impunidad queda garantizado en varios países.
2. La esterilización de ciertos sujetos anormales, que ha exigido una legislación especial: la intervención quirúrgica, un grave atentado contra la integridad corporal resulta autorizada y reglamentada.
3. La castración denominada “terapéutica” de ciertos delincuentes, muy justamente impugnada.
4. La cirugía “estética”, cuya evolución ha legitimado indicaciones que antaño se consideraban frívolas.
5. La inseminación artificial, que colisiona contra los principios deontológicos.
6. La venta de órganos humanos destinados a trasplantes.
7. La clonación humana, impugnada por la ética y la deontología profesional.

Y la lista podría alargarse todavía.

## VII. CONCLUSIONES

Al término de estas consideraciones dictadas por la práctica de la Medicina Legal, intentaremos formular una síntesis:

Después de las incertidumbres de los tiempos heroicos -no tan lejanos como podría parecer- la ciencia médica ha adquirido una seguridad y una perfección técnica suficiente para ofrecer a los enfermos insospechadas posibilidades de curación, de bienestar físico y psíquico. El crédito adquirido por la Medicina implica una necesaria contrapartida: una responsabilidad tanto más rigurosa.

Por tanto, la vida del médico se encuentra vinculada cada vez más a un complejo sistema de obligaciones precisas, de problemática relación con la tradicional deontología: un ideal médico sigue siendo el de siempre, pero la legislación evoluciona de un modo más concreto; ya no estamos en la época en que la relación médico-enfermo se caracterizaba especialmente por los deberes del médico hacia el paciente, sino en la época en el enfermo es consciente de sus derechos frente a la medicina.

Los problemas de legalización de medidas contrarias o ajenas a la deontología médica, son a veces insolubles: se trata entonces de buscar paliativos. Si la responsabilidad civil del médico descansa hoy sobre una base bastante firme, existen otros dominios, precisamente los que mayor relación guardan con la moral, donde es casi imposible encontrar un denominador común.

§ VII. 1 ¿Debe inclinarse el Derecho a la Medicina o es preciso admitir lo contrario?

En realidad la evolución técnica de la medicina modifica progresivamente el significado de la intervención sobre el hombre enfermo: en 1750 una laparatomía habría sido un escándalo público. Hoy día es una intervención trivial. La cirugía estética constituía una actividad insólita no hace mucho tiempo; hoy día nadie discute su fundamento. El trasplante de órganos, antaño condenado por estar a contramano con los principios rectores de la moral y las buenas costumbres, hoy día es una práctica quirúrgica cotidiana. La interrupción del embarazo, atentado contra la vida, se halla en un estado de evolución inquietante no exenta de contradicciones.

En todas partes el legislador, en colaboración con el médico, debe buscar los medios para fijar estructuras y establecer reglas de derecho conforme a la moral, a la ética y la deontología. El resultado no es siempre perfecto; pero no debemos olvidar que solo estamos al comienzo de la época de confrontación práctica entre la Medicina y el Derecho.

Dr. Alejandro Cruzado Balcázar

## BIBLIOGRAFÍA

1. Revista Jurídica del Perú. Año XXIX – Número II; Págs. 102-111
2. GOLDSCHMIDT, Werner: La ciencia de la justicia (Dikelogía). Madrid; Ed. Aguilar, 1958, págs. 9-12.
3. PARÉ, Ambroise: (1517-1590). Padre de la cirugía moderna. Considerado como uno de los precursores de la Medicina legal. Tomado de Diccionario Enciclopédico UTHERA tomo VIII, pág. 165. Su proverbio ha sido interpretado de varias formas: “Yo lo traté, pero Dios

lo salvó”; “Yo cuidé al enfermo, Dios le sanó.”; “Yo lo pensaba, Dios lo curó”; “Yo curo la herida, pero solo Dios la cicatriza”; “Yo curé sus heridas, Dios las sanó” etc.

4. PORTHES. Citado por el Dr. Guido Berro Rovira en su artículo Medicina Legal y Derecho médico, publicado en <http://www.saludline.com.ar>.

5. Cfr. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis: La ley y el delito. Ed. HERMES. Cuarta ed.; 1963; págs. 315-316; 320-321.

\* Volenti non fit injuria o injuria volenti non irrogatur: Es una doctrina del derecho anglosajón según la cual si una persona voluntariamente se pone en una posición donde podría resultar dañada, donde se le podría ocasionar un perjuicio, sabiendo que podría sufrir tal magnitud de daño, no podrían demandar indemnización de perjuicios si tal daño acontece. Tomado de [es.wikipedia.org/wiki/Volenti\\_non\\_fit\\_injuria](http://es.wikipedia.org/wiki/Volenti_non_fit_injuria)

6. Cfr. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis: Ob. Cít.

\*\* OMS: Preámbulo [...] La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades [...] [...] Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

La Organización Mundial de la Salud, organismo especializado de la Naciones Unidas, con sede central en Ginebra -Suiza- creada en 1948.