

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*. El modelo de relación clínica predo-

*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 Vandeveldt (eds.), *Autonomy and**

minante 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 su parecer, con la finalidad de evitarle un daño (paternalismo proteccionista o no maleficente) o proporcionarle un bien (paternalismo beneficente o perfeccio-

Paternalism. Reflections on the theory and practice of health care, Leuven, Peeters, 2007.

nista). 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 razonablemente 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 necesarias y potencialmente conflictivas. En lí-

2 Cfr. Tom L. Beauchamp y Laurence B. McCulloch, *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.

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

neas 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”⁹ que exigen un replanteamiento: demográficos, como el incremento y envejecimiento de la población; epide-

miológicos, 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 ca-

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.

pacidades y el de los funcionamientos seguros; de otra, el modelo de los derechos –y su envés, los deberes–. Así, la relación clínica es una práctica social institucionalizada cuya finalidad es el cuidado (socio-sanitario) 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.

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 neconstitucionalismo. 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.

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.

1. *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.
2. *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.
3. *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*).
4. *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 se acomode a la estructura principalista 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 tradicional. 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*

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.

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 perfiles¹⁷ políticos, sociales, culturales, éticos y jurídicos¹⁸. 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 Perratón, 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 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

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 como¹⁸ los intentos de reedición de un Derecho de gentes¹⁹ o de un Derecho (penal) intercultural²⁰. 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 autosuficiencia del individuo, del ser humano aislado²¹. El autonomismo/atomismo considera la auto-

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 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.

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.

nomía 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 prácticos independientes, en la feliz locución de MacIntyre²². No independencia en el sentido de autarquía, sino una independencia consciente de nuestra vulnerabilidad, fragilidad y dependencia.²³ En otras palabras, una interdependencia reflexiva. 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 tendencia 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

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).

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 caso de existencia de un documento de instrucciones previas).

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. McCulloch, *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.