

LA RELACIÓN CLÍNICA EN EL SIGLO XXI: CUESTIONES MÉDICAS, ÉTICAS Y JURÍDICAS

José Antonio Seoane
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad da Coruña

“Mi humilde apellido es *Bigu* (Necesitado-de-imitar-a-los-Antepasados).
Mi nombre propio es *Rixin* (Renovarse-cada-día).
[...]

Tal es el doble vínculo del nombre del letrado.
Me renuevo cada día en la necesidad de imitar las obras de los Antepasados”
(Pascal QUIGNARD, *Las sombras errantes*, 2002)

Sumario. 1. ¿De nuevo sobre la relación clínica? Planteamiento y tesis. 2. Las razones de una nueva propuesta. 2.1. El proceso de constitucionalización. 2.2. La globalización, o el desbordamiento del Estado. 2.3. ¿*Volenti non fit injuria*? La reconsideración de la autonomía como vía de superación del autonomismo. 2.4. ¿Existe algún paternalismo justificado? La no maleficencia y cierta beneficencia como obligación moral y jurídica. 2.5. La rehabilitación de la confianza. 3. La relación clínica del siglo XXI. 3.1. Aclaración metodológica. 3.2. La relación clínica como práctica social institucionalizada. 3.3. El cuidado de la salud de las personas como fin de la relación clínica (I). Perspectiva médica. 3.4. El cuidado de la salud de las personas como fin de la relación clínica (II). Perspectiva ética y jurídica: capacidades, funcionamientos seguros, derechos. 3.5. El rumbo de la relación clínica. 3.6. El carácter normativo de la relación clínica. 3.7. El carácter lingüístico de la relación clínica. 3.8. El carácter comunicativo de la relación clínica. 3.9. El carácter prudencial de la relación clínica. 3.10. El carácter narrativo de la relación clínica. 3.11. El carácter ejemplar de la relación clínica.

1. ¿De nuevo sobre la relación clínica? Planteamiento y tesis

§ 1. *Más allá del paternalismo y del autonomismo*¹. El modelo de relación clínica predominante

a lo largo de la historia ha sido el paternalismo. El paternalismo -la actitud paternalista- consiste en decidir por y sobre el otro sin el otro, o sin tomar en consideración al otro. En general, implica la limitación intencionada de la autonomía o la libertad de decisión y acción de una persona sin tomar en cuenta

* Por un fallo en la maquetación del número extraordinario dedicado al XVI Congreso, se publicó incompleta la presente ponencia. Se publica íntegra en este número y se ruega al ponente y a los lectores disculpas por el error producido.

¹ Una exposición más detallada en José Antonio Seoane, “Del paternalismo al autonomismo: ¿hay otros modelos de fundamentación ética?”, en *La Bioética, mosaico de valores*, Manuel de los Reyes López et al (coord.), Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2005,

77-104, y bibliografía allí citada; José Antonio Seoane, “El significado de la Ley básica de autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) en el sistema jurídico-sanitario español. Una propuesta de interpretación”, *Derecho y Salud* 12/1 (2004), 41-60. Recientemente cfr. Thomas Nys, Yvonne Denier, Antoon Vandavelde (eds.), *Autonomy and Paternalism. Reflections on the theory and practice of health care*, Leuven, Peeters, 2007.

su parecer, con la finalidad de evitarle un daño (paternalismo proteccionista o no maleficente) o proporcionarle un bien (paternalismo benéfico o perfeccionista). En su proyección al ámbito sanitario, el paternalismo alude a dos rasgos del papel paterno: la beneficencia y la legítima autoridad. El profesional asistencial, superior en conocimientos (técnicos), experiencia y pericia, ha sido requerido para favorecer los intereses del paciente o usuario tal y como son entendidos por el profesional. En suma, la esencia del paternalismo es dejar de lado el principio de respeto a la autonomía apoyándose en el principio de beneficencia.

Hace apenas unas décadas, por influencia anglosajona y con una impronta más teórica que práctica, surge un modelo alternativo, que denominaré autonomismo. El autonomismo –la actitud autonomista– consiste en decidir por y sobre uno mismo sin los otros, o sin considerar a los otros. El autonomismo es la reacción pendular frente al paternalismo. El paternalismo equivale en la relación clínica a que el paciente, al igual que un niño menor de edad, es incapaz de distinguir lo beneficioso o perjudicial para él, y se ve obligado a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando el juicio del profesional asistencial acerca de cómo debe ser feliz. Frente a ello, se vindica la autonomía, que significa la salida del paciente o usuario de la tutela paterna y la conciencia de la capacidad de darse sus propias normas y de decidir sobre su propio bien en el contexto sanitario. En la compendiosa afirmación de John Stuart Mill: “Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”.

§ 2. *Cuatro lógicas (y más) del sistema sanitario.* Paternalismo y autonomismo son hoy modelos extremos y fallidos. Hay que evitar la polaridad beneficencia-autonomía y reinterpretar sus notas distintivas para fundamentar razona-

blemente la relación clínica actual. La relación clínica del siglo XXI no es igual a la relación diádica marcada por el encuentro entre un médico y un enfermo, sino el resultado de la evolución y reinterpretación de aquella relación y de la incorporación de nuevos elementos y nuevos personajes. El “enfermo” ya no es o está siempre enfermo; ha modificado sus atributos y roles: enfermo, paciente, usuario, cliente, consumidor,..., y se ha desplazado de una posición pasiva y paciente a una posición más activa o agente. Algo semejante sucede con el médico, quien ha dejado atrás su rol privilegiado y sacerdotal. Además, uno y otro conviven rodeados de terceros: familiares, amigos, y hasta la sociedad en su conjunto, así como otros profesionales que comparten con el médico su función asistencial (personal de enfermería, auxiliares, asistentes sociales, psicólogos,...) e incluso profesionales no asistenciales. El cuidado de la salud ya no se proporciona individualmente sino por un equipo. A esto cabe añadir la transformación de la forma de prestación de la asistencia de la salud, que ha arrinconado la práctica de la medicina como profesión liberal en beneficio de la generalización del cuidado de la salud en sistemas colectivos de seguridad y asistencia social, inicialmente de carácter sanitario y paulatinamente social, al menos en el ámbito legislativo español; esto es, de carácter sociosanitario.

Desde la perspectiva del sistema sanitario se han identificado cuatro protagonistas (médico, enfermo, tercero pagador e industria) y cuatro lógicas de funcionamiento diversas, todas ellas

2 Cfr. Tom L. Beauchamp y Laurence B. McCullogh, *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos (1984)*, traducción de Enrique Pareja Rodríguez, Barcelona, Labor, 1987, 98.

3 Cfr. John Stuart Mill, *Sobre la libertad (1859)*, traducción de Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza, 1970, 66.

4 Cfr. Pedro Lain Entralgo, *La relación médico-enfermo. Historia y teoría (1964)*, Madrid, Alianza, 1983.

5 Cfr. José Lázaro y Diego Gracia, “Presentación: La nueva relación clínica”, en Pedro Lain Entralgo, *El médico y el enfermo*, Madrid, Triacastela, 2.ª edición, 2003, 9-36; José Lázaro, Diego Gracia, “La relación médico-enfermo a través de la historia”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 29/Suplemento 3 (2006), 7-17.

6 Cfr. un panorama en Juan María Pemán Gavín, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Granada, Comares, 2005, 3-121.

7 Ejemplo reciente es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y su desarrollo normativo.

necesarias y potencialmente conflictivas⁸. En líneas generales, el médico se rige por la lógica del cuidado, a la que corresponde el valor de la acción benefactora y la evitación de la maleficencia; la lógica del enfermo es la lógica de la necesidad, a la que corresponden los valores de la inmediatez o accesibilidad y de la calidad de los cuidados. El tercero pagador gobierna su actuación mediante la lógica del rendimiento, basada en los valores de la eficiencia y de la viabilidad y sostenibilidad. Por último, la industria sanitaria sigue la lógica de la rentabilidad, propia del libre mercado, y también la lógica de la innovación, siendo sus valores la efectividad y la ganancia. El resultado es un sistema sanitario complejo, que debe integrar y armonizar la heterogeneidad y conflictividad de tales lógicas y valores. Junto a lo anterior, o como resultado de ello, cabe añadir un cambio aún más influyente y decisivo, apreciable desde las perspectivas médica, ética y jurídica: la transformación del significado del fin o bien propio de la medicina y de las profesiones asistenciales, así como de la relación clínica: la salud.

§ 3. *Anatomía de la relación clínica.* Con las correcciones y los matices que merece, lo expuesto ejemplifica la dificultad de articular un modelo teórico de relación clínica que dé cuenta de una realidad compleja que ya no es enteramente como antes pero que conserva los rasgos típicos que la han conformado durante siglos. Un modo fecundo de abordar la relación clínica consiste en delimitar su entramado o estructura conceptual y reducir la complejidad de la relación clínica a sus notas características, a una forma o modelo en el que quepan diferentes propuestas. Ello exige contextualizar la relación clínica y hacerse cargo de diversos fenómenos y “transiciones sanitarias”¹⁰ que exigen un replanteamiento:

8 Cfr. Enrique Baca, “Las cuatro ‘lógicas’ del sistema sanitario. Médico, enfermo, tercer pagador, industria”, *Claves de razón práctica* 165 (2006), 42-47.

9 Cfr. *Los fines de la medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas*, Daniel Callahan (dir.), (1996), Barcelona, Fundació Víctor Grifols i Lucas (Barcelona, 2004). Accesible en línea: <http://www.fundaciongrifols.org/docs/pub11%20esp.pdf> (Visita: 15.1.2008)

10 Cfr. Albert J. Jovell, “El paciente del siglo XXI”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 29/Suplemento 3 (2006), 85-90.

demográficos, como el incremento y envejecimiento de la población; epidemiológicos, como la aparición de nuevas enfermedades y el aumento de las enfermedades crónicas; científicos y tecnológicos, como el desarrollo y aplicación de nuevas tecnologías diagnósticas o terapéuticas y de la genética; sociales y culturales, como la medicalización de la sociedad, la sacralización de la ciencia y la subsiguiente construcción de desmesuradas -y poco informadas y realistas- expectativas sobre la potencialidad terapéutica de la medicina y otras profesiones asistenciales; económicos, como el aumento de costes y la insuficiencia de recursos e inversión en salud para satisfacer tales expectativas, alimentadas por la conversión de la salud en otro bien de consumo y por la adopción de un perfil de consumidor o cliente de servicios de salud por parte del ciudadano; etc.

En cualquier caso, para la perspectiva que adoptaré aquí subrayaré otros seis rasgos que merecen ser analizados con cierto detalle. En primer lugar, dos factores que han transformado notablemente las sociedades contemporáneas y, por ende, el contexto ético, jurídico, político, económico, etc. de la relación clínica: la constitucionalización y la globalización, cuya importancia aumenta en razón del modelo de relación clínica propuesto, asentado en las capacidades, los funcionamientos seguros y los derechos. En segundo lugar, dos argumentos que pretenden superar las deficiencias de los modelos de fundamentación señalados: la reconsideración del alcance del paternalismo y la beneficencia y de la autonomía y, un tercero que complementa los anteriores: la necesidad de rehabilitar la confianza en el seno de la relación clínica. Finalmente, la evolución del significado del fin de la relación clínica: el cuidado de la salud. Todos ellos ejemplifican el cambio de perspectiva requerido por el tránsito de la relación clínica clásica a un modelo más amplio de relación asistencial de carácter sociosanitario.

§ 4. *Tesis.* Tomando en consideración lo anterior, la relación clínica del siglo XXI se presenta como una relación sociosanitaria ocupada del cuidado de la salud, concebida desde un doble enfoque. De una parte, el enfoque de las capacidades y el de los funcionamientos seguros; de otra, el modelo de los derechos -y su envés, los deberes-. Así, la rela-

ción clínica es una práctica social institucionalizada cuya finalidad es el cuidado (sociosanitario) de la salud, entendida como capacidad y funcionamiento seguro y garantizada como derecho. O en una formulación más sencilla: la relación clínica es una práctica social institucionalizada dedicada al cuidado de la salud de las personas.

2. Las razones de una nueva propuesta

2.1. El proceso de constitucionalización

§ 5. Tras la Segunda Guerra Mundial se perfila en Europa una nueva configuración ética, política y jurídica de nuestras sociedades y un nuevo significado o modelo de Constitución, que es su elemento normativo nuclear y vertebrador. La Constitución española de 1978 introduce en nuestro país las bases de este paradigma, caracterizado por la consideración de la Constitución como orden de valores u orden axiológico que impregna todas las esferas de la vida social¹¹. Como todo cambio de paradigma, la constitucionalización implica un nuevo significado para las instituciones y conceptos anteriores. El modelo jurídico-político de referencia en los últimos siglos, al menos durante la vigencia del positivismo, era el Estado de Derecho legislativo, vertebrado y culminado por la ley. Dicho modelo está agotado¹². Hoy estamos en el Estado constitucional de Derecho, cuya comprensión demanda otra respuesta teórica.

La jurisprudencia constitucional y la ciencia jurídica alemanas han mostrado con claridad los rasgos del proceso de constitucionalización. Dos fallos en

los que se prohibieron los partidos políticos *Sozialistische Reichspartei* (1952) y *Kommunistische Partei Deutschlands* (1956), el caso *Elfes* (1957) y, sobre todo, el caso *Lüth* (1958) alumbraron una nueva concepción del alcance y significado de la Constitución que modificó la teoría constitucional e impregnó la dogmática de los derechos fundamentales. Ahora merecen ser destacados cuatro rasgos.

- a) *Materialización del sistema jurídico*. La Constitución no se limita a fijar los límites del poder del Estado, sino que se convierte en la positivación jurídica de los “valores fundamentales” de la vida en común.
- b) *Derechos fundamentales como núcleo valorativo*. La garantía constitucional de los derechos individuales no es meramente una garantía de los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que incluye un orden objetivo de valores. Esto conduce a reconocer la *doble dimensión de los derechos fundamentales*: una dimensión individual o subjetiva, en cuanto facultades que garantizan un ámbito de libertad individual a su titular; y una dimensión objetiva o institucional, como elementos estructurales del orden jurídico y fundamento de la comunidad política, así como criterios orientadores de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los valores y fines constitucionales.
- c) *Omnipresencia y ubicuidad de los derechos fundamentales*. Los derechos constitucionales no se aplican únicamente a las relaciones entre el ciudadano y el Estado sino al sistema jurídico en su conjunto: éste es el efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*). De aquí surge, asimismo, la denominada eficacia horizontal o entre terceros (*Drittwirkung*).
- d) *Ponderación*. Las normas constitucionales presentan contenido valorativo y suelen adoptar la forma de principios, de cláusulas abiertas y genéricas que apuntan al logro o la consolidación de fines o estados de cosas considerados valiosos. Ello exige un tipo de razonamiento jurídico-práctico que permita incluir valores y fines en los razonamientos y

¹¹ Una explicación del significado del nuevo paradigma en Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005; Luis M. Cruz, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.

¹² Cfr. Robert Alexy, “Sistema jurídico y razón práctica” (1987), en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, 159-177; Miguel Carbonell (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de investigaciones jurídica-UNAM, 2007; Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; Pedro Serna, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1995.

se acomode a la estructura principialista de las disposiciones constitucionales.

Lo relevante de esta inicial jurisprudencia constitucional alemana es haber sentado las bases de una nueva forma de concebir el sistema jurídico. Desde la perspectiva de varias décadas de evolución constitucional es posible completar el panorama con algunas notas más.

5. *Las valoraciones forman parte del Derecho.* El intento positivista de separar artificialmente el plano valorativo, más allá del Derecho, y el plano estrictamente jurídico, reducido a los hechos, ha fracasado. El rechazo de la tesis de la separación y el reconocimiento de la conexión entre el Derecho y la moral conducen a afirmar la continuidad del Derecho, la moral y la política.
6. *Superioridad normativa de la Constitución*, de la que se derivan varias tesis:
 - a) La Constitución constituye una auténtica norma jurídica, válida y aplicable, y no una mera norma programática.
 - b) La Constitución no es una norma cualquiera, sino la cúspide del sistema jurídico, que ostenta primacía sobre las restantes normas, cuya validez parte y desemboca en ella.
 - c) El ordenamiento jurídico ha de interpretarse conforme a la Constitución, que representa, en última instancia, el criterio de validez de toda norma jurídica.
 - d) Todos los poderes públicos y ciudadanos están sujetos a ella. De este modo, existe una subordinación del poder legislativo a la regulación constitucional.
7. *Los órganos de adjudicación como órganos primarios.* Los órganos jurisdiccionales, en particular el Tribunal Constitucional, ocupan un lugar preeminente en el sistema jurídico, que antes correspondía al legislador.

Son ejemplo de la continuidad entre interpretación y creación, producción y aplicación del Derecho. Por tanto, más que de interpretación y aplicación ha de hablarse de proceso de concreción o determinación del Derecho.

8. *Superioridad de la jurisdicción constitucional*, que no es consecuencia únicamente de la superioridad normativa de la Constitución y del carácter primario de los órganos de adjudicación, sino también de las peculiaridades de las disposiciones constitucionales, singularmente las referidas a derechos fundamentales, que exigen una interpretación y una actualización para determinar su significado. Esta tarea de ajustamiento corresponde, de forma directa, a la jurisdicción constitucional y, de forma indirecta, a la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción constitucional completa y actualiza el texto constitucional, de modo que hablar de la supremacía de la Constitución significa hablar de la Constitución y la jurisprudencia constitucional.

2.2. La globalización, o el desbordamiento del Estado

§ 6. El segundo factor de transformación de las sociedades contemporáneas es la tendencia a la globalización, internacionalización o supraestatalidad. En el modelo clásico los perfiles jurídicos se superponen a los perfiles políticos: el Estado-nación halla reflejo en el Derecho estatal, caracterizado en torno a la ley¹³. En el sentido político actual, el Estado es una realidad moderna, articulada en torno a la noción de soberanía. En el plano jurídico, el imperio de la soberanía estatal exige reducir el Derecho a la ley emanada del soberano, a través de la uniformización y la estatalización de las fuentes del Derecho¹⁴. En la actualidad los Derechos estatales y el propio Estado han sufrido una conmoción en su estructura tradicio-

13 Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (19602), traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1979, 285 ss., en particular 321.

14 Cfr. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1979), traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, 169-186.

nal. La soberanía ya no es un poder tan absoluto y el sistema jurídico estatal ya no es el único en su territorio. Dos tendencias simultáneas muestran que la soberanía o la territorialidad, notas distintivas del Estado, se erosionan y redefinen: un movimiento *ad extra* o de supraestatalidad, y un movimiento *ad intra* o de infraestatalidad. En el caso español, más allá del Estado surgen las normas comunitarias o supraestatales, y uniones de Estados nacionales como la Unión Europea; más acá del Estado aparecen las normas autonómicas y las Comunidades Autónomas. Con carácter más general, surgen movimientos a favor de una ciudadanía mundial o cosmopolita¹⁵ y a favor de las minorías culturales o de la ciudadanía multicultural¹⁶.

La globalización es un fenómeno multidimensional. Aunque la faz económica es la más difundida, la globalización presenta y requiere perfiles políticos, sociales, culturales, éticos y jurídicos. En el

15 Cfr. por todos Martha C. Nussbaum et alii, *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"* (1996), traducción de Carme Castells, Barcelona, Paidós, 1999; Otfried Höffe, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización* (2004), traducción de Carlos Díaz Roca, Buenos Aires, Katz, 2007.

16 Cfr. por todos Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías* (1995), traducción de Carme Castells, Barcelona, Paidós, 1996; Charles Taylor, *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"* (1992), traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, 43-107; Michael Walzer, *Moralidad en el ámbito local e internacional* (1994), versión española y estudio introductorio de Rafael del Águila, Madrid, Alianza, 1996.

17 Cfr. Zygmunt Bauman, *Globalization. The Human Consequences*, London, Polity, 1998; Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y M.ª Rosa Borràs, Barcelona, Paidós, 1998; Manuel Castells, *La era de la información: economía, sociedad, cultura*, 3 volúmenes, versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, Madrid, Alianza, 1997-2001; Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000; Otfried Höffe, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización* (nota 15); Jürgen Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política* (1996), traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999; Jürgen Habermas, *La constelación postnacional. Ensayos políticos* (1998), traducción de Pere Fabra Abat, Daniel Gamper Sachse, Luis Pérez Díaz, Paidós, Barcelona, 2000; David Held & Anthony McGrew, *David Goldblatt & Jonathan Perraton, Global Transformations. Politics, Economic and Culture*, Cambridge, Polity Press, 1999; Hans Küng, *Una ética mundial para la economía y la política*, Madrid, Trotta, 1999; *¿Por qué una ética mundial? Religión y ética en tiempos de globalización*, traducción de Gilberto Canal Marcos, Barcelona, Herder, 2002; Hans Küng (ed.), *Reivindicación de una ética mundial*, traducción de Daniel Romero, Madrid, Trotta, 2002; Martha C. Nussbaum, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (2006), traducción de Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007; William

ámbito normativo (ético, jurídico y político) se advierte una creciente actividad de los órganos jurisdiccionales regionales en materia de derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Corte Interamericana de Derechos Humanos), la superación del principio de territorialidad en materia penal para determinados delitos especialmente lesivos con los derechos humanos y las doctrinas de la intervención humanitaria, así como los intentos de reedición de un Derecho de gentes¹⁸ o de un Derecho (penal) intercultural¹⁹. Se constata, en fin, un consenso internacional en torno a las nociones de derechos humanos y democracia²⁰, que refuerza la relación y la complementariedad de los dos factores determinantes del contexto normativo contemporáneo de la relación clínica, la globalización y la constitucionalización. Ejemplo destacado de esta tendencia la Declaración universal sobre Bioética y derechos humanos, aprobada por aclamación por la 33.ª sesión de la conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005.

2.3. *¿Volenti non fit injuria? La reconsideración de la autonomía como vía de superación del autonomismo*

§ 7. El autonomismo o modelo autonomista equivale a atomismo, esto es, a la afirmación de la

Twinning, *Derecho y globalización*, traducción de Óscar Guardiola-Rivera, Clara Sandoval Villalba, Diego Eduardo López Medina, Bogotá, Siglo del Hombre. Instituto Pensar. Universidad de los Andes, 2003; Danilo Zolo, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial* (1997), traducción de Rafael Grasa y Francesc Serra, Barcelona, Paidós, 2000; Danilo Zolo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, traducción de Roger Campione, Madrid, Dykinson. Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid, 2005. Para una reflexión sobre la globalización en Bioética cfr. van Rensselaer Potter, *Global Bioethics*, East Lansing, Michigan, Michigan State University Press, 1988; Diego Gracia, "De la Bioética clínica a la Bioética global: treinta años de evolución", *Acta Bioética VIII/1* (2002), 27-39; también Hans Jonas, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (1979), versión castellana de Javier M.ª Fernández Retenaga Barcelona, Herder, 1995.

18 Cfr. John Rawls, *El derecho de gentes y "una revisión de la idea de razón pública"* (1999), traducción de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001.

19 Cfr. Otfried Höffe, *Derecho intercultural*, traducción de Rafael Sevilla, Barcelona, Gedisa, 2000.

20 Cfr. Juan Antonio Carrillo Salcedo, "Derechos humanos y Derecho internacional", *Isegoría* 22 (2000), 71-81, 73; Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999. Kurt Mills, *Human Rights in the Emerging Global Order. A New Sovereignty?*, New York, St. Martin's Press, 1998.

autosuficiencia del individuo, del ser humano aislado²¹. El autonomismo/atomismo considera la autonomía personal como un valor absoluto, y asume como premisa –una suerte de presunción *iuris et de iure*– que todos los sujetos disponen de capacidad para adoptar elecciones correctas en una determinada situación. Admite, además, que la corrección de la decisión equivale a autonomía: una decisión autónoma es siempre, *qua* autónoma, una decisión correcta, con independencia de si lo elegido es bueno o malo y de las consecuencias que pueda originar. La bondad o corrección de una decisión radica en su carácter libre y autónomo.

La autonomía, como capacidad para elegir nuestro plan de vida y llevar a la práctica nuestras decisiones, que en el ámbito sanitario se sintetiza en el (derecho al) consentimiento informado, es un ingrediente esencial de la vida buena; pero no el único. La autonomía no basta por sí sola para calificar como correcta una decisión o una actuación. No cabe, tampoco, concebir la autonomía como capacidad para decidir y actuar de forma independiente de los otros. La independencia no es suficiente para caracterizar como correcta una conducta; las decisiones y acciones tienen otras notas características: buenas, malas, útiles, inútiles, que sirven para explicar por qué son éticamente y jurídicamente relevantes y para justificarlas. También carece de sentido concebir la autonomía como un asunto meramente individual, pues sólo cobra sentido y puede ser garantizada en el seno de una determinada sociedad y con el apoyo de otras personas y de determinadas instituciones. La autonomía es, en suma, una noción relacional, contingente y graduable.

El ser humano es vulnerable, menesteroso, frágil, e intenta compensar sus limitaciones y solucionar sus necesidades mediante la acción, transformando sus carencias en oportunidades o posibilidades de vida. En este desarrollo no son importantes únicamente las capacidades o aptitudes personales, sino también las condiciones externas, materiales e

institucionales, y un conjunto de afiliaciones significativas. La actuación humana y el ejercicio de la autonomía no son independientes del contexto ni de nuestras relaciones o vínculos, voluntarios e involuntarios, que delimitan nuestras posibilidades de elección y funcionamiento y constituyen presupuestos biográficos que definen nuestra personalidad. El tránsito a la madurez y el logro de la autonomía significan convertirse en razonadores prácticos²² independientes, en la feliz locución de MacIntyre²³. No independencia en el sentido de autarquía, sino una independencia consciente de nuestra vulnerabilidad, fragilidad y dependencia.²³ En otras palabras, una interdependencia reflexiva²³. Si el reconocimiento de la dependencia es la clave de la independencia, hay que hacerse cargo de que la condición humana sintetiza dos rasgos aparentemente antagónicos: la autonomía y la dependencia. De una parte, el ejercicio libre de nuestras capacidades, que más que facultad o derecho aparece como necesidad de trascender nuestras limitaciones y ampliar nuestro horizonte de posibilidades. De otra, la vulnerabilidad y la dependencia, y la subsiguiente búsqueda de apoyos para superar tal situación. Si la primera se hace eco del carácter individual de nuestras decisiones y acciones, la segunda ejemplifica cómo nuestras respuestas ante la realidad no son ni pueden ser meramente individuales, sino que se sustentan en un haz de afiliaciones y vínculos significativos que nos definen. Nuestra personalidad y nuestra identidad se constituyen, parcialmente, mediante nuestras relaciones, dentro de un contexto de reconocimiento, comunidad y diálogo.

2.4. ¿Existe algún paternalismo justificado? La no maleficencia y cierta beneficencia como obligación moral y jurídica

§ 8. La Bioética anglosajona de los años setenta y ochenta del siglo XX mostró una acusada tenden-

21 Cfr. Charles Taylor, "Atomismo", traducción de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia, en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (dir. y coord.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, 107-124, 109.

22 Cfr. Alasdair MacIntyre, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes* (1999), traducción de Beatriz Martínez de Murguía; revisión técnica de Fernando Escalante Gonzalbo, Barcelona, Paidós, 2001, 71 ss.

23 Sobre la interdependencia como noción puente cfr. II Encuentro Moral, Ciencia y Sociedad en la Europa del siglo XXI. *InterDependencia: el bienestar como requisito de la dignidad* (San Sebastián, 15 y 16 de marzo de 2007), Roberto R. Aramayo, Txetxu Ausín (coordinadores) (4 DVDs).

cia de rechazo del paternalismo, considerándolo una injerencia injustificada en la autonomía. Sin embargo, desde mediados de los ochenta han surgido posiciones menos hostiles. Así ocurre con el denominado paternalismo débil, que implica tomar decisiones y actuar para proteger a una persona cuando no está en condiciones de tomar decisiones autónomas, y que se considera un curso de acción razonable y moderado entre dos extremos radicales: el paternalismo fuerte – que admite intervenciones para beneficiar a una persona capaz de realizar elecciones informadas y autónomas– y el antipaternalismo –que podríamos identificar con el autonomismo–. Más aún, es un error concebir el llamado paternalismo débil como un tipo de paternalismo, pues no es propiamente “paternalista”; el paternalismo débil equivaldría al antipaternalismo débil. Tanto el paternalismo débil como el antipaternalismo coinciden en considerar justificada una injerencia para proteger a una persona de un daño derivado de sus propias decisiones no autónomas, y en que no está justificado interferir para proteger a una persona²⁴ de un daño derivado de sus decisiones autónomas .

Con todo, ha de darse un paso más y afirmar que en determinadas circunstancias no está únicamente justificado o permitido adoptar medidas paternalistas –en rigor, medidas protectoras–, sino que está moral y jurídicamente ordenado. En el marco de la relación clínica, la protección consistiría en la obligación moral y jurídica de adoptar y/o ejecutar decisiones por y sobre otro cuando éste no puede tomarlas y/o realizarlas por sí mismo de forma autónoma, y únicamente en aquellas situaciones o esferas de actuación en que no puede adoptar y/o realizar dichas decisiones, con la finalidad de ayudarlo evitando un daño o proporcionando indirectamente un bien. Pueden señalarse ocho condiciones para la adopción de

una medida protectora, todas las cuales han de cumplirse para considerarla justificada: 1) ausencia de capacidad de la persona protegida; 2) actuación únicamente donde no exista capacidad; 3) finalidad inmediata protectora o indirectamente beneficente; 4) finalidad mediata de no discriminación, igualdad de oportunidades y autonomía; 5) adopción de la medida por parte del representante o persona legitimada; 6) respeto de los requisitos y procedimientos establecidos; 7) orientación personal o individual de la decisión; 8) criterio rector de la medida de protección: juicio subjetivo, juicio sustitutivo y, en particular, el criterio del mayor interés²⁵ .

En consecuencia, el *paternalismo (injustificado)* implica no respetar todas o alguna de estas ocho condiciones básicas: 1) cuando se toma y/o ejecuta una decisión sobre la vida o salud de un paciente capaz de adoptarla y/o llevarla a la práctica; 2) cuando se decide y/o actúa en casos de pacientes incapaces en áreas en las que aquéllos son capaces de hacerlo; 3) cuando no se persigue evitar un daño o proporcionar un beneficio –indirecto– con la decisión de representación o actuación; 4) cuando el objetivo último de la medida protectora no sea la garantía de la autonomía, la eliminación de desigualdades o el logro de la igualdad de oportunidades; 5) cuando la decisión acerca de la medida protectora ha sido adoptada por una persona distinta de la legitimada para hacerlo, en caso de que ésta exista (e.g. prescindiendo de los titulares de la patria potestad de un menor de edad incapaz); 6) cuando no se han respetado los requisitos de procedimiento existentes para la decisión de representación o la adopción de la medida protectora; 7) cuando la medida protectora persigue directamente la protección o el beneficio de alguien distinto del paciente o usuario; 8) cuando se sigue un criterio inadecuado en la adopción de decisiones de representación (e.g. cuando se emplea directamente el criterio del mayor interés en

24 Cfr. por todos Tom L. Beauchamp, “Paternalism”, en *Encyclopedia of Bioethics*, Warren T. Reich (ed.), volume 3, New York, The Free Press, 1978, 1194-1201; Tom L. Beauchamp, “Paternalism”, en *Encyclopedia of Bioethics*, revised edition, en Warren Thomas Reich (ed.), volume 4, New York, Simon & Schuster, 1995, 1914-1920; Tom L. Beauchamp y James F. Childress, *Principios de ética biomédica* (1994), traducción de la cuarta edición de Teresa Gracia García-Miguel, F. Javier Júdez Gutiérrez, Lydia Feito Grande; revisión científica de Diego Gracia Guillén y F. Javier Júdez Gutiérrez, Barcelona, Masson, 1998, 262-263; Tom L. Beauchamp y Laurence B. McCullough, *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos* (nota 2), 105 ss.

25 Una explicación más detallada de estas exigencias en José Antonio Seoane, “Derecho y salud mental: capacidades, derechos, justicia”, *Revista jurídica del Perú* 68 (2006), 261-279, 269-271.

caso de existencia de un documento de instrucciones previas).

2.5. La rehabilitación de la confianza

§ 9. La revisión de las nociones de autonomía y beneficencia enlaza con la necesidad de rehabilitar la confianza en el seno de la relación clínica²⁶. La confianza es una necesidad humana²⁷ y un ingrediente esencial de las relaciones sociales²⁷, cuya importancia se acentúa en situaciones de especial dependencia y vulnerabilidad como la relación clínica. Hoy es más complicado hablar de confianza, que ha de ser redefinida para ajustarse al contexto contemporáneo de dicha relación, caracterizado, entre otros factores, por el advenimiento de la autonomía y los derechos y el pluralismo axiológico.

En el ámbito asistencial ya no cabe, como en épocas pasadas, una confianza absoluta e incondicionada ni tampoco una confianza global. La confianza del paciente en el profesional asistencial no es un *datum* o un prerrequisito asegurado en la relación clínica, sino que ha de ser promovida por ambas partes: el paciente o usuario ha de deseársela y el profesional asistencial ha de conquistarla y merecerla con su actuación profesional. Antes la confianza se basaba en el estatus o la posición social, y la mera condición profesional –especialmente del médico– era suficiente. Esto es, los aspectos formales o la apariencia de profesionalidad bastaban para el surgimiento de la confianza; ésta, además, tenía carácter categórico y excluyente en orden a la toma de decisiones clínicas. En el sentido indicado la confianza era fuente de privilegios para el profesional asistencial. Hoy no es admisible: la confianza ha de enten-

derse como fuente de obligaciones. Se ha pasado de la confianza en la autoridad a la autoridad basada en la confianza. La confianza en el estatus o posición social no basta. En rigor no alcanza propiamente el grado de confianza; a lo sumo la condición profesional sirve para considerar digno o merecedor de confianza (*trustworthy*) al profesional asistencial o para proporcionar fiabilidad (*reliability*), pero no para garantizar la confianza (*trust*). Por tanto, la confianza contemporánea como rasgo de la relación clínica exige ir más allá de los aspectos formales y prestar atención al desarrollo concreto de la relación clínica. No basta la apariencia de profesionalidad, sino que hay que determinar quién es un auténtico profesional asistencial; quién o qué se hace acreedor de confianza. Surge, entonces, un nuevo problema: cómo elegir en quién confiar.

La confianza en la relación clínica pasa por distintos estadios o momentos. Adoptando como paradigma la profesión médica, pueden señalarse cuatro²⁸: 1) la confianza en la medicina; 2) la confianza en la profesión médica, esto es, en el cuerpo de profesionales consagrados al ejercicio de la medicina en su conjunto; 3) la confianza en el profesional médico, en un concreto profesional de la medicina; y, finalmente, 4) la confianza en la persona del médico, o en el médico como persona. Los dos primeros estadios no proporcionan tanto confianza cuanto fiabilidad. La medicina y la profesión médica –las profesiones asistenciales– son merecedoras de confianza para el paciente o usuario, entre otras razones por haber contribuido secularmente a la solución de los problemas relacionados con la vida y la salud de las personas. Pero es en el tercer estadio, tras concretar el destinatario o depositario de la confianza en el proceso de relación clínica, cuando se hace posible una confianza auténtica entre el paciente o usuario y el profesional asistencial.

A mi entender hay que ir más allá de la confianza en el sistema o la profesión y alcanzar el tercer estadio, la confianza en el profesional, donde propiamente aparece la confianza en el contexto de una

²⁶ *Me apoyo sobre todo en Edmund D. PELLEGRINO, David C. THOMASMA, The Virtues in Medical Practice, New York, Oxford University Press, 1993, 65-78 y en Onora O'NEILL, Autonomy and Trust in Bioethics, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Onora O'NEILL, A Question of Trust, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, Rethinking informed consent in bioethics, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.*

²⁷ *Cfr. en general, Annette C. BAIER, Trust (The Tanner Lectures on Human Values, delivered at Princeton University, March 6-8, 1991) (en línea: <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/baier92.pdf>; visita: 15.1.2008) y Robert C. SOLOMON & Fernando FLORES, Building trust, Oxford, Oxford University Press, 2001. Repensando el papel de la beneficencia y la autonomía, y proyectando la confianza en la relación clínica para postular un modelo fiduciario, cfr. Victoria CAMPS, Una vida de calidad. Reflexiones sobre bioética, Barcelona, Ares y Mares, 2001, 171-190, 184 ss.*

²⁸ *Cfr., con modificaciones en el planteamiento, Pedro LAÍN ENTRALGO, La relación médico-enfermo. Historia y teoría (nota 4), 368 ss.*

relación intersubjetiva y dialéctica. Cada profesional asistencial es heredero y representante de una tradición y cuerpo profesionales, lo que le convierte en digno de confianza. Pero únicamente tras el escrutinio de su actuación y del uso correcto de sus poderes y saberes profesionales se conocerá si satisface las expectativas del paciente o usuario y logra su confianza o si, por el contrario, no se hace acreedor de ella y mina la credibilidad y la fiabilidad de su profesión alcanzadas en el segundo estadio. Es decir, en el tercer estadio se fragua la excelencia en el ejercicio profesional y, en último término, la excelencia de la profesión. Asimismo, estimo que no es preciso extender el alcance de la confianza al cuarto estadio, a la relación personal entre el paciente o usuario y otra persona que ejerce como su médico –o como otro profesional asistencial–, por más que en ocasiones la confianza personal aparezca como corolario de la confianza profesional propia del tercer estadio. La confianza derivada de dicha relación de amistad trasciende el marco clínico y lo exigible como nota distintiva de la relación clínica²⁹. Si se acepta lo anterior carece de sentido una confianza de carácter global en el seno de la relación clínica. La confianza del paciente en el profesional asistencial cobra sentido si se reduce al ámbito profesional, y propiamente a la parcela en la que este concreto profesional dispone de conocimiento o experiencia superiores a los del paciente y está en condiciones de compensar sus limitaciones y ayudarle³⁰.

Hay que optar por la confianza. Pese a los riesgos, e incluso a causa de ellos³¹, es difícil sustraerse a

²⁹ LAÍN (La relación médico-enfermo. Historia y teoría (nota 4), 368-369) ha señalado que el modo específico de la amistad del enfermo con el médico es la confianza, cuya estructura pasa por tres momentos, el último de los cuales se refiere a la "confianza en la persona de ese médico, en lo que éste es como 'persona'". Por su parte, PELLEGRINO-THOMASMA (The Virtues in Medical Practice (nota 26), 68) han apuntado la insuficiencia de la confianza sistémica para la relación clínica y la necesidad de la confianza en "la persona del médico". En este sentido incurren en el error de no distinguir la confianza en el médico como profesional de la confianza en el médico como persona –distinción que sí advierte Laín Entralgo– ni el diferente alcance de ambas.

³⁰ Partidario de una interpretación algo distinta es Niklas LUHMANN, "Familiarity, confidence, trust; problems and alternatives", en Diego GAMBETTA (ed.), Trust: Making and breaking cooperative relations, electronic edition, Oxford, Department of Sociology, University of Oxford, 2000, chapter 6, 94-107 (en línea: <http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/luhmann94-107.pdf>).

³¹ Cfr. Diego GAMBETTA, "Can we trust trust?", en Diego GAMBETTA (ed.), Trust: Making and breaking cooperative relations (nota 31), chapter 13, 213-237, 213-219 (en línea: <http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/gambetta213-237.pdf>).

la necesidad de su presencia en las relaciones clínicas. La confianza fortalece el carácter dialéctico de la relación. Sin cierto grado de confianza no es posible un ejercicio de auténtica libertad en el contexto de la relación clínica, alejada de la ilusión de la autonomía plena. En cualquier caso, no se puede pedir a la confianza más de lo que puede dar. La confianza implica una reducción y descarga de la complejidad e incertidumbre³² en el proceso de toma de decisiones, y aumenta las posibilidades de responder adecuadamente a la concreta situación clínica. No garantiza, en cambio, seguridad ni certeza totales, lo que, por otra parte, resulta incompatible con la fallibilidad e incertidumbre del razonamiento propio de los asuntos humanos y los asuntos clínicos. La rehabilitación de la confianza revalida la importancia del buen profesional asistencial, que ampara la fragilidad y vulnerabilidad del paciente o usuario, conjura el riesgo de tratamientos perjudiciales o discriminatorios y consolida la propia confianza.

El tratamiento de la información es un caso paradigmático de la condición dependiente del ser humano y de la importancia de la confianza en la relación clínica. Ambas partes de la relación clínica dependen y han de cooperar y confiar recíprocamente. En concreto, el paciente desconoce el significado de su situación y las alternativas para superarla, conocimiento que puede obtener de los profesionales asistenciales, de quienes en gran medida depende. Pero la información por sí sola no basta; la información en bruto apenas tiene significado y utilidad para el paciente o usuario. Es preciso seleccionarla, interpretarla y transmitirla, para lo que se necesita que el profesional satisfaga dichas condiciones y tenga capacidad comunicativa; además, es preciso comprenderla y saber emplearla de forma útil y eficaz por el paciente³³. La información ha de concebirse desde una perspectiva dinámica, no tanto como un objeto o un contenido ma-

³² Cfr. Niklas LUHMANN, Confianza (1973), traducción de Amada Flores, de la edición inglesa, corregida y cotejada con el original alemán por Darío Rodríguez Mansilla, Barcelona. México. Santiago de Chile, Anthropos. Universidad Iberoamericana. Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica, 1996.

³³ Javier BARBERO, "El derecho del paciente a la información: el arte de comunicar", Anales del Sistema Sanitario de Navarra 29, suplemento 3 (2006), 19-27.

terial sino como un tipo de acción comunicativa y cooperativa en el proceso toma de decisiones de la relación clínica, que requiere la satisfacción de requisitos epistémicos, comunicativos, éticos y jurídicos para considerarse correcta o lograda (inteligibilidad, accesibilidad, relevancia, verdad, veracidad,...)³⁴. Otra razón es que el paciente, más allá de la situación de enfermedad, comunica al profesional sentimientos, emociones e informaciones de naturaleza íntima y relevantes para él, lo que parece improbable sin un mínimo grado de confianza. Esta necesidad aumenta al constatar que la desnudez emocional y la transmisión de confidencias en la relación clínica no fluye de forma bilateral sino unilateral o unidireccional: del paciente al profesional asistencial³⁵, con el consiguiente aumento de la vulnerabilidad y la dependencia del paciente y el incremento proporcional del poder del profesional asistencial.

3. La relación clínica del siglo XXI

3.1. Aclaración metodológica

§ 10. *El punto de vista interno o del participante*. Si quisiera únicamente describir la fisonomía y el aspecto exterior de la relación clínica, o las manifestaciones y los comportamientos observables de los sujetos implicados, podría adoptar un punto de vista externo o la perspectiva de un observador. Me limitaría a mostrar cómo ha sido, es o serán tomadas las decisiones y realizadas las acciones que la integran, sin cuestionarme su corrección. Sin embargo, mi objetivo requiere adoptar un punto de vista interno, o la perspectiva de un participante en la relación

clínica, que se haga cargo también de las motivaciones, razones y justificaciones de tales decisiones y comportamientos. Los sujetos de la relación clínica se cuestionan y formulan argumentos sobre la corrección de su actuación y la verdad de sus afirmaciones o enunciados. Los profesionales asistenciales, el paciente y las demás personas implicadas han de saber qué está ordenado, permitido o prohibido y qué facultades poseen. Han de conocer, en suma, cuáles son sus derechos y deberes y qué normas ordenan la relación clínica, para emplearlas como guías de conducta.

La preferencia del punto de vista interno estriba, entre otras razones, en que el punto de vista externo se limita a las regularidades observables de la conducta y no es capaz de reproducir la manera en que las normas funcionan en la vida social. Por otra parte, adopta la perspectiva del observador quien no se pregunta cuál es la decisión correcta en la actividad o relación clínica, sino que se pregunta solamente cómo se decide de hecho en dicha relación. Adopta la perspectiva del participante quien participa o toma parte en una argumentación o discurso o debate público sobre lo que está ordenado, prohibido y permitido y para que se está autorizado en dicha actividad, en dicha relación clínica.³⁶

Con el propósito de centrarme en la dimensión más personal de la relación clínica subrayaré la perspectiva del paciente o usuario y le otorgaré carácter primario o prevalente. La perspectiva del paciente es una perspectiva interna y propia de un participante en la relación clínica. Es la más global y universal o universalizable, y en tal sentido incorpora un criterio de corrección moral y jurídica en la formulación de normas comunes de actuación. Todos hemos pasado y estamos destinados a pasar por dicha situación, y permite, además, incorporar el punto de vista del lego en la deliberación de estos asuntos, amplifican-

³⁴ Cfr. Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, Rethinking informed consent in bioethics (nota 26), en particular 26-67 y 84 ss. Así está regulado en los artículos 4 y 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP), que es la principal referencia en nuestro sistema jurídico. Cfr. en especial art. 4.2 LBAP: "La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad".

³⁵ Cfr. Sissela BOK, Secrets. On the Ethics of Concealment and Revelation, New York, Vintage Books, 1989, 80 ss.

³⁶ Sobre el punto de vista interno y el punto de vista externo, cfr. H. L. A. HART, El concepto de derecho (1961), traducción de Genaro R. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, 110-12, así como la revisión de Joseph RAZ, Razón práctica y normas (1975; 1990²), traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 201-207 y Joseph RAZ, El concepto de sistema jurídico (1970; 1980²), traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, 278-281. Sobre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante, cfr. Robert ALEXY, El concepto y la validez del derecho (1992), en El concepto y la validez del derecho y otros ensayos (nota 12), 31.

do su radio de acción, su idoneidad y su verosimilitud. Finalmente, existe cierta prioridad no sólo temporal o genética sino ontológica y también ética: sin paciente no hay cuestión acerca de cómo ordenar el cuidado de la salud; es decir, sin salud que cuidar no tiene sentido ocuparse ni preocuparse por ello.

3.2. *La relación clínica como práctica social institucionalizada*

§ 11. *La relación clínica como práctica social.* La relación clínica es una práctica social, es decir, una actividad humana cooperativa guiada por normas y comprensible únicamente en un trasfondo o forma de vida³⁷. No es una actividad meramente individual sino colectiva; tampoco es una actividad aislada o puntual, sino reiterada y constante en el tiempo. La relación clínica es un caso de acción social o acción colectiva e institucionalizada cuya lógica interna está modelada por la cooperación³⁸. Como tal acción cooperativa, no se limita a perseguir un fin común, sino a hacerlo conjuntamente. Existe un compromiso entre los sujetos participantes y una intencionalidad colectiva de hacer algo juntos. Es decir, se comparten expectativas, deseos, intenciones, propósitos, no sólo para perseguir el mismo fin (el cuidado de la salud) sino para buscarlo conjuntamente³⁹.

La relación clínica, como otras actividades o prácticas sociales, funciona en un contexto histórico de ejercicio y se comprende a la luz de un trasfondo o forma de vida. Parte de ese trasfondo es universal y común a todas las culturas: el núcleo o trasfondo profundo de la relación clínica; otra parte del trasfondo varía de una cultura a otra. Ello implica reconocer el carácter cultural e histórico de la relación

clínica, y por consiguiente la necesaria adaptación de su significado al contexto en el que surge y opera⁴⁰.

Forma parte del trasfondo universal y común que el fin de la relación clínica sea el cuidado de la salud, o que en toda sociedad existan algunas personas a quienes se encomienda el cuidado de la salud de los ciudadanos. En cambio, que el significado del cuidado de la salud en la tradición hipocrática no sea idéntico al significado contemporáneo, y que tampoco sean idénticos los profesionales encargados de dicho cuidado en ambos escenarios históricos corresponde a la parte variable, cultural o histórica del trasfondo.

§ 12. *El carácter institucional de la relación clínica.* La relación clínica es una práctica social institucionalizada. Su carácter institucional no significa tanto que haya sido creada y desarrollada por o en el seno de instituciones como que está guiada y sujeta a normas, de muy diversas clases: éticas, jurídicas, deontológicas, técnicas, consuetudinarias, económicas, comunicativas, etc.

La ordenación de las distintas profesiones asistenciales y su ejercicio, el catálogo de prestaciones socioasistenciales, o las obligaciones y los derechos de los pacientes y usuarios y de los profesionales —e.g. el proceso de información y consentimiento— son ejemplos de normas de diversa clase que regulan el funcionamiento de la relación clínica.

El carácter institucional no implica que sólo exista la relación clínica como realidad institucional sino que su caracterización más acabada la presenta con carácter institucional. El cuidado de la salud tiene lugar de múltiples modos: formales y reglados, a cargo de personal cualificado o profesionales asistenciales, mas también de modo informal, por personas carentes de formación específica o no movidas anteriormente a dicho cuidado. La relación clínica es una práctica social institucionalizada, cuyo signi-

³⁷ Es ya clásica la definición de práctica como "cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intenta lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente". (Cfr. Alasdair MACINTYRE, *Tras la virtud* (1981; 1985²), traducción castellana de Amelia Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987, edición de 2001, 233).

³⁸ Cfr. Francesco VIOLA, "Il modello della cooperazione", en Francesco VIOLA (*a cura di*), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Bologna, Il Mulino, 2004, 11-58, 24. En el ámbito clínico, cfr. Vilhjálmur ARNASON, "Ética y sanidad: dignidad y diálogo en la relación asistencial", traducción de Antonio Casado da Rocha, *Laguna* 14 (2004), 23-35.

³⁹ Cfr. John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social* (1995), traducción de Antoni Doménech, Barcelona, Paidós, 1997, 41-47.

⁴⁰ Con carácter general, sin aludir a la relación clínica, cfr. John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social* (nota 39), 140 ss.; John R. SEARLE, *Mente, lenguaje y sociedad. La filosofía en el mundo real* (1998), traducción de Jesús Alborés, Madrid, Alianza, 2001, 99-101.

ficado pleno sólo se obtiene en un trasfondo de instituciones o normas, pero en cuya base está un hecho bruto –es decir, cognoscible mediante la mera observación o constatación empírica– que podría disminuir e incluso perder su eficacia y utilidad sin dicho trasfondo institucional y normativo⁴¹.

La actuación de un profesional asistencial (médico, personal de enfermería, auxiliar, etc.) ante un paciente es susceptible de descripción como simple hecho bruto: una persona, sola o acompañada por otras, vestida de un modo característico, que emplea un lenguaje específico – y no siempre comprensible– y que actúa de un modo determinado, anunciándolo generalmente con antelación, presta asistencia a otra persona. Ésta (paciente) necesita y ha demandado su ayuda: para ello ha acudido a un edificio en el que deambulan y son atendidas multitud de personas. Unas acuden por su propio pie; otras no pueden y son transportadas por terceras personas, algunas de las cuales se visten también de un modo singular; etc. El significado íntegro de dicha actuación sólo se puede obtener si nos hacemos cargo del entramado normativo que subyace a tales actuaciones, y que explica por qué es el médico y no cualquier otra persona la que atiende al paciente; qué significa el lenguaje médico; por qué la asistencia tiene lugar en un hospital (o en otros lugares cuando es preciso);... El cuidado de la salud o la asistencia existen como meros hechos brutos, pero no podemos explicarlos, interpretarlos y conocerlos completamente si no somos conscientes de las normas que los regulan y ordenan.

El carácter institucional subraya la importancia de las normas, explícitas e implícitas, en la relación clínica. Conocer qué significa cuidado, salud, médico, paciente, etc., depende del significado de todas las normas que regulan hoy la relación clínica. El carácter institucional destaca la importancia de las dimensiones ética, jurídica, deontológica e incluso comunicativa, que también integran el trasfondo normativo común de la relación clínica y que a veces

resultan preteridas por la dimensión técnica. Explica también por qué lo técnico no basta para dar cuenta el significado global de la relación clínica y por qué las normas o los criterios técnicos no agotan la buena práctica clínica

§ 13. *Más allá de las normas: racionalidad práctica y laguna prudencial.* Naturalmente, no todos los elementos ni toda la relación clínica dependen o están sujetos a normas: existe una dimensión no reconducible ni gobernable mediante normas o reglas. Cuando piensan y actúan, los sujetos de la relación clínica no pueden evitar orientarse por normas y dejarse influir por razones. Sin embargo, el conocimiento y cumplimiento de las normas no agota la corrección de la acción; siempre resta la dimensión prudencial.

Las normas no bastan. No es lo mismo la conducta gobernada por normas que la conducta descrita por normas⁴²; tampoco es lo mismo el comportamiento “regular” o coincidente con una norma que el comportamiento “guiado por normas”. Ambos comportamientos pueden parecer idénticos desde la perspectiva de un observador o desde un punto de vista externo a la relación asistencial. En cambio, desde un punto de vista interno o desde la perspectiva del participante de la relación asistencial, actuar guiado por normas implica orientarse por una norma de la cual el agente –profesional asistencial, paciente– debe tener un concepto y, como participante comprometido en dicha relación o práctica, debe aceptarla como válida y correcta. En este sentido la norma opera en nuestra vida como modelo de razón para actuar, y no como mera regularidad causal; pero sólo funciona adecuadamente en compañía de la prudencia.

Seguir una norma no es una cuestión teórica sino de práctica vital. Las normas deben dominarse en la práctica, pues no pueden regular por sí mismas su aplicación. La práctica (la relación clínica) es una interpretación continua del significado de la norma,

⁴¹ Cfr. John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social (nota 39)*, 125 ss.

⁴² Cfr. John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social (nota 39)*, 151. *Sobre el significado de seguir una regla es clásica y previa la referencia a Ludwig WITTGENSTEIN, Investigaciones filosóficas (1953), traducción castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM/Crítica, 1988.*

que no sólo satisface sino que configura y da forma concreta a la norma en situaciones particulares. El saber implícito a cómo se sigue una norma antecede al saber explícito de cuál es la norma que uno sigue, a hacer explícita esa capacidad y formular como tal esa norma que intuitivamente se sabe. La sabiduría práctica o prudencia no radica en conocer las normas que guían una actividad sino en saber cómo actuar en cada situación particular. El conocimiento de las normas es un saber qué, un conocimiento teórico: el seguimiento de las normas es un saber práctico, no teórico ni técnico; un saber cómo, que no se da de antemano, sino que comparece en la misma acción⁴³ y que sólo puede experimentarse en su realización, entretejido en la práctica de la relación clínica. Hay una laguna prudencial entre la norma y su aplicación⁴⁴.

3.3. *El cuidado de la salud de las personas como fin de la relación clínica (I). Perspectiva médica*

§ 14. *Un cuidado sociosanitario.* La relación clínica es una práctica social institucionalizada cuya finalidad es el cuidado de la salud de las personas. Las prácticas sociales son realidades con un fin o bien interno, que en el caso de la relación clínica sintetizo en el cuidado de la salud. Con esta u otra denominación, más o menos amplia o genérica, éste ha sido y es el fin de la medicina y de las restantes profesiones asistenciales. El transcurso del tiempo ha modulado su significado, y ha ensanchado y detallado su ámbito de ejercicio.

En sentido lato, cuidado significa atención, o curación y cuidado de la salud. Lo relevante ahora es apuntar dos adjetivaciones del cuidado. El cuidado de la relación clínica es un cuidado sanitario y un cuidado o una asistencia social, lo que requiere concebir la denominada relación clínica como una relación *sociosanitaria*, en la que comparecen profesiones y profesionales asistenciales de muy diverso

signo: medicina, enfermería, psicología, trabajo social, fisioterapia, terapia ocupacional, ... En segundo lugar, la relación sociosanitaria acoge principalmente el que podríamos designar como cuidado *formal*, prestado por los profesionales asistenciales, por personal técnicamente cualificado, generalmente en el seno de instituciones (limitándome al modelo español: Sistema nacional de salud, Sistema nacional de la Seguridad social, el reciente Sistema para la autonomía y la atención de la dependencia, y sus homólogos autonómicos) y también el cuidado o apoyo *informal*, prestado regularmente en el seno de las familias y, dentro de éstas, mayoritariamente por las mujeres⁴⁵.

En suma, en el cuidado de la salud se ha pasado del médico a la pluralidad de profesionales asistenciales; de la curación por la medicina a la curación y el cuidado por la medicina y las restantes profesiones sanitarias; del cuidado por las profesiones sanitarias al cuidado (sociosanitario) por varias profesiones asistenciales; de la relación clínica a la relación sociosanitaria; del cuidado del paciente al cuidado del paciente y la cuidadora.

§ 15. *Historia del significado de la salud.* La salud es un componente esencial de cualquier vida humana, y su cuidado es el fin de la medicina y de las profesiones asistenciales. A la vez, el cuidado de la salud es el fin propio de la relación clínica.

La salud es una realidad cultural o histórica, que no cabe reducir a puro hecho. Su significado es producto de una adecuada contextualización espacial, temporal, social e individual. La vía tradicional de caracterización de la salud la empareja con su concepto antagónico, dando lugar a definiciones negativas o, propiamente, dialécticas: es el caso de la contraposición entre salud y enfermedad. Aun así, la salud no siempre se ha entendido del mismo modo, en particular por la distinta apreciación de los valores de salud y enfermedad a lo largo de la historia. En la cultura primitiva, ejemplificada en los relatos de las

⁴³ Cfr. Carlos RODRÍGUEZ LLUESMA, "Seguir una regla y conocimiento práctico", *Anuario Filosófico* 28 (1995), 395-409.

⁴⁴ Cfr. Charles TAYLOR, "Seguir una regla" (1992), en *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad* (1995), traducción de Fina Birulés Bertrán, *Barcelona, Paidós, 1997*, 221-238, 235-236.

⁴⁵ Cfr. Eva F. KITLAY, "Caring for the Vulnerable by Caring for the Caregiver", en *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care*, Rosamond RHODES, Margaret P. BATLIN, Anita SILVERS (ed.), *Oxford University Press, New York, 2002*, 290-300.

grandes religiones mediterráneas, se concibe la salud como gracia y la enfermedad como des-gracia. En la cultura antigua, interpretando la realidad en términos de naturaleza, la salud se concibe como orden y la enfermedad como des-orden. En la cultura moderna, sobre todo a partir del siglo XVII, la salud no es ya primariamente una cuestión de hecho sino un problema de valor, y se entiende la salud como dicha y la enfermedad como des-dicha⁴⁶. En el siglo XX, en consonancia con el modelo social, político y económico imperante, la salud deviene un bien de consumo y se concibe como bienestar⁴⁷, en una suerte de sublimación del concepto moderno. Ejemplo de ello es la utópica definición de la Organización Mundial de la Salud del año 1946⁴⁸.

Para el siglo XXI se ha ensayado un modo diverso de caracterización de la salud, más positivo o propositivo y autónomo, y también más equilibrado, alejado de la irrealidad e irrealizabilidad del concepto recién mencionado: se habla ahora de salud sostenible⁴⁹. Ya no se trata de obtener el perfecto bienestar físico, intelectual y social, algo vetado e indeseable para una vida auténticamente humana. El objetivo es un bienestar razonable y prudente, que haga posible desarrollar una vida social valiosa⁵⁰; y que sea, al tiempo, universalizable, esto es, que procure el grado de salud más alto posible para todos. Se habla ahora también de salud como capacidad humana básica⁵¹, como oportunidad o posibilidad de vida. La salud es valiosa porque nos capacita o habilita para perseguir nuestros objetivos vitales e interactuar en el marco social. Algo así propone la Organización Mundial de la Salud en los albores del siglo XXI en su nueva definición de salud desde una pers-

pectiva biopsicosocial –biológica, individual y social–, en términos de funcionamiento y capacidades, como resultado⁵² de la interacción entre el individuo y el entorno⁵².

§ 16. *Los fines de las profesiones asistenciales en el siglo XXI.* Este enfoque prudencial de una salud sostenible y concebida como capacidad para perseguir los objetivos vitales e intervenir adecuadamente en el contexto social refleja el punto de vista médico presente en *Los fines de la medicina*, el informe elaborado por un grupo internacional de expertos convocado por el Hastings Center (Nueva York) y coordinado por Daniel Callahan⁵³. Los cambios económicos, sociales, científicos y axiológicos exigen adoptar un punto de vista diferente y plantearse de nuevo los fines de la medicina. Sin olvidar la historia y la tradición propias de la medicina, hay que identificar sus valores fundamentales y sus fines inherentes, y entablar un diálogo permanente con la sociedad para redefinirlos y darles una expresión acorde con cada tiempo y lugar. La reinterpretación de los fines de la medicina exige definir previamente algunos conceptos, entre ellos el de salud. Éste, formulado en los términos recién indicados, es el concepto clave y más decisivo, pues su significado determina el modo en el que se concebirán los fines. Los fines de la medicina son cuatro, sin que exista jerarquía o prioridad *prima facie* de ninguno de ellos: 1) la prevención de enfermedades y lesiones y la promoción y la conservación de la salud; 2) el alivio del dolor y el sufrimiento causado por males; 3) la atención y la curación de los enfermos y los cuidados a los incurables; 4) la evitación de la muerte prematura y la búsqueda de una muerte tranquila.

⁴⁶ Cfr. Diego GRACLA, "Historia de los conceptos de salud y enfermedad", en *Bioética clínica*, Santa Fe de Bogotá, El Búho, 1998, 19-31.

⁴⁷ Cfr. Diego GRACLA, "Medicina y cambio cultural", en *Como arqueros al blanco*. Estudios de Bioética, Madrid, Triacastela, 2004, 27-40.

⁴⁸ Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, Constitution Statement. WHO, Geneva, *World Health Organization*, 1946.

⁴⁹ Cfr. Daniel CALLAHAN, *False hopes: Why american quest for perfect health is a recipe failure*, New York, Simon & Schuster, 1998.

⁵⁰ Cfr. Diego GRACLA, "La medicina del siglo XX", en *Como arqueros al blanco* (nota 47), 41-78; Diego GRACLA, "Los fines de la medicina en el umbral del siglo XXI", en *Como arqueros al blanco* (nota 47), 79-91.

⁵¹ Cfr. Martha C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia* (nota 17).

⁵² Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)*, Geneva, *World Health Organization*, 2001. *Versión en español*: Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF), Madrid, OMS. OPS. IMSERSO, 2001

⁵³ Cfr. Los fines de la medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas (nota 9). Cfr. también Mark J. HANSON, Daniel CALLAHAN (ed.), *The goals of medicine: the forgotten issues in health care reform*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 1999.

3.4. El cuidado de la salud de las personas como fin de la relación clínica (II). Perspectiva ética y jurídica: capacidades, funcionamientos seguros, derechos

§ 17. *Ética, Derecho y salud.* La evolución y la variedad de las concepciones de la salud revalidan su carácter histórico y la pluralidad de perspectivas para definirla. En todas ellas se advierte su importancia para la vida humana: la salud es una necesidad humana, pero es a la vez un valor o un bien apreciado por los individuos y las comunidades. Más aún, no es únicamente algo valioso, sino algo merecido por todos los seres humanos y, como tal, exigible. La salud es también una cuestión de justicia.

Toda sociedad justa estima imprescindible asegurar la salud como un bien básico para la convivencia, y lo hace a través de mecanismos informales o no institucionalizados, como los usos, las costumbres, o la moral, y a través de mecanismos institucionalizados, de los cuales el más importante es el Derecho. El Bioderecho y la Bioética se ocupan específicamente del análisis y de la tutela de la vida y la salud desde el Derecho y la Ética⁵⁴.

La dimensión axiológica de la salud remite directamente a la Ética y al Derecho, así como a la Política, y demanda un modelo de relación clínica con una fundamentación adecuada y unos mecanismos eficaces de tutela y garantía para el cuidado universal y sostenible de la salud. Dos son sus pilares: el modelo de las capacidades y los funcionamientos seguros y el modelo de los derechos.

§ 18. *La salud como capacidad.* La salud es una de las capacidades humanas básicas. Así lo entiende el denominado enfoque de las capacidades⁵⁵, para el que la finalidad última de la intervención y el cuidado en materia de salud no puede ser la satisfacción o el bienestar personal. Tampoco proporcionar recur-

sos, pues idénticos recursos de salud no garantizan necesariamente una igualdad real ni tampoco libertad suficiente para el desarrollo del propio proyecto vital, y pueden resultar inútiles o insuficientes para algunas personas. Los individuos varían en sus necesidades de recursos y en sus capacidades para convertirlos en posibilidades vitales o funcionamientos valiosos; además, existen obstáculos sociales, ligados a la estructura de la comunidad y a la elección de políticas públicas, sociales, económicas y jurídicas que reflejan la jerarquía de bienes en la sociedad. Tampoco dicha finalidad ha de apuntar directamente a los funcionamientos. Los funcionamientos señalan lo que la persona hace o es, y las capacidades lo que la persona puede o es capaz de hacer y ser. Primar los funcionamientos puede subordinar la autodeterminación de los individuos, porque es posible garantizarlos sin tomar en consideración la libertad personal, y conducir a una igualdad de resultados, que merma la facultad de autodeterminación.

La noción apropiada es la noción de capacidad, cuyo objetivo es proporcionar a los ciudadanos los medios necesarios para elegir, actuar y tener una opción realista en orden a poder elegir lo más valioso. Las capacidades, que son las facultades básicas de elección y libre configuración de la propia vida, fomentan la capacidad de hacer y ser, y establecen una conexión directa entre capacidad, libertad e igualdad. Han de entenderse como *capacidades combinadas*: capacidades internas del individuo junto con condiciones externas adecuadas para su ejercicio. Se configuran como posibilidades u oportunidades, y dejan margen de libertad para que cada individuo pueda definir su bien y sea el principal agente de su vida. El ejercicio de esas capacidades exige un contexto; esto es, unas condiciones básicas de igualdad que permitan convertirlas en funcionamientos. De este modo, la libertad y la igualdad tienen carácter primario: la primera como definición y ejercicio de las distintas capacidades, y la segunda como igualdad de oportunidades y no como igualdad de resultados. Asimismo, la diversidad de concreciones posibles de las capacidades en razón de las circunstancias y las elecciones refuerza la complementariedad de libertad e igualdad. Esto significa, de una parte, el rechazo de posiciones puramente autono-

⁵⁴ Una explicación más detallada en José Antonio SEOANE, "Derecho, Ética y salud", eidon. Revista de la Fundación de Ciencias de la salud 22 (julio-octubre 2006), 11-16 (en línea: <http://www.fcs.es/fcs/html/eidon22.html>). Visita: 15.1.2008).

⁵⁵ Cfr. Amartya SEN, Desarrollo como libertad (1999), traducción de Esther Robasco y Luis Toharía, Barcelona, Planeta, 2000; Martha C. NUSBAUM, Las fronteras de la justicia (nota 17). Puede consultarse también el sitio web de la Human Development and Capabilities Association (<http://www.capabilityapproach.com/>) (Visita: 15.1.2008).

mistas, que prescinden de la igualdad en beneficio de una noción de libertad autosuficiente y descontextualizada, y de otra, el rechazo de las políticas meramente asistenciales o paternalistas. Una lista de las capacidades humanas centrales o básicas que incluye la salud y muchas otras directamente relacionadas con su cuidado es la siguiente: 1) Vida. 2) Salud física. 3) Integridad física. 4) Sentidos, imaginación, pensamiento. 5) Emociones. 6) Razón práctica. 7) Afiliación. 8) Relación con otras especies (animales, plantas y mundo natural). 9) Juego. 10) Control sobre el propio entorno: a) político; b) material)⁵⁶.

§ 19. *La salud como funcionamiento seguro*. El complemento teórico del enfoque de las capacidades proviene del enfoque de los funcionamientos seguros⁵⁷. La noción de capacidad es ambigua, y no siempre se usa en un mismo sentido y de forma coherente; también el concepto de funcionamiento que emplea es en ocasiones demasiado vago. En su lugar se propone la noción de oportunidad para el funcionamiento, en concreto de oportunidades genuinas para funcionamientos seguros, que resulta más precisa e intuitivamente más comprensiva. No se trata de garantizar únicamente un determinado nivel de funcionamiento en el momento presente, sino también el mantenimiento de dicho funcionamiento a lo largo del tiempo; disponer de alternativas razonables de actuación para asegurar el cuidado de la salud, evitando la exposición a riesgos extremos o el sacrificio de otras capacidades o funcionamientos. En esto consiste una oportunidad auténtica o genuina y un funcionamiento seguro.

A partir de la noción de desventaja social, caracterizada por tener un número reducido de verdaderas oportunidades para funcionamientos seguros, este enfoque considera tres factores para evitar desventajas derivadas de la falta de condiciones mínimas de salud: los recursos internos, los recursos externos y el marco o estructura social. De ellos se enfatiza la acción en el tercero, la estructura o marco social, defendiendo como principal política de justi-

cia social la mejora del estatus, en lugar de la compensación, las mejoras personales o las mejoras en los recursos.

Aunque ya presente en el enfoque de las capacidades, el enfoque de los funcionamientos seguros incorpora el lenguaje y la ética del cuidado al lenguaje y la ética de la justicia, y subraya la dimensión activa y comunitaria. La importancia de la dimensión social y del carácter institucional de la relación clínica, singularmente de las normas jurídicas que la regulan, se refleja en la adición de nuevas categorías a las lista de capacidades humanas básicas: 11) Hacer bien a los otros, en el sentido de ser capaces de cuidar a los demás como forma de expresión de la propia humanidad, y ser capaz de expresar gratitud. 12) Respetar y cumplir el Derecho, es decir, tener la posibilidad de vivir dentro de los límites del Derecho, sin sentirse obligado o forzado a incumplir la ley, o a estafar, engañar o defraudar a otras personas e instituciones. 13) Comprender el Derecho, tanto las obligaciones que impone como los derechos y facultades que otorga y las oportunidades que ofrece, lo que exige un sistema jurídico accesible e inteligible.

La salud se confirma como una categoría básica del enfoque de los funcionamientos seguros, y amplía su rango al establecer condiciones que garantizan su cuidado y mantenimiento en el tiempo –por ejemplo, el tratamiento específico de problemas crónicos de salud–. Además, las tres nuevas categorías enriquecen el enfoque de las capacidades y se ajustan a la propuesta de comprensión de la relación clínica sostenida aquí. La categoría 11 enfatiza la dimensión del cuidado de la salud de los demás y la dimensión social de dicho cuidado; esto es, confirma la finalidad de la relación clínica y su consideración como práctica social o actividad humana cooperativa. Por su parte, las categorías 12 y 13 añaden una atención singular al carácter institucional de la relación clínica, destacando la importancia del conocimiento y respeto del entramado normativo que la regula, especialmente de las normas jurídicas.

§ 20. *La salud como derecho*. El valor y el merecimiento de la salud y su condición de deber de justicia, de cuidado debido, justifican su reconoci-

⁵⁶ Cfr. Martha C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia (nota 17)*, 88-89.

⁵⁷ Cfr. Jonathan WOLFF, Avner DE-SHALIT, *Disadvantage*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

miento y protección como un derecho. Los derechos expresan el valor y el merecimiento de la salud y la continuidad de la Filosofía práctica, de la Ética, la Política y el Derecho. Se reconocen en razón de la condición de persona, y reflejan y garantizan valores de alcance universal. Constituyen *universalia iuris materialis*⁵⁸, un elemento que ha de estar presente en cualquier tiempo y lugar, y que integra el núcleo de la justicia en materia de salud. Por otra parte, los derechos desempeñan un rol esencial en los dos factores de transformación de las sociedades contemporáneas, la constitucionalización y la globalización: bajo la forma de derechos fundamentales constituyen el elemento nuclear de los modernos Estados constitucionales de Derecho, y es creciente el consenso en torno a la noción de derechos humanos como valor aceptado por la comunidad internacional.

En el plano internacional el reconocimiento de la salud como derecho se constata ya en el Preámbulo de la Constitución de la OMS (1946) y, dos años más tarde (1948), en la Declaración universal de derechos humanos (artículo 25.1). Con posterioridad, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (art. 12) y numerosas disposiciones, hasta la reciente Declaración universal sobre Bioética y derechos humanos de la UNESCO (2005), han perfilado el estatuto jurídico de la salud en el Derecho internacional de los derechos humanos. Mención especial merecen el Consejo de Europa, que ha modificado el marco normativo europeo con el Convenio de derechos humanos y biomedicina (1997), sus protocolos adicionales, sus Recomendaciones y otras iniciativas normativas desde finales de los años setenta, y la UNESCO, que ha hecho lo propio en el plano internacional con sus Declaraciones y otras disposiciones en materia de Bioética y Bioderecho⁵⁹.

En el plano nacional, la protección de los derechos comienza en los textos constitucionales y se

completa con la labor legislativa y jurisprudencial. En España, la Constitución de 1978 reconoce el derecho a la protección de la salud en su artículo 43.1 y tutela indirectamente la salud mediante otros derechos de su catálogo iusfundamental (artículos 10, 14, 15, 16, 17, 18 y otros CE) y una estructura institucional integrada por órganos y procedimientos destinados a su protección. Desde entonces el desarrollo legislativo ha sido incesante. Una primera etapa se culmina con la aprobación de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril: LGS), primer catálogo de auténticos derechos en el ámbito sanitario, y una segunda etapa, de consolidación y ampliación, se articula a partir de la Ley básica de autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: LBAP), que actualiza y reemplaza el catálogo de derechos del artículo 10 LGS, y estimula la promulgación de un sinfín de disposiciones autonómicas semejantes, y de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de mayo), que revisa la estructura del sistema sanitario. A ellas han de unirse las sucesivas Leyes de Seguridad social y otras que subrayan la dimensión social del cuidado de la salud, ejemplificadas por la Ley de promoción de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre).

§ 21. *La salud como capacidad, funcionamiento seguro y derecho.* Las relaciones entre capacidades y derechos son estrechas⁶⁰. Los derechos humanos o derechos fundamentales son un cauce para la determinación, la formulación, la satisfacción y el ejercicio de las capacidades. Mediante los derechos se identifican, enuncian y garantizan los bienes y valores básicos para una vida digna, en forma de preten-

⁵⁸ Cfr. Robert ALEXY, "Derecho, discurso y tiempo" (1995), traducción de José Antonio Seoane y Pablo Rodríguez, en *La institucionalización de la justicia*, José Antonio SEOANE (ed.), Granada, Comares, 2005, 69-87.

⁵⁹ Cfr. Roberto ANDORNO, "First steps in the development of an international bio-law" en *New pathways for European Bioethics*, Chris GASTMANS, Kris DIERICKX, Herman NYS, Paul SCHOTMANS (eds.), Antwerp, Intersentia, 2007, 121-138.

⁶⁰ Cfr. Martha C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia* (nota 17); Paul RICOEUR, "Capabilities and rights", en Séverine DENEULIN, Mathias NEBEL, Nicholas SAGOVSKY (eds.), *Transforming unjust structures: the capability approach*, Springer, Dordrecht, 2006, 17-26; Amartya SEN, "Elements of a theory of human rights", *Philosophy & Public Affairs* 32/4 (2004), 315-356; Amartya SEN, "Human rights and capabilities", *Journal of Human Development* 6/2 (2005), 151-166.

siones justificadas y exigibles. La triple dimensión de los derechos los convierte en una vía adecuada para la traducción jurídica de las capacidades –y (las oportunidades para) los funcionamientos seguros–. Son una categoría moral, que identifica y expresa las capacidades y los bienes más valiosos para el conjunto de la sociedad, y constituyen un criterio sustantivo de validez. Son una categoría jurídica, incluida en las disposiciones jurídicas estatales de mayor rango, las Constituciones, y en relevantes disposiciones o declaraciones internacionales; son, además, normas jurídicas vinculantes para los poderes públicos y los ciudadanos, que garantizan un ámbito de libertad a las personas. Son, finalmente, una categoría política, en su condición de normas objetivas o institucionales, que articulan la estructura del orden jurídico y de la comunidad política, orientan y delimitan la actuación de los poderes públicos y actúan como el principal criterio de legitimidad del poder.

El modelo de los derechos subraya la importancia de las capacidades y los funcionamientos seguros, el valor de la facultad de autodeterminación (capacidades internas y recursos internos) y la necesidad de un contexto de igualdad y libertad para el ejercicio de las capacidades y los funcionamientos (condiciones externas y recursos externos en un marco social) en orden al diseño de un proyecto de vida propio. Desde el enfoque de las capacidades, los derechos aparecen como capacidades combinadas: capacidades internas del individuo y condiciones externas adecuadas; desde el enfoque de los funcionamientos seguros, los derechos requieren recursos internos, recursos externos y un marco o estructura social. Así, tener un derecho implica la existencia de medidas efectivas para que su titular pueda ejercerlo y disfrutarlo; es decir, al reconocimiento de su titularidad a todas las personas añadir la garantía de su disfrute.

3.5. *El rumbo de la relación clínica*

§ 22. *Evolución médica, ética y jurídica del cuidado de la salud.* La valoración y la definición de la salud compete a todos los ciudadanos. Incluir el cuidado de la salud en el catálogo de capacidades básicas, funcionamientos seguros y derechos, y configurar su protección como una prioridad moral, jurídica

y política ha posibilitado el tránsito de la atención a la salud como beneficencia o caridad hacia el cuidado de la salud como deber de justicia y como derecho; de una protección benéfica, subordinada a la existencia de enfermedad y no garantizada a la totalidad de la población, hacia el reconocimiento de la protección de la salud como un derecho y un deber de justicia, la atención integral de la salud en condiciones básicas de igualdad y la progresiva universalización subjetiva; de la atención a la salud desde una perspectiva negativa, como curación de la enfermedad, hacia la consideración de la salud en un sentido positivo e integral, referido sobre todo a la educación, prevención y mejora de las condiciones de salud, tanto individuales como colectivas. Dicha evolución se ha traducido en una intensa transformación del sistema jurídico-sanitario⁶¹.

A partir de esta primera elección restan otras, individuales y colectivas, que delimitan el contorno de la salud como concepto, como valor y como derecho. Cobra sentido, por tanto, sugerir algunas orientaciones para encarar retos pendientes: 1) ampliar el ámbito subjetivo de titulares o personas que disfrutan del derecho a la salud, hasta la completa universalización, a nivel nacional e internacional; 2) evitar discriminaciones injustificadas en el acceso al cuidado y tratamiento de la salud; 3) eliminar la inequidad y los desequilibrios territoriales, a nivel nacional e internacional; 4) reforzar la solidaridad intergeneracional; 5) superar la perspectiva sanitaria añadiendo la perspectiva social, para culminar el proceso, ya iniciado, de conversión del cuidado de la salud en una verdadera asistencia sociosanitaria; 6) ensanchar y perfilar el contenido material del derecho, en particular a través de un catálogo de prestaciones; 7) integrar una pluralidad de dimensiones no estrictamente clínicas en el derecho, referidas sobre todo a la toma de decisiones autónomas sobre la propia salud (información, intimidad, confidencialidad, consentimiento, educación, participación, etc.); 8) subrayar el significado del derecho a la salud como derecho individual, consistente en la posibilidad de elegir autónomamente cómo vivir y disfrutar de la

⁶¹ Cfr. Juan María PEMÁN GAVÍN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos (nota 6)*.

propia salud, y no en la imposición de una salud determinada; 9) subrayar la dimensión objetiva o institucional del derecho a la salud, que atribuye a las instituciones la obligación de proporcionar los cuidados básicos de salud, individual y pública, para la gestión individual de cada proyecto de vida.

3.6. *El carácter normativo de la relación clínica*

§ 23. He presentado la relación clínica como práctica social institucionalizada destinada al cuidado sociosanitario de la salud, comprendida como capacidad y como funcionamiento seguro y garantizada como derecho. He subrayado su carácter institucional y la importancia de las normas comunes que orientan y delimitan la actuación de los sujetos de la relación clínica, así como de una comunicación y una comprensión adecuadas de su significado y modo de funcionamiento. No todas las normas tienen el mismo carácter ni la misma relevancia y jerarquía, por lo que es decisivo conocer el papel de los distintos órdenes normativos en la relación clínica. Esta tarea cobra mayor relieve por el cambio de trasfondo normativo, que deja atrás los modelos paternalista y autonomista a favor de un modelo articulado en torno a las capacidades, los funcionamientos seguros y los derechos.

El malentendido sobre esta cuestión conduce a interpretar y aplicar de forma incorrecta las normas reguladoras de la relación clínica y, por ende, a malinterpretar la propia relación. He intentado clarificar el significado del Derecho y de las normas jurídicas en el proceso de planificación anticipada de la atención y las instrucciones previas, a partir de la distinción entre principios y reglas, común en la teoría de las normas o enunciados jurídicos⁶². Reglas y principios son dos tipos de normas jurídicas; ambos tienen carácter normativo, esto es, guían la conducta de forma obligatoria. Deben ser seguidos y cumplidos por sus destinatarios, pero de manera distinta. Las reglas tienen un carácter concreto y determinado. Son mandatos disyuntivos y defi-

nitivos, que imponen la realización de una determinada acción; son mandatos de *ought to do*, de hacer o no hacer, que se cumplen o no se cumplen. Por su parte, los principios son normas con un carácter más flexible y abierto. Son mandatos de *ought to be*, que apuntan a la conservación o la obtención de un fin o estado de cosas valioso; o mandatos de optimización, que imponen que algo (la instrucción previa del paciente) sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Su correcta aplicación exige la ponderación, son susceptibles de graduación y, en consecuencia, de diversos modos y grados de cumplimiento. En este sentido, la manifestación del otorgante de un documento de instrucciones previas sobre la donación de sus órganos tras el fallecimiento, o la designación de su representante han de ser interpretadas como reglas: o se autoriza o no se autoriza la extracción, o se designa a una determinada persona como representante o no se designa; *tertium non datur*. Por el contrario, aquellas manifestaciones de voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de la salud del otorgante de carácter genérico, y aun las de tenor más casuístico (e.g. el deseo de no recibir tratamiento de soporte vital o de interrumpir el tratamiento iniciado cuando sea inefectivo para mantener una adecuada calidad de vida), que pueden plantear problemas por la dificultad de establecer su correspondencia con el “supuesto de hecho” previsto en el momento del otorgamiento, parecen acomodarse mejor al modelo de los principios.

3.7. *El carácter lingüístico de la relación clínica*

§ 24. Si el ser humano es un sujeto capaz de lenguaje y acción, vinculado a otros sujetos y comprometido con la intersubjetividad, la relación clínica puede concebirse como un acto lingüístico y como una acción comunicativa⁶³. Como características

⁶² Cfr. José Antonio SEOANE, “Derecho y planificación anticipada de la atención. Panorama jurídico de las instrucciones previas en España”, *Derecho y Salud* 14/2 (2006), 285-295, en particular 290.

⁶³ Una reflexión sobre los modelos de relación asistencial a partir de la naturaleza lingüística y comunicativa del ser humano en Vilhjálmur ÁRNASON, “Ética y sanidad: dignidad y diálogo en la relación asistencial” (nota 38). Cfr. también Ezequiel J. EMMANUEL y Linda L. EMMANUEL, “Cuatro modelos de relación médico-paciente” (1992), traducción de Jesús González Sánchez; revisión de Azucena Couceiro, en Azucena COUCEIRO (ed.), *Bioética para clínicos*, Madrid, Triacastela, 1999,

políticas y sociales, lenguaje y acción se traducen como diálogo y enuncian un paradigma relacional y un paradigma moral. El diálogo es una toma de posición valorativa y un modo de concebir la relación clínica, que subraya el respeto universal del otro y la utilización de la racionalidad, la argumentación, la deliberación y otras formas de lenguaje para orientar y coordinar las acciones de los sujetos implicados.

Desde esta perspectiva, el paciente o usuario es un agente moral capaz y legitimado para tomar decisiones acerca de su vida y su salud, que delibera sobre sus objetivos personales y actúa bajo la dirección de esa deliberación. Su capacidad de comunicación, inteligencia práctica y sensibilidad, y su participación en el diálogo acerca de su salud lo convierten en un interlocutor válido que interactúa con el resto de interlocutores –profesionales asistenciales y no asistenciales,⁶⁴ familiares, otros terceros– en la relación clínica .

§ 25. *Pluralidad de lenguajes. El lenguaje de las emociones.* El lenguaje es un sistema de signos mediante el cual el ser humano configura, enuncia y transmite sus ideas y sus emociones. Característico del lenguaje humano es su expresión mediante la palabra, oral y escrita. No obstante la comunicación humana no tiene lugar únicamente a través de la palabra; existen modalidades de lenguaje y de comunicación no verbal de enorme importancia en la relación clínica: gestos, movimientos corporales, estados de ánimo, emociones.

Un ingrediente singular de la relación clínica son las emociones. Como seres lingüísticos, podemos y estamos obligados a reflexionar y decir qué sentimos. Es lo que los teóricos denominan lexitimia, es decir, la capacidad de traducir en palabras las experiencias sentimentales o emocionales y formular verbalmente la cognición del sentimiento. No obstante, una cosa es sentir y otra muy distinta es decir lo que se siente. Ésta es una tarea difícil, que se torna

más compleja en algunos momentos de la relación clínica. Afortunadamente, nuestra capacidad lingüística no se reduce a la palabra. Los sentimientos comparados, se muestran, y el lenguaje de las emociones es sobre todo extraverbal: gestual, conductual, incluso innato o irreflexivo. Esto es, no siempre y no todas las emociones se expresan de modo lingüístico – o, de modo más preciso, verbal– pero el lenguaje las cambia. Enunciar o denominar nuestras emociones las modifica, las organiza, las relaciona, las perfila. Ser capaz de articular las propias emociones implica, *eo ipso*, tener una vida emocional diferente. Y ello exige conocer la gramática emocional de nuestra sociedad, pues cada sociedad desarrolla unas prácticas emocionales que condicionan el contenido y la perspectiva emocional de sus miembros⁶⁵ .

Las emociones y el lenguaje emocional parecen una cuestión más ética que jurídica. Cabe, sin embargo, identificar su presencia en el Derecho⁶⁶, mediante su transformación en un deber perfecto o de justicia, exigible como tal. Algo así ha sucedido con las obligaciones de cuidado. Una de las grandes emociones, la compasión, sostenía el cuidado de los más necesitados. En la actualidad, en especial tras la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, el cuidado ha adquirido rango jurídico. Ya no es un deber de solidaridad, caridad, compasión, sino un deber de justicia y, como tal exigible por los ciudadanos.

La pluralidad de lenguajes de la relación clínica se percibe en su modo de manifestación (palabra, silencio, gesto, estado de ánimo) y en su léxico (emociones, principios, derechos, valores, normas);

109-126. Otro ensayo más reciente en Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, Rethinking informed consent in bioethics (nota 26). Un intento de configuración lingüística del consentimiento informado en Jan MARTA, "A linguistic model of informed consent", The Journal of Medicine and Philosophy 21 (1996), 41-60.

⁶⁴ Cfr. Adela CORTINA, "Un concepto 'transformado' de persona para la Bioética", en Ética aplicada y democracia radical, Madrid, Tecnos, 1993, 223-240.

⁶⁵ Cfr. Martha C. NUSSBAUM, Upheavals of thought. The intelligence of emotions, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 2001, 149 ss. Cfr. antes Martha C. NUSSBAUM, Justicia poética (1995), traducción de Carlos Guardini, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997, en especial 85-114: comparto su análisis de la influencia de las emociones en los juicios y la racionalidad, subrayando las situaciones de vulnerabilidad y dependencia, pero me parece que su propuesta del espectador imparcial de Adam Smith ("espectador juicioso" en el texto: 107 ss.) como punto de vista moral racional puede resultar válida en otros ámbitos pero no para el aquí estudiado de la relación clínica.

⁶⁶ Una reflexión sobre el papel de las emociones en el Derecho en Martha C. NUSSBAUM, El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley (2004), traducción de Gabriel Zadunaisky, Buenos Aires, Katz, 2006.

también se percibe en la pluralidad de funciones (declarativa, expresiva, apelativa, comunicativa) y en el modo de articular tales lenguajes. Con todo, lo relevante es que los sujetos de la relación clínica adquieran competencia lingüística, y esto no se logra únicamente con el estudio de la gramática; el dominio de una lengua, y también del lenguaje de la relación clínica, exige práctica comunicativa.

3.8. El carácter comunicativo de la relación clínica

§ 26. El lenguaje no sólo dice algo sino que es algo con lo que hacemos algo. Tiene una dimensión proposicional y una dimensión performativa o pragmática, que introduce a los interlocutores en el nivel de la intersubjetividad y sin la cual el lenguaje no alcanza su objetivo comunicativo.

La teoría de los actos de habla. Hablar es una forma de conducta⁶⁷. Decir algo es hacer algo. Los enunciados lingüísticos no son únicamente descriptivos o constataivos: no se limitan a dar cuenta de hechos o describir situaciones; junto a ellos existe otro tipo de enunciados, realizativos o performativos, pues emitir la expresión es realizar una acción, que no se concibe como el mero decir algo⁶⁸. En concreto, se distinguen tres sentidos básicos del decir como “hacer algo” y tres actos o dimensiones de los actos lingüísticos⁶⁹:

1. Acto locucionario: *decir* algo es hacer algo; el acto de decir algo. El hablante expresa un enunciado con sentido y contenido. En él radica el significado de las expresiones.

2. Acto ilocucionario: *al decir* algo hacemos algo; es lo que hacemos o llevamos a cabo diciendo algo. Ello exige precisar en qué modo lo decimos (orden, pregunta, promesa, juicio, ruego, afirmación, autorización,...). Ante la multiplicidad de funciones o usos del lenguaje, fija el modo en el que ha de comprenderse el acto locucionario y el sentido de la acción. En él radica la fuerza de las expresiones.
3. Acto perlocucionario: *porque decimos algo* hacemos algo; causar algo porque decimos algo o mediante lo que se hace diciendo algo. Alude a las consecuencias o efectos que tienen lugar porque decimos algo (temor, tranquilidad, sorpresa, alivio,...).

De todos ellos, es la dimensión ilocucionaria, en cuanto dimensión pragmática del lenguaje, la que centra el interés del modelo de relación clínica como acción lingüística y comunicativa.

Los actos de habla acentúan la dimensión pragmática del lenguaje y la relación entre lenguaje, acción y norma, en tanto que la acción comunicativa destaca la dimensión de intersubjetividad a partir de la comunicación como manifestación del lenguaje y la acción⁷⁰. Una acción comunicativa es aquella coordinada por un empleo del lenguaje orientado al entendimiento y el acuerdo. Para hacer esto posible, al usar el lenguaje toda persona formula, implícita o explícitamente, cuatro pretensiones de validez: 1) *comprensibilidad*: expresarse con corrección gramatical, con apoyo en las reglas sintácticas y semánticas; 2) *verdad*: que la proposición dé a entender algo existente y que represente objetivamente los hechos; 3) *veracidad*: que la intención manifiesta del hablante se exprese del mismo modo que es exteriorizada; 4) *corrección*: que el contenido del acto lin-

⁶⁷ Cfr. John R. SEARLE, Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje (1969), traducción de L. M. Valdés Villanueva, Madrid, Cátedra, 4.ª edición, 1994, 17

⁶⁸ Cfr. John L. AUSTIN, Cómo hacer cosas con palabras (1962), traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 5.ª reimpresión, 1998, 41-47.

⁶⁹ Cfr. John L. AUSTIN, Cómo hacer cosas con palabras (nota 68), 138 ss. Cfr. asimismo John R. SEARLE, Actos de habla (nota 67), 31-34.

⁷⁰ Cfr. Jürgen HABERMAS, Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social (1981; 1987⁴), traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, 378.

güístico se ajuste a un determinado contexto normativo reconocido socialmente como válido.

Un acto de habla comunicativamente logrado exige satisfacer, y no únicamente formular⁷¹, las cuatro pretensiones: comprensibilidad, verdad, veracidad y corrección⁷². En tal sentido, son normas constitutivas de la comunicación⁷³, cuya infracción no implica una comunicación imperfecta o incorrecta sino la ausencia de una auténtica comunicación o acción comunicativa. La comprensibilidad (1) tiene un estatus especial, pues toda comunicación lingüística ha de presuponerla para que las otras dimensiones puedan tener sentido. Las tres dimensiones restantes han de ser comprobadas por el receptor u oyente y, en caso de ser cuestionadas, compete al emisor justificarlas. Presuponen un estado de cosas extralingüístico y una relación entre los enunciados y el mundo (2) verdad: mundo objetivo; 3) veracidad o sinceridad: mundo subjetivo; 4) corrección: mundo social o intersubjetivo⁷⁴.

Las reglas de la argumentación clínica. El uso del lenguaje presupone la utilización y la aceptación de normas. La comprensión del sentido ilocutivo y de la acción implicada en el decir exige conocer el sentido normativo por el cual un sujeto se siente autorizado u obligado a realizar determinada acción o por el que considera que el destinatario obedecerá un imperativo. La comprensión opera siempre sobre un trasfondo, que otorga significado a lo que se dice y a lo que se hace, y que ha de ser compartido por los participantes para que la comunicación tenga

sentido⁷⁵. La corrección, propiamente la no incorrección, de nuestros argumentos y discursos depende del respeto de una serie de normas o reglas. Su cumplimiento no garantiza el logro de una decisión óptima, pero sí la no incorrección de tal decisión. Aunque la dimensión práctica (moral, jurídica, política) de nuestra acción va más allá de las normas —que no agotan las posibilidades de decisión y actuación, y demandan la intervención del juicio prudencial, no sometido ni guiado plenamente por normas—, el conocimiento y respeto de las normas enmarca y guía la relación clínica⁷⁶.

No todos los actos de habla tienen finalidad comunicativa. Tampoco todas las acciones comunicativas son iguales, pues no todas persiguen la misma finalidad ni todas alcanzan su objetivo o resultan óptimas, sin que eso implique una ausencia total de comunicación. Es posible distinguir dos tipos de acción comunicativa. 1) *Acción comunicativa en sentido débil*, en la cual el entendimiento se refiere a hechos y razones relativos al actor que sostienen expresiones de voluntad unilaterales, y donde no existe expectativa recíproca de guiarse por normas y valores comunes o de aceptar obligaciones mutuas. 2) *Acción comunicativa en sentido fuerte*, en la que el entendimiento se extiende a las razones normativas subyacentes, a las orientaciones de valor compartidas y a las pretensiones de corrección reconocidas intersubjetivamente. Los participantes cuentan con un mundo social o trasfondo compartido y dan por supuesto que se guían por hechos, que dicen aquello que creen y tienen por verdadero y que persiguen planes de acción dentro de los límites de las normas y valores válidos⁷⁷.

⁷¹ Sobre la distinción entre formular y satisfacer la pretensión de corrección, cfr. Robert ALEXY "Derecho y corrección" (2000), traducción de José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó, en *La institucionalización de la justicia* (nota 58), 31-54, 32-36.

⁷² Cfr. Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (nota 70), 327-331. Cfr. *asimismo* Jürgen HABERMAS, "Teorías de la verdad" (1973), traducción de Manuel Jiménez Redondo, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 2ª edición, 1994, 136-138.

⁷³ Cfr. Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, *Rethinking informed consent in bioethics* (nota 26), 64.

⁷⁴ Cfr. *la exposición* de Juan Carlos VELASCO, *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza, 2003, en particular 38.

⁷⁵ Cfr. Jürgen HABERMAS, "Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla", traducción de Pere Fabra, en *Verdad y justificación* (1999), Madrid, Trotta, 2002, 99-131, 116.

⁷⁶ *El catálogo más completo de reglas de argumentación práctica corresponde a* Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 184-201y 283-285.

⁷⁷ Cfr. Jürgen HABERMAS, "Racionalidad del entendimiento" (nota 75), 117 ss.

Esta última es la auténtica relación clínica, donde los sujetos son responsables epistémica y éticamente del éxito de su acción comunicativa. Toda comunicación implica un compromiso práctico y cognitivo de los agentes implicados, que comparten un lenguaje y un trasfondo, explícito e implícito, y han de ser sensibles a los compromisos y aptitudes de los otros interlocutores y a las características particulares del contexto⁷⁸. En la relación clínica como práctica social institucionalizada, la comunicación es resultado del diálogo y la cooperación entre los sujetos de la relación clínica, comprometidos en el cuidado de la salud del paciente en un marco normativo común y compartido (aunque sus argumentos no sean necesariamente coincidentes⁷⁹, pues admite el disenso o la diferencia entre ellos).

3.9. El carácter prudencial de la relación clínica

§ 27. La relación clínica es una actividad o práctica social institucional, guiada por normas. Sin embargo, éstas no agotan su significado ni la explican por completo. La actuación humana no se gobierna únicamente mediante normas; requiere la deliberación y la prudencia. Identificar corrección, y más aún excelencia, con respeto de las normas equivale a admitir la existencia de una ciencia o *techné* del razonamiento práctico, que arrinconaría la dimensión prudencial y la deliberación y empobrecería el universo de la acción.

⁷⁸ Cfr. Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, Rethinking informed consent in bioethics (nota 26), 54-67.

⁷⁹ La teoría discursiva no resulta suficiente para una fundamentación satisfactoria de la relación clínica. Una propuesta de superación mediante un modelo de hermenéutica crítica en Jesús CONILL, "El carácter hermenéutico y deliberativo de las éticas aplicadas", en Adela CORTINA, Domingo GARCÍA-MARZÁ (eds.), Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista, Madrid, Tecnos, 2003, 121-142; Jesús CONILL SANCHO, Ética hermenéutica. Crítica desde la facticidad, Madrid, Tecnos, 2007. Cfr. también Adela CORTINA, "El quehacer público de la ética aplicada: ética cívica transnacional", en Adela CORTINA, Domingo GARCÍA-MARZÁ (eds.), Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista (nota 79), 13-44. En un sentido semejante al del presente texto cfr. José Antonio SEOANE, "Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy", en Pedro SERNA (dir.), De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas, segunda edición aumentada, Granada, Comares, 2005, 105-196, 172-189.

La prudencia es una virtud situada⁸⁰ o contextualizada, entre la certeza y el conocimiento apodíctico y la mera opinión⁸¹, de lo general o abstracto a lo individual o singular. La deliberación prudente toma en consideración el marco general de las normas y lo ajusta con flexibilidad a la situación concreta, que es siempre nueva en algún sentido. Las normas adoptan forma universal para describir una situación real. Toman en consideración los casos típicos o previsibles en el momento de su elaboración, pero no pueden dar cuenta de toda su riqueza ni captar ciertos detalles. Su formulación o tipicidad es aproximativa, ejemplificadora. Brinda estabilidad al identificar los rasgos más relevantes, proporciona orientaciones normativas e ilumina ante los hechos concretos, pero la percepción e interpretación de éstos es particular y no está regulada de antemano; la experiencia de lo particular enriquece y modula la concepción general.

La imperfección del ser humano, el carácter incompleto del mundo o la necesidad de individualizar las decisiones son razones para que la actuación del ser humano se apoye en la deliberación y la prudencia⁸². A los condicionantes antropológicos y existenciales han de añadirse tres atributos de lo práctico que muestran la insuficiencia de las normas. 1) La mutabilidad o falta de fijeza. La norma sólo comprende lo visto con anterioridad, y el mundo ofrece configuraciones nuevas para el agente. 2) La indeterminación o indefinición, en atención a la diversidad de contextos prácticos y la relatividad situaciones de la elección correcta. La decisión prudencial, que ha de ajustarse a las exigencias de la situación concreta, no está contenida en la norma universal. 3) La irrepitibilidad de lo particular, debido funda-

⁸⁰ Cfr. Pierre AUBENQUE, La prudencia en Aristóteles (1962), traducción de M. José Gómez Torres-Pallete, Barcelona, Crítica, 1999, 78.

⁸¹ Sobre la prudencia como virtud cfr. ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco VI, 5. En cuanto a la contingencia como ámbito de la prudencia cfr. VI, 5, 1140b 27 y VI, 6, 1141a 1. Respecto de la deliberación cfr. III, 3, 1112a 32-33 y III, 3, 1112b 3-4, así como Ética a Eudemo II, 10, 1126a 21-28. Sobre la buena deliberación Ética a Nicómaco VI, 9.

⁸² Cfr. Pierre AUBENQUE, La prudencia en Aristóteles (nota 80), 105.

mentalmente a la complejidad y variedad de las situaciones⁸³.

Así sucede en el ámbito clínico, donde el ejercicio de la prudencia remite a la deliberación: el método de la ética clínica es la deliberación⁸⁴. El objetivo de la deliberación es la toma de decisiones prudentes o razonables, haciéndose cargo de todas las dimensiones presentes en la relación clínica (hechos, valores, emociones, deberes, normas). No se trata de que todos adopten la misma decisión ante un caso concreto, sino que todos, tomen la que tomen, lleguen a decisiones prudentes. Se trata, en fin, de incrementar la prudencia de las decisiones elegidas, aunque éstas no coincidan entre sí.

De nuevo la información sirve como ejemplo, esta vez de la inevitabilidad del carácter prudencial de la relación clínica. El trasfondo normativo del proceso de información está razonablemente regulado por diversas clases de normas, entre ellas los artículos 4 y 5 LBAP. Pero esta norma legislativa es únicamente un importante punto de partida, que necesita interpretación y determinación en cada aplicación concreta. Cada paciente tiene un nivel de comprensión y unas necesidades particulares, e incluso dicho nivel y dichas necesidades oscilan en un mismo paciente en razón de las circunstancias. Para adoptar una decisión sobre la inteligibilidad o sobre el volumen de información que corresponde comunicar a cada paciente en cada momento, o incluso sobre su capacidad para comprender dicha información, el profesional está asistido por la prudencia, y dispone de un ámbito legítimo de discrecionalidad no sometido plenamente al dictado de las normas. Caso paradigmático de un ejercicio atemperado de la prudencia es el estado de necesidad terapéutica⁸⁵,

que sirve al tiempo para mostrar la evolución del trasfondo institucional de la relación clínica y la sujeción normativa de la actividad de los participantes en ella, en este caso del médico y del resto de profesionales asistenciales. Finalmente, estos supuestos que ejemplifican el vaivén entre lo fáctico y lo normativo, y la culminación de la comprensión y el hallazgo de una respuesta prudente tras la interpretación y aplicación en el caso concreto remiten al carácter hermenéutico —narrativo— de la relación clínica⁸⁶.

3.10. El carácter narrativo de la relación clínica

§ 28. La relación clínica es concebible como relato o historia. Desde la perspectiva del paciente, es un conjunto de episodios que reflejan su evolución sociosanitaria y vital. La estructura narrativa de la relación clínica es una manifestación del carácter narrativo de la vida humana. Como cualquier relato vital, es un relato pluridimensional y un relato en común. No sirve únicamente para identificar al paciente sino que incorpora los caracteres de los restantes sujetos de la relación clínica: profesionales asistenciales y no asistenciales, familiares, etc.; éstos no sólo aparecen parcialmente retratados sino que además contribuyen a retratar y definir intersubjetivamente la identidad del paciente. Además, en la relación clínica no comparecen únicamente hechos; hay también valores, juicios, prejuicios, normas, conjeturas, emociones, etc.⁸⁷.

sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera 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"

⁸³ Cfr. Martha C. NUSSBAUM, *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega* (1986), traducción de Antonio Ballesteros, Madrid, Visor, 1995, 385-388.

⁸⁴ Cfr. Diego GRACIA, "La deliberación moral: el método de la ética clínica", en Diego GRACIA y Javier JÚDEZ (eds.), *Ética en la práctica clínica*, Madrid, Triacastela, 2004, 21-32; Diego GRACIA, *Como arqueros al blanco* (nota 47).

⁸⁵ Cfr. artículo 5.4 LBAP: "El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente

⁸⁶ Cfr. Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, I (1975^a), traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, sexta edición, 1996; Hans-Georg GADAMER, *El estado oculto de la salud* (1993), traducción de Nélida Machain, Barcelona, Gedisa, 1996. Desde una perspectiva bioética cfr. Diego GRACIA, "Ética narrativa y hermenéutica", en *Como arqueros al blanco* (nota 47), 197-224.

⁸⁷ En cuanto a la identidad narrativa en general cfr. Paul RICOEUR, *Si mismo como otro* (1990), traducción de Agustín Neira Calvo con la colaboración de María Cristina Alas de Tolivar, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996, en particular quinto y sexto estudios, 106-172. Sobre la estructura narrativa de la vida cfr. Alasdair MACINTYRE, *Tras la virtud* (nota 37), 252-277. Acerca de la concepción narrativa de la vida cfr. Charles TAYLOR, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna* (1989), traducción de Ana Lizón; revisión técnica de Ramón Alfonso Díez, Barcelona, Paidós, 1996, en particular 64 ss. En clave bioética, cfr. Hilde Lindemann NELSON (ed.), *Stories and their limits. Narrative approaches to bioethics*, New York-London, Routledge, 1997; Diego

El carácter narrativo de la relación clínica tiene su ejemplo más elocuente en la historia clínica, o el expediente social. Éstos son –legislativamente– el conjunto de documentos que contienen datos, valoraciones e informaciones sobre la situación y evolución de un paciente a lo largo de su proceso asistencial. Pero son también, más allá, su biografía sociosanitaria, que integra una pluralidad de sujetos y un haz de relaciones, hechos, valores, juicios, expectativas, normas, etc.⁸⁸.

El carácter narrativo permite comprender la relación clínica en un sentido más pleno. El sentido de cualquier actuación asistencial, su inteligibilidad y su corrección sólo se obtienen en el conjunto del relato de la relación clínica, en conexión con otros episodios anteriores, coetáneos y posteriores, y con el trasfondo de normas, relaciones, expectativas, emociones, valores que la orientan y explican. La relación clínica tiene carácter procesual: una sucesión de momentos o acontecimientos cuyo significado pleno sólo se obtiene mediante una interpretación global, que relacione y otorgue sentido a sus diferentes elementos.

3.11. El carácter ejemplar de la relación clínica

§ 29. De algún modo, los atributos de la relación clínica (autonomía, interdependencia, confianza, carácter comunicativo, deliberativo, narrativo y prudencial) conducen a concebir la relación clínica como acción ejemplar. Aboca también a ello la perspectiva metodológica adoptada, el punto de vista interno o del participante, que implica un compromiso cooperativo de los sujetos de la relación clínica en el conocimiento y cumplimiento de su trasfondo

normativo, así como con la verdad de sus afirmaciones y la corrección de sus acciones.

El comportamiento (moralmente) ejemplar del profesional asistencial y del paciente en la relación clínica implica actuar “por respeto a la ley” y no simplemente “según la ley”. La diferencia kantiana entre cumplimiento *moral* y cumplimiento *legal* de las normas no radica en el contenido de los deberes que integran la norma, que pueden ser los mismos, sino en el móvil de la acción⁸⁹. En la legislación u obligación moral el móvil de la acción es el deber de respeto a la norma, y exige una adhesión interior; en cambio, en la legislación u obligación jurídica el móvil de la acción puede ser cualquier otro distinto de la idea de deber, pues sólo importa la adecuación exterior de la conducta a la norma⁹⁰.

Imagínese un profesional asistencial que concibe el consentimiento informado como un formulismo o como la engorrosa obtención de una firma del paciente impuesta por la ley (aunque desconozca de qué norma se trata y cuál es su contenido) y que, una vez conseguido, blinda su actuación frente a eventuales reclamaciones. Jurídicamente resulta improbable que recibiese castigo (aunque se advierta un incumplimiento craso de lo exigido por dicha norma, especialmente en relación con el proceso de información, su actuación parece externamente conforme a ella), pero sí merecería reprobación moral, tras el análisis del móvil de su actuación. El proceso de información y consentimiento está diseñado para propiciar la toma de decisiones autónomas del paciente o usuario sobre su vida y su salud, y es síntoma de reconocimiento y del respeto de su dignidad, autonomía y derechos, así como del buen ejercicio profesional.

GRACIA, “Ética narrativa y hermenéutica” (nota 86); Hille HACKER, “Narrative Bioethics”, en *Bioethics in cultural contexts. Reflections on methods and finitude*, Christoph REHMANN-SUTTER, Marcus DÜWELL, Dietmar MIETH (eds.), Dordrecht, Springer, 2006, 353-371.

⁸⁸ En cuanto a la consideración de la historia clínica como relato cfr. Pedro LAÍN ENTRALGO, *La historia clínica. Historia y teoría del relato patográfico*, Madrid, Triacastela, 1998. El artículo 3 y el artículo 14.1 LBAP, al igual que las normas autonómicas análogas, definen la historia clínica en el primer sentido indicado, como conjunto de documentos. Acerca del sentido secundario de la historia clínica como conjunto de documentos y del sentido primario o propio de la historia clínica como relato o biografía sanitaria cfr. José Antonio SEOANE, “¿A quién pertenece la historia clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos”, *Derecho y Salud* 10/2 (2002), 231-254, 249 ss.

⁸⁹ “De ahí que la doctrina del derecho y la doctrina de la virtud no se distinguan tanto por sus diferentes deberes como por la diferencia de legislación, que liga uno u otro móvil con la ley”. (Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres* (1797), Ak. VI, 220. Empleo la traducción española de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989, 25).

⁹⁰ “A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama la legalidad (conformidad con la ley), pero a aquella en la que la idea del deber según la ley es a la vez el móvil de la acción, se le llama la moralidad (eticidad) de la misma”. (Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres* (nota 90), Ak. VI, 219; en la versión española, 23-24).

No basta, pues, la apariencia de legalidad. Los participantes en la relación clínica, concebida como actividad humana cooperativa que persigue el cuidado de la salud de una persona, están comprometidos con un trasfondo normativo y con unos valores que van más allá. Su actuación es ejemplo del cumplimiento de tal compromiso, y ancla de la confianza. Nuestra actuación es una forma de comunicación, sujeta al cumplimiento de diversas normas. Desde el punto de vista externo o de un observador tal vez no se pueda diferenciar una concepción del consentimiento informado como un momento aislado en la relación clínica, reducido a un formulario firmado por el paciente, de otra que lo concibe como un proceso continuo, comunicativo, deliberativo y prudential entre los sujetos de la relación clínica en pos de una decisión autónoma y buena para el cuidado de la salud del paciente. Sin embargo, el punto de vista interno o del participante sí permite advertir la diferencia. El resignado profesional asistencial del primer escenario profesa un paternalismo benéfico o “paternalismo con formulario”, y acaba incurriendo en una contradicción performativa: infringe sus responsabilidades epistémicas y éticas básicas en el plano comunicativo (e.g. resulta flagrante la ausencia de la veracidad, y también de verdad y corrección), desconoce la autonomía y los derechos del paciente y destruye la confianza. Por el contrario, el profesional del segundo escenario acomoda su actuación y las razones o móvil de la misma al trasfondo normativo contemporáneo —ético, jurídico, comunicativo— y estimula el cuidado de la salud como capacidad, funcionamiento seguro y como derecho⁹¹. Ésta es la actitud ejemplar en la relación clínica.

§ 30. *La admiración y el ejemplo como elementos de educación moral, profesional y cívica.* Aunque los rasgos anteriores de la relación clínica muestran la estrecha relación entre lenguaje y acción, el carácter ejemplar subraya la dimensión práctica o de actuación frente a la dimensión lingüística, y resulta especialmente idónea para la labor asistencial, desempeñada generalmente por profesionales de perspectivas y generaciones diversas (piénsese, por ejemplo, en el período de formación especializada o residencia hospitalaria de jóvenes profesionales asistenciales)⁹². Los sujetos de la relación clínica viven ante un horizonte de modelos o ejemplos personales que han de percibir y seleccionar, evaluando sus rasgos relevantes. El comportamiento ejemplar de un profesional, es decir, no meramente bueno o correcto sino excelente o virtuoso, interpela moralmente y mueve a la admiración de otros compañeros. He aquí el valor didáctico o pedagógico de la relación clínica como acción ejemplar. La validez ejemplar del modelo radica en que sin perder su carácter singular y concreto propone un modo de conducta universalizable y general, al que se puede aspirar y al que se debe tender. Surge el deseo de comportarse y ser como el sujeto (el profesional) admirado, pero no a causa de una ejemplaridad impuesta sino de una ejemplaridad elegida o autónoma, que trata de imitar libremente. No consiste, en suma, en copiar o reproducir miméticamente las decisiones y las actuaciones del profesional ejemplar admirado, sino en recrear la propia actuación y la propia persona mediante su actualización y ajustamiento al contexto clínico⁹³.

⁹¹ Sobre el consentimiento informado cfr. Pablo SIMÓN, *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica*, Madrid, Triacastela, 2000; también Pablo SIMÓN, “Diez mitos en torno al consentimiento informado”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 29/Suplemento 3 (2006), 29-40.

⁹² En cuanto a la necesidad de educación y alfabetización sanitaria de los pacientes o usuarios, cfr. Albert J. JOVELL, “El paciente del siglo XXI” (nota 10). Cfr. también la iniciativa de la Universidad de los pacientes (www.universidadpacientes.org, Visita: 15.1.2008).

⁹³ Cfr. Aurelio ARTETA, *La virtud en la mirada. Ensayo sobre la admiración moral*, Valencia, Pre-Textos, 2002; Javier GOMÁ LANZÓN, *Imitación y experiencia*, Valencia, Pre-Textos, 2003.

