

MEDICINA Y DERECHO: AMISTAD, FRATERNIDAD O ENEMISTAD

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Al recibir el nombramiento de Académico Correspondiente, me siento profundamente agradecido a esta Academia, que ha extendido su mano para recibir en su seno a quien ha dedicado gran parte de su vida a la Medicina, pero no desde la propia Medicina, sino desde el Derecho, primero, en el ámbito de la litigación, defendiendo a médicos y profesionales sanitarios frente a las reclamaciones de los pacientes, y después, en el ámbito de la docencia e investigación universitaria a la que actualmente me dedico. No es éste mi único vínculo directo con el mundo “académico” de la Medicina, ya que hace unos años ingresé como profesor asociado en los estudios de Medicina de la Universidad Rey Juan Carlos. Como pueden comprobar, están ustedes ante quien, en este mundo tan multidisciplinario, puede ser subrayado bajo el título de jurista de la medicina.

Me hace especial ilusión que sea precisamente esta Academia de Murcia porque en esta bella ciudad he tenido precisamente que enfrentarme al que con toda probabilidad ha sido el litigio más difícil que he afrontado en mis casi veinte años dedicados al ejercicio de la profesión de abogado, como fue el derivado de las reclamaciones por el brote de legionella ocurrido en esta ciudad en el verano de 2001, si la memoria no me falla. Junto a este complejo caso de salud pública, he tenido que también enfrentarme a otros también difíciles durante en la etapa en la que me encargué de defender los intereses de mi cliente en ese momento, la aseguradora Zurich, que habitualmente convergían con los del Servicio Murciano de Salud y sus profesionales. Aquí he podido compartir interesantes momentos profesionales y algunos también de ocio con buenos amigos entre los que me gustaría destacar especialmente a José María Ruiz Ortega y Carlos Fernández Herreruela, éste último reciente murciano por adopción marital y a otras dos personas cuya cita dejo para un párrafo más adelante.

En todo caso, mi vínculo profesional con la Región de Murcia no se ha roto estos años dado que su Consejería de Sanidad tuvo a bien convertirse

hace dos años en la primera entidad autonómica que le pedía al Comité de Bioética de España, cuya vicepresidencia ocupó desde 2013, un informe sobre la regulación en la Región de los biobancos. Fui en su momento nombrado por mis compañeros ponente de dicho informe del Comité, de manera que mi relación jurídico-sanitaria ha seguido sin solución de continuidad.

Agradezco particularmente también el apoyo prestado por el Dr. Eduardo Osuna, miembro de esta Academia como ustedes bien saben. Sin él hoy yo no estaría aquí cumpliendo lo que para un jurista no sólo es un sueño, ingresar en una Academia, sino incluso, una verdadera pirueta intelectual, ingresar en una Real Academia de Medicina y Cirugía. A Eduardo lo conocí en el año 2000, andando ambos por el Congreso de la Asociación Mundial de Derecho Médico, que se celebraba en mi segundo país de sangre, Finlandia (mi segundo apellido me delata o al menos permite intuir que por mis venas corre no sólo sangre española). Tanto Eduardo como Teresa son dos buenos amigos y, sobre todos, dos personas generosas y, siendo granadinos, con un gran sentido del humor.

Acabo esta introducción agradeciendo a mi Universidad, la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), todo el apoyo que me ha prestado en estos veinte años en los que he tenido la oportunidad de impartir docencia en sus aulas e investigar y a mi directora de Departamento y de tesis doctoral y, sobre todo, muy buena amiga, la profesora Álvarez Vélez, que no ha querido perderse este acto que es para mí un verdadero acto de celebración. Tampoco puedo dejar de citar a mi mujer Rocío, sin la que nada de todo esto sería posible y que siempre está a mi lado aunque por razones “académicas” (inicia este año el doctorado) no puede hoy acompañarme.

Concluidos estos agradecimientos, continúo con mi discurso que, como su título indica, versará sobre la relación entre la Medicina y el Derecho.

Creo recordar que fue un mandatario checoslovaco o, quizás, húngaro, quien preguntado por unos periodistas hace unas décadas, antes de la caída del Muro de Berlín, acerca de los sentimientos o relación entre su Estado y la Unión Soviética manifestó que el pueblo ruso era un pueblo, no amigo, sino hermano. Ante la cara de sorpresa de los presentes, inmediatamente el mandatario aclaró que a los amigos se los elige y los hermanos vienen impuestos.

Sirva esta pequeña historia, puede que errónea por haberse producido en un lugar y tiempo distinto, de mera excusa para introducir lo que trataré de exponer a lo largo de mi discurso y que no es otra cosa que tratar de llevar a cabo una reflexión acerca de la relación entre la Medicina y Derecho, saberes a los que he dedicado gran parte de mi vida profesional y académica a través de la conjunción que se ha denominado tradicionalmente Derecho Sanitario o Derecho Médico y que incluso ahora incorpora otros *nomen* como es el de Bioderecho.

Puede considerarse un lugar común afirmar que el Derecho Médico como expresión que une a la Medicina al Derecho, o más bien, ata aquella a éste, se inicia hace ya más de un siglo, en 1914, con la Sentencia *Schloendorff v Society of New York Hospital* del Juez Cardozo, sefardí de origen portugués y Juez de la Corte de Nueva York que años después pasaría a integrar la muy prestigiosa Corte Suprema de Estados Unidos. En su decisión viene a establecer que todo acto médico debe ir precedido del consentimiento informado, construyendo de este modo el primer peldaño que obligaría a la Medicina a alejarse del paternalismo que bajo la consigna de “todo para el paciente pero sin el paciente” había dominado la relación entre el médico y aquél.

Esta doctrina de principios de siglo XX se fundamenta, única y exclusivamente, en la idea del consentimiento, sin atender al deber de información. Lo importante no es tanto la información recibida por el paciente como el hecho de que éste haya aceptado o no la intervención o el tratamiento médico. Tendrán que transcurrir cuarenta años más para que la doctrina del consentimiento informado se centre, no tanto en lo relativo al consentimiento, como en lo que se refiere a la información. A estos efectos, puede citarse la Sentencia del Tribunal de California de 1957 (*caso Salgo v Leland Stanford J.R.*), en la que el Tribunal estimó que un médico viola sus deberes hacia el paciente y queda sujeto a responsabilidad si omite circunstancias que son necesarias para formar la base de un consentimiento informado por parte del paciente para el tratamiento propuesto. El médico no puede minimizar los riesgos de una intervención con el fin de estimular el consentimiento del paciente. Poco después, una Sentencia de 1961 (*caso Berkey contra Anderson*) da un paso más y declara que el paciente debe ser informado de todo aquello de lo que una persona razonable desearía conocer para tomar una decisión seria. La cantidad de información que debe facilitarse al paciente no queda ya en manos del médico.

Se mencionan también las atrocidades ocurridas en las postrimerías de la primera mitad del siglo XX como el momento histórico en el que el Derecho comienza “a mirar por encima de las espaldas del médico”, tratando de marcar ya cuáles son los principios y valores que todo médico ha de respetar en su relación con el paciente.

Permítanme que me detenga un momento en dicho momento histórico porque éste explica parcialmente algunas de las imperfecciones o incorrecciones de la regulación jurídica de la relación médico-paciente. Tradicionalmente se ha acudido al Código de Nuremberg para explicar cuáles son los principios de deben informar dicha relación, otorgando primacía al principio de autonomía, cuando dicho Código se construye al amparo de una relación similar pero no siempre idéntica como es la del investigador y el sujeto. Trasladar los principios presentes en el ámbito de la investigación clínica directamente a la relación médico-paciente es un despropósito y explican como determinados valores como el de la autonomía han generado más daño que bienestar al paciente, sobre todo, cuando la exigida información completa se convertía, algo muy habitual, en encarnizamiento informativo. Y así, si bien es admisible que la información que el investigador debe facilitar al sujeto ha ser completa, ya que aquí no podemos hablar de la operatividad del principio de beneficencia (el ensayo clínico no es *per se* beneficioso para la salud del paciente porque es precisamente el camino hacia la evidencia científica), cuando estamos en sede de un tratamiento autorizado, la beneficencia puede matizar algo a la autonomía.

Se ha afirmado, pues, que los problemas que ha presentado el consentimiento informado en su evolución viene motivado porque surge al amparo de la investigación médica, pretendiéndose implantar con la misma extensión y efectos en el ámbito de la medicina asistencial ordinaria. Si bien la información completa puede tener sentido en una relación entre investigador y sujeto, en virtud de la cual, el sujeto tiene que decidir acerca de su inclusión o no en un proyecto de experimentación, cuyo beneficio individual, más allá del comunitario es incierto, en la relación clínica asistencial ordinaria, tales exigencias no parecen tan necesarias.

Este nuevo sistema jurídico que vendrá a regular la relación médico-paciente destaca, pues, por el protagonismo del principio de autonomía. Este se convertirá en la base esencial de la relación de manera que, a partir de entonces, el médico sólo podrá actuar sobre el cuerpo del

paciente cuando haya obtenido del mismo la correspondiente autorización, previa información sobre los riesgos del acto médico. El paciente habrá pasado de ser “objeto” de la atención sanitaria a “sujeto” de la atención sanitaria (Meneu, 2002, p. 3). Se utilizará ya un nuevo concepto, atención sanitaria centrada en el paciente (Mira, 2011, p. 35).

En todo caso, la llegada del Derecho a la Medicina no ha destacado precisamente por la cautela o prudencia, sino que aquél ha tratado de ocupar los más recóndito de los “bolsillos del médico”, intentando alcanzar bajo el manto regulador todos los aspectos que inciden en la relación médico-paciente. Podemos afirmar, así, sin temor a equivocarnos que si existe una profesión que en las últimas décadas se haya visto sujeta a una mayor regulación normativa en cuanto a sus correspondientes deberes esta es, con toda probabilidad, la profesión médica. Ello se debe en gran parte al ya citado paternalismo, de manera que la sobrerregulación obedece a una reacción pendular derivada precisamente de la ausencia de regulación anterior.

El paternalismo encontraba su mayor reflejo en el lenguaje médico, incluso, cuando éste se usaba para comunicarse con el paciente. No existía una preocupación acerca de la posibilidad de que el paciente entendiera el diagnóstico, siendo lo importante que el paciente confiara en su médico. En una sociedad menos globalizada y avanzada, el recurso a términos complejos y técnicos por el profesional era habitualmente visto como un signo de sabiduría y, por tanto, habían de incrementar la confianza del paciente.

Un ejemplo de tal falta de interés del lenguaje médico, lo encontramos en el propio Juramento Hipocrático en el que, si bien se hace mención a dilemas de la relación médico-paciente que aún hoy están de plena actualidad, como el deber de confidencialidad que el médico ha de guardar respecto de todo aquello que le comunique el paciente: *“Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable”*, nada se dice acerca del lenguaje que el médico habrá de emplear en su relación con el paciente.

La razón de ser de dicha exclusión de la autonomía del paciente en el marco de la asistencia sanitaria y, por ende, la escasa importancia que se atribuía al hecho de que el paciente entendiera los términos empleados por el profesional, se encuentra también en el vasto campo de conocimientos y técnicas que supone el ejercicio de la medicina. Siendo el

médico el verdadero conocedor de los beneficios y riesgos del tratamiento, ¿cómo podía justificarse, con un mínimo de racionalidad, que se desplazara la decisión hacia el paciente, quien carecía de dichos conocimientos? Además, la pérdida de la autonomía del paciente quedaba acrecentada con el propio avance de la medicina. A mayor evolución y desarrollo científico, mayor especialidad del conocimiento y, en consecuencia, mayor justificación de la exclusión en la decisión del lego, el paciente. En este contexto, la comprensión por parte del paciente del lenguaje empleado por el médico carecía de relevancia. No había motivo alguno que le exigiera al médico hacerse entender cuando el paciente no era, ni tan siquiera, el titular de la decisión sobre el tratamiento médico.

Cierto es que algunos de nuestros insignes médicos y a la sazón humanistas, como el Doctor Gregorio Marañón, ya habían manifestado mucho tiempo atrás que el mejor instrumento con el que contaba un médico en su relación con el paciente era un silla, tratando de expresar lo importante que era para el profesional no sentirse deslumbrado por la nueva tecnología sanitaria que ya iniciaba su avance en aquellos años, so pena de olvidar la importancia de la conversación con el paciente, la denominada técnicamente anamnesis o, en palabras de Laín Entralgo, coloquio anamnésico (1985, p. 381). Sin embargo, el mismo Marañón también había manifestado en esa época que: *“la pedantería científica manifiéstase también, en muchos médicos actuales, en el afán de informar a sus pacientes de los detalles de su enfermedad, moda muy americana y, a mi juicio, absolutamente reprobable. Algunos no se contentan con detallar el diagnóstico y añaden todos los posibles peligros y complicaciones inherentes al mismo... el médico, pues –digámoslo heroicamente- debe mentir. Y no sólo por caridad, sino por servicio de la salud”* (Crítica de la Medicina dogmática, 1950).

Así pues, su consejo, como puede comprobarse, iba más bien referido a que el médico fuera capaz de escuchar al paciente para poder interpretar sus síntomas adecuadamente en el contexto del proceso diagnóstico sin dejarse llevar exclusivamente por el atractivo de la tecnología. Dicho consejo no pretendía promover que sobre el médico recayera deber moral alguno de emplear un lenguaje sencillo en su relación con el paciente.

La inflación regulatoria a la que nos venimos refiriendo también responde a otro fenómeno, el de la medicina defensiva, siendo definida ésta como el empleo por el médico de los procedimientos y medios diagnósticos y terapéuticos con el principal fin de evitar ser demandado o reclamado

judicialmente, no en atención a su utilidad clínica (Arimany Manso, J., 2007, pp. 22 a 24; y Guerrero Zaplana, 2004, pp. 48 a 52).

No fueron los pacientes los que exigieron del legislador un completo catálogo de mecanismos legales para defenderse de los presuntos abusos que podían cometer los médicos, sino los médicos para poder defenderse de aquellos en sede judicial. Como fundamento de ello, recordemos que las Comisiones que se lanzan a la ardua tarea de elaborar la exégesis de dicha regulación estaban integradas por un importante número de médicos, entre las que destaca la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos ante la Investigación Biomédica y de Comportamiento, autora del conocido Informe Belmont.

Y son precisamente estos dos fenómenos, el excesivo autonomismo como reacción al anterior paternalismo como la medicina defensiva, que dan lugar a un vasto corpus jurídico en una profesión que tradicionalmente había carecido de atadura jurídica alguna, los que explican el porqué de los problemas que han aparecido en esta compleja relación entre Medicina y Derecho. La crisis, el deterioro surge cuando el profesional percibe que la comunicación con el paciente no es elemento de unión, sino instrumento de defensa en una relación que empieza a presumirse conflictual.

Se da lugar así, como gráficamente nos explica TAUBER en sus *Confesiones* un modelo político-judicial de autonomía del paciente que incrementará la confusión de la experiencia vivida de la enfermedad y a las realidades de la clínica.

Los trabajos realizados sobre los deseos de los pacientes muestran que los problemas de comunicación de la información sobre la enfermedad y el tratamiento suelen ser la causa más frecuente de su insatisfacción. Muchos trabajos destacan también, entre los aspectos más valorados por los pacientes, el recibir una información clara y comprensible, especialmente sobre el tratamiento y sus efectos, así como que el médico les aclare dudas y les facilite el conocimiento y la comprensión de su problema (Gutiérrez Fernández, 2005, p. 7). Y no es que los médicos no informen, antes al contrario, el problema radica en que se informa de aquello que parece interesar al Derecho y no a la Medicina, cuando la relación no es jurídica.

Se ha llegado a apuntar el original argumento de que la verdadera puerta de entrada de muchas de las denominadas medicinas alternativas en una

sociedad como la nuestra que precisamente se ha caracterizado por el éxito sin precedentes de la denominada medicina tradicional no es otra que la falta de satisfacción de los deseos de información del paciente. El sentimiento anticientífico que evoluciona en ciertos sectores de la sociedad no sólo es mera expresión de posmodernidad sino también de que en el marco de dichas medicinas alternativas el paciente es tratado como persona (Tauber, 2011, p. 50). A ello coopera notablemente el ya citado modelo político-judicial que preside la relación médico-paciente, modelo que ataca directamente a la clave de bóveda de dicha relación, la confianza. El paciente no aprecia la presencia del diálogo político-judicial en su conversación con el *chamán*.

Un ejemplo de este desajuste lo encontramos en el precedente de la regulación jurídica de la relación médico-paciente, la Ley General de Sanidad de 1986, que recoge, por primera vez en nuestro ordenamiento, un catálogo bastante detallado de derechos de los pacientes en su artículo 10. En dicho precepto se dispone, en su apartado, 5 que todos tienen derecho *“a que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”*.

Esta norma consagrará el deber del médico de emplear un lenguaje comprensible en su relación con el paciente. Sin embargo, su lectura íntegra nos permite ver que el precepto sitúa al mismo nivel la comunicación verbal y la escrita, lo que supuso en los años siguientes a la aprobación de la citada Ley la sacralización de la forma escrita en detrimento de la conversación médico-paciente. Tras la aprobación de este novedoso catálogo de derechos de los pacientes se impone la forma escrita de comunicación y su instrumento estelar que es la hoja de consentimiento informado. Las razones de ello exceden, obviamente, del tenor literal de la norma y van más allá, conectando con un fenómeno que surge conjuntamente con el incremento de las reclamaciones contra los médicos, la ya citada medicina defensiva.

Por lo tanto, esta evolución del deber de información hacia una forma sustancialmente escrita no viene provocada tan sólo por la previsión al respecto contenida en la Ley General de Sanidad. Sin embargo, es verdad que el tenor de la norma permitió que, conjuntamente con la aparición de la medicina defensiva, el documento de consentimiento informado se

introdujera en la relación médico-paciente, tomando un protagonismo nuclear.

La transformación de una relación inicialmente basada en el lenguaje oral a una relación basada en un papel (véase, protocolo de consentimiento informado) ha afectado muy profundamente la relación médico-paciente por varios motivos:

En primer lugar, el profesional estará más atento a la debida cumplimentación del deber de obtener la prueba escrita de la información y autorización que de conversar con el paciente. El médico deja de hablar con el paciente y coloca entre ambos un documento, lo que deteriora la relación. El médico ya no satisface la principal demanda del paciente que no es otra que conversar.

En segundo lugar, el paciente percibe que la excesiva atención que el médico presta al documento escrito no viene presidida por su interés en garantizar los derechos y valores del paciente, sino por proteger los propios intereses del médico ante el novedoso fenómeno que surge parejo al consentimiento informado, que es el fenómeno de la responsabilidad profesional y su reverso que es la medicina defensiva. Si en algo han coincidido los médicos y pacientes en relación a los documentos de consentimiento informado es que ambos consideran que éstos cumplen un fin primordial de salvaguardar al médico del fenómeno de la responsabilidad. Esta tendencia, según apuntan los estudios más recientes, va en aumento (Carrascosa Bernáldez y otros, 2011, p. 258).

En tercer lugar, transformado el documento de consentimiento informado en un instrumento esencial para eliminar o, al menos, mitigar el fenómeno de la responsabilidad profesional, el lenguaje contenido en el mismo avanza hacia formas más complejas y técnicas. Si dicho documento ha de permitir que el médico pueda exonerarse de responsabilidad en la medida que el paciente no podrá negar ya que era (o, al menos, debía ser) conocedor de los riesgos del tratamiento, cuanto más información contenga el documento y cuanto más precisa sea técnicamente dicha información mejor cumplirá los fines hacia los que ha evolucionado. Así, sobre el documento caerán multitud de sujetos e instituciones, bioeticistas, sociedades científicas, comités éticos, y, sobre todo, los juristas, jueces y abogados, los cuales ayudarán a conformar un documento que si alguien acabará por no entender bien es su principal protagonista y destinatario, el paciente.

Como apunta acertadamente Pelayo González-Torre en uno de los primeros trabajos en nuestro país que aborda la figura en clave crítica, esta implantación generalizada de los protocolos de consentimiento informado, conforme a lo que parecía exigir la propia Ley General de Sanidad, no implicó, necesariamente, que se estuviera cumpliendo mejor con dicho deber legal. Así, el autor cita un estudio en Reino Unido sobre los protocolos de consentimiento informado, el cual permite concluir que éstos se han convertido en un mero recurso procesal contra las reclamaciones judiciales. Dichos protocolos han evolucionado a remolque de la Jurisprudencia en un intento de exonerar de responsabilidad a los médicos, los enfermeros y los directivos de los centros hospitalarios. Por eso, señala que lo que en realidad está ocurriendo es que los médicos han conseguido domesticar el principio del consentimiento informado. Esta sacralización de los protocolos dio lugar en Estados Unidos a lo que se denominó “modelo puntual de consentimiento informado”, en virtud del cual, lo importante era obtener la firma del paciente, en perjuicio de la satisfacción de su derecho a recibir información (1997, P. 108).

Una muestra palmaria de esta evolución la encontramos en un Auto dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de octubre de 2003 que manifiesta que *“el documento en cuestión (protocolo de consentimiento informado) parece redactado como un instrumento no al servicio de la autonomía privada del paciente, sino de la exoneración de responsabilidad del facultativo”*.

El imperio de la información escrita y su principal problema, la difícil comprensión de este lenguaje médico escrito, queda patente en los estudios que se han realizado al efecto. Así, se afirma que más del ochenta por ciento de la comunicación en la relación médico-paciente no es verbal (Echenique, 2001, p. 64). Y a este respecto, un estudio realizado en varios hospitales sobre la comprensión del lenguaje médico por parte de la población general ha puesto de manifiesto que la legibilidad de los informes clínicos de alta hospitalaria y de distintos documentos sanitarios excede la capacidad de lectura de la mayoría de pacientes, sobrepasando la *alfabetización en salud* de la población. La dificultad en la comprensión por parte de los usuarios puede residir tanto en la modalidad de estilo de redacción de los informes sanitarios, como en la utilización de términos y vocablos técnicos, denominados como palabras blindadas de la jerga científico-médica que, naturalmente, resultan incomprensibles para la mayoría de la gente (Gutiérrez Fernández, 2005, p. 8; y Narín Gámez y otros, 2006, pp. 245 a 248). En el estudio se analizaron ciento sesenta y

seis informes, siendo el índice de legibilidad muy inferior al recomendado. Se destacó que una insuficiente comprensión del informe clínico de alta puede tener consecuencias relevantes, pudiendo suponer un aumento de los costes asistenciales y un escaso cumplimiento terapéutico. Se concluyó que la legibilidad de los informes de alta excede la capacidad de lectura de la mayoría de los pacientes y que estilo narrativo es más comprensible que el descriptivo.

Otros estudios indican que la percepción que tienen los médicos acerca de si sus pacientes han entendido sus explicaciones e indicaciones no se corresponde con la realidad. En un estudio llevado a cabo en la Facultad de Medicina de la Universidad de Kansas se concluye que mientras que un ochenta y nueve por ciento de los médicos consultados consideraban que los pacientes habían entendido sus explicaciones sobre los efectos adversos de los medicamentos que prescribían, sólo un cincuenta y cinco por ciento realmente lo había comprendido (Rogers, 1999).

Estas dificultades en la comprensión por parte del paciente del lenguaje médico escrito se acrecientan en los últimos años con el uso indiscriminado de términos foráneos (fundamentalmente, procedentes de la lengua inglesa) y su traducción literal a la lengua castellana. Como destaca Campos, en el ámbito de la salud, la incorporación de términos en inglés –lengua en la que se expresan muchos de los nuevos conceptos y términos con los que actualmente se ensancha el conocimiento médico– crea un problema mucho más grave que en el resto de los ámbitos del saber. Y ello se debe a que el traslado de estos términos a la historia clínica, al diálogo con el enfermo y a los medios de comunicación es prácticamente inmediato (2001, p. 2).

Así pues, el documento de consentimiento adopta la forma del lenguaje de la precaución, del temor a la demanda, de la desconfianza, es decir, de la medicina defensiva. Y no es el que lenguaje del médico que se expresa en dicho documento no sea ya técnico y complejo, sino, peor aún, no genera confianza.

Jovell, quien desgraciadamente nos dejó demasiado pronto y a quien mucho debemos por su lucha en mejorar la relación médico-paciente, conectaba, siguiendo al filósofo Bernard Williams, la confianza con la verdad, de manera que aquella viene definida en torno a algo que se espera que sea cierto (2007, pp. 41 y 42). Sin embargo, como el propio Jovell apuntaba, la confianza que el paciente deposita en el médico es algo más compleja, ya que no sólo se fundamenta en la esperanza de verdad,

sino, además, en la esperanza de la curación. Hay un componente emocional en la confianza del paciente que deriva tanto de la situación de vulnerabilidad en la que le sitúa la enfermedad como de la superioridad que muestra el profesional por poseer unos conocimientos de los que carece el paciente (2007, pp. 46 y 47). Se trata de una confianza más emocional que racional lo que ha de incidir necesariamente en el lenguaje. La confianza racional puede producirse a partir de un lenguaje más técnico porque la relación será necesariamente, sino simétrica, bastante horizontal. El que aspira a desarrollar un sentimiento de confianza espera del comunicador un lenguaje que muestre un conocimiento de la materia sobre la que versa el diálogo. Sin embargo, cuando el receptor de la información pretende promover una confianza emocional necesita no sólo convencerse de que el comunicador es un experto en la materia concreta de que se trate, sino además que le entiende y se coloca en su situación. Más aún, en tal escenario de la confianza emocional, el comunicador no sólo ha de saber transmitir confianza, sino algo más complejo, promover la confianza del otro en sí mismo. El médico a través de la conversación con el paciente ha de transmitir al paciente confianza en su profesionalidad, ha de saber situarse en la posición del propio paciente y ha de promover que el paciente confíe en sí mismo como elemento esencial para superar la enfermedad.

Como nos recordaba hace tiempo Laín Entralgo, la relación médico-paciente constituye una relación peculiar, determinada por la situación vital de una de las dos personas (un hombre que a consecuencia de la enfermedad necesita ayuda) y las capacidades de que se atribuyen a la otra (1985, p. 343).

Además, tampoco debemos olvidar que el lenguaje en la relación médico-paciente tiene incidencia en el propio desarrollo y evolución de la enfermedad y en las posibilidades de curación (Domínguez Nogueira y otros, p. 2005, p. 37). En palabras de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, *“la comunicación es una herramienta terapéutica esencial que da acceso al principio de autonomía, al consentimiento informado, a la confianza mutua, a la seguridad y a la información que el enfermo necesita para ser ayudado y ayudarse a sí mismo. También permite la imprescindible coordinación entre el equipo cuidador, la familia y el paciente. Una buena comunicación en el equipo sanitario reduce ostensiblemente el estrés generado en la actividad diaria. Una familia con accesibilidad fácil a la información de lo que está sucediendo es más eficaz con el enfermo y crea menos problemas”* (Moreno, 2005, p. 80).

El efecto terapéutico de una buena comunicación con el médico no sólo alcanza al propio paciente, sino también a su propio entorno familiar. Existen ya estudios que, utilizando una metodología científica, establecen una relación entre el estrés postraumático sufrido por los familiares de los pacientes fallecidos en unidades de cuidados críticos y la duración de la conversación mantenida con el médico, siendo los familiares que se vieron menos afectados los que no sólo mantuvieron conversaciones más largas, sino los que pudieron hablar más tiempo (Lautrette y otros, 2007, p. 469; y Llubí Maristany, 2008, p. 13).

La hoja de consentimiento en modo alguno es útil a los pretendidos fines que parece pretender cumplir. Un interlocutor que aspira a una confianza racional se mostrará satisfecho con la hoja (véase, por ejemplo, un médico que vive temporalmente la condición de paciente). Por el contrario, el paciente aspira a algo que la hoja no le ofrece y que sólo puede ofrecerle el lenguaje verbal en los términos que hemos planteado.

Además, resulta una verdadera paradoja que un instrumento que se desarrolla para evitar la responsabilidad médica se acabe convirtiendo a la postre en uno de los principales motivos del incremento de la responsabilidad. En todo caso, lo que se muestra aparentemente como una paradoja no lo es tanto. La generalización de los consentimientos informados genera, *a priori*, cierta sensación de seguridad en el médico. Esta sensación se le transmite principalmente desde el mundo jurídico. Los Tribunales vendrán a desarrollar una doctrina casi unánime en virtud de la cual el médico no incurre en supuestos de responsabilidad profesional cuando hace un uso preciso de la hoja de consentimiento informado y, así, el médico termina por convencerse de que lo importante en su relación con el paciente, desde un punto de vista legal, es satisfacer documentalmente el deber de informar y obtener la autorización para el acto médico.

Sin embargo, ello, si bien provocará una reducción de las condenas contra los médicos, en la medida que estos contarán con la hoja de consentimiento como elemento probatorio sustancial para dilucidar su actuación en el caso concreto, también afectará notablemente a la relación con el paciente y la insatisfacción de este se expresará en un incremento de las reclamaciones contra los médicos.

Desde el mundo anglosajón se viene insistiendo desde hace más de una década que el buen manejo de la relación médico-paciente y, más aún, del diálogo y la comunicación verbal son el principal elemento para reducir la

responsabilidad, más allá, de meras estrategias puramente legales (Eastaugh, 2004, pp. 36 a 38; Flaherty, 2002, pp. 10 y 11)

En este ámbito anglosajón se ha destacado que una buena comunicación médico-paciente ha de cumplir con las cuatro *E's*, *Empathy, Engagement, Education, and Enlistment*, es decir, empatía, compromiso, educación e implicación (Eastaugh, 2004, p. 36). Así, se recomienda que el profesional muestre empatía hacia el paciente recibéndole antes de que el paciente se haya desvestido. Además, debe escucharse al paciente mirándole a los ojos, compartiendo su historia y empleando las propias palabras del paciente para resumir lo que el mismo ha pretendido transmitir. Es muy importante no interrumpir al paciente durante el primer minuto. A este respecto, la mayoría de médicos interrumpen a los pacientes a los dieciocho segundos de conversación (Eastaugh, 2004, p. 37).

La propia reforma sanitaria promovida por el Presidente Obama y materializada en la *Patient Protection and Affordable Care Act* hace referencia a la cuestión que nos ocupa, recogiendo una previsión sobre el lenguaje sencillo (Plain Language) en el ámbito de la información que las compañías aseguradoras de servicios médicos han de facilitar a sus asegurados (Sunstein, 2011, p. 1379).

Todo ello también ha calado en nuestro legislador que ya en 2002 y a través de la comúnmente conocida como Ley de autonomía del paciente, la número 41/2002, se incorpora el adjetivo de adecuada a la información. Su Preámbulo es fiel testimonio de este desajuste en el terreno de la información, señalando, literalmente, que *“la atención que a estas materias otorgó en su día la Ley General de Sanidad supuso un notable avance como reflejan, entre otros, sus arts. 9, 10 y 61. Sin embargo, el derecho a la información, como derecho del ciudadano cuando demanda la atención sanitaria, ha sido objeto en los últimos años de diversas matizaciones y ampliaciones por Leyes y disposiciones de distinto tipo y rango, que ponen de manifiesto la necesidad de una reforma y actualización de la normativa contenida en la Ley General de Sanidad”*. Y entiéndase para los que no son juristas los términos de la ley como un reconocimiento sutil de los efectos perversos que había provocado la anterior información escrita y completa.

El principio general será ahora el de que la información es esencialmente verbal, debiendo fundamentarse en el diálogo frente a la exigencia de la información escrita. Se pasa de un mero modelo informativo (información

completa por escrito) a un modelo deliberativo (diálogo e información verbal y adecuada). Un modelo de confianza.

De esta nueva aspiración del legislador nacional se han hecho eco también las normas autonómicas dictadas en desarrollo de la Ley 41/2002, señalando, por ejemplo, que *“Dicho documento deberá contener, enunciados de forma breve y en lenguaje comprensible, de manera que los conceptos médicos puedan entenderse por la generalidad de los usuarios, como mínimo: – Identificación y descripción del procedimiento, con explicación breve y sencilla del objetivo del mismo, en qué consiste y la forma en que se va a llevar a cabo”*.

Sin embargo, pese a las bondades del cambio legislativo, de los intentos por recuperar de nuevo el principio de confianza, el médico sigue hablando de manera distinta a como lo haría naturalmente, pensando en que lo que dice o escribe puede ser objeto de revisión por un abogado o, peor aún, por un Juez. Le preocupa no ya que le entienda el paciente, sino la traducción al Derecho que pueda hacerse después de sus palabras.

Existe un ejemplo paradigmático de mutación del lenguaje médico como consecuencia de la medicina defensiva en el ámbito de la especialidad de Ginecología y Obstetricia, especialidad esta especialmente sensible al Derecho. En dicha especialidad, la expresión que se vino empleando habitualmente para describir la situación de crisis que podía padecer un neonato durante el parto pasó de denominarse *sufrimiento fetal* a *pérdida de bienestar fetal*. El argumento en el que se fundamentó este cambio, como vamos a comprobar, fue esencialmente legal.

La Sección de Medicina Perinatal de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia publicó hace pocos años un documento acerca del uso inapropiado del término sufrimiento fetal, proponiendo su abandono. Si bien tal propuesta se basaba, inicialmente, y según relata literalmente el documento, en que el término *no refleja realmente lo que parece sugerir pues denota la presencia de un daño que no siempre está presente y que las más de las veces no es posible predecir con las pruebas que se emplean para su diagnóstico*. Sin embargo, a continuación, el mismo documento señala que este vocablo presenta un contenido muy diferente (aunque generalmente negativo) según se exprese entre obstetras, neonatólogos, familiares, profesionales del derecho o compañías aseguradoras.

La propuesta, además, procede del mundo anglosajón, siendo el nuevo término propuesto la mejor traducción, en palabras de la Sociedad

Científica, del nuevo término *non reassuring fetal status*, cuya traducción más o menos literal al castellano sería *estado fetal no tranquilizador*.

Así pues, si bien el documento justifica el cambio de denominación sobre la base de la mayor precisión del nuevo término propuesto, en el propio documento se percibe claramente la presencia del temor a la responsabilidad profesional y las consecuencias que la interpretación del término pueda tener para el obstetra en sede judicial.

En definitiva, este camino expositivo que hemos recorrido juntos creo que nos ha permitido comprobar cómo dos saberes llamados a entenderse han desarrollado una relación abrupta y compleja, en la que el perjudicado ha sido a la postre el propio paciente. La gran pregunta que el paciente quisiera ver siempre abordada y contestada en la consulta, “¿qué haría usted, doctor, en mi caso?”, parece que no puede ser planteada, ya que ética y jurídicamente es rechazada. Los valores se muestran como personales, no intercambiables, de manera que el profesional no puede aproximarse a los rincones del corazón del paciente, sino tan sólo a su cerebro, como si el hombre autónomo que ha pretendido crear el Derecho no tuviera corazón. El médico no debe, como parecía proponer décadas atrás Gregorio Marañón, mentir en beneficio del paciente, pero ello no significa que la verdad se convierta en instrumento maleficiente.

Parece oportuno recuperar la frase que pronunciara LATIMER hace ya más de dos décadas cuando nos decía que *“la verdad da soporte a la esperanza mientras que el engaño, independientemente de su amable motivación, conforma la base del aislamiento y la desesperación. El escalón crítico yace en balancear esperanza y verdad en una combinación que no sólo refleje la realidad sino que también conforte y dé fuerzas al paciente para resituar sus fines y para que pueda continuar expresándose como la persona única que es”*.

Sin embargo, la situación en la que la Medicina quedaba sometida a los designios del Derecho parece estar cambiando, como si la Medicina, consciente del daño que el Derecho ha hecho a la relación médico-paciente, hubiera tomado el camino de la venganza, de la enemistad manifiesta, atacando a los propios fundamentos de éste, como son la certidumbre y la culpabilidad. El avance de las Ciencias de la Salud al que asistimos, sobre todo, a partir del comienzo de este siglo XXI, que no encuentra parangón en ninguna etapa de la Historia anterior, está afectando a la línea flotación del propio Derecho. El Derecho se mueve con facilidad en las aguas de la certidumbre, porque la norma aspira

precisamente a instaurarse en la previsibilidad de sus consecuencias. Sin embargo, en ámbitos tales como la genética o la neurología, es difícil saber hacia dónde avanzan sus consecuencias. El Derecho ha tenido que crear para afrontar la incertidumbre el complejo principio de precaución, en virtud del cual, se cambia el axioma tradicional de que todo lo no prohibido está permitido como expresión del principio *pro libertate*.

Se pone incluso ya en duda no sólo culpabilidad sino la propia moralidad. La neurología parece hablarnos de daños en el cerebro que explican las conductas, no de conductas que responden a nuestro *aleas* de seres humanos autónomamente morales. ¿Cómo, entonces, va a exigir el Derecho un reproche culpabilístico por lo que el sujeto no ha decidido voluntariamente sino que encuentra razones fisiológicas?

La genética nos habla ya no de enfermos, sino de enfermos potenciales, lo que genera nuevas incertidumbres acerca de cómo abordar jurídicamente este nuevo estatus. ¿Cuál es la consecuencia legal para aquel que no estando enfermo parece que va a estarlo según nos ha informado un test de diagnóstico genético? ¿Cabe ya el *aleas* propio del mercado asegurador cuando el riesgo es ya una pretendida evidencia?

Más aún, la Medicina para saltar las barreras de la Ley se ha globalizado. La gran mayoría de los problemas legales que plantean las Ciencias de la Salud en esta década no pueden ya resolverse desde el ámbito nacional, porque la Medicina se ha globalizado. Los medicamentos y los diagnósticos se obtienen desde un país a otro, sin que el Derecho asentado en el ámbito nacional pueda encontrar una solución. Con la maternidad ocurre lo mismo, ya puede alquilarse fuera de nuestras fronteras de manera que cualquier prohibición de la gestación subrogada o pretensión en clave nacional de regularla nacerá ya bajo la mayor de las ineficacias.

En definitiva, todo lo expuesto demuestra que la Medicina y el Derecho son dos ciencias, dos saberes, llamados a entenderse, a convivir cordialmente, y ello, exige, en primer lugar, que el Derecho reconozca y normativice el principio de confianza hacia el quehacer médico. La maximización del principio de autonomía que si bien no es únicamente imputable al Derecho pero que éste al menos ha permitido asentarse ha provocado excesos que han perjudicado a la relación médico-paciente, convirtiéndola en una mera relación suministrador-consumidor. Así, debe postularse desde el Derecho un paternalismo justificado, de manera que el paciente encuentre no sólo apoyo técnico en el médico, sino también

personal, a la hora de tomar la decisión acerca de los tratamientos y cuidados. Del rechazo absoluto al paternalismo por el temor a regresar a un marco en el que imperaba el criterio del médico, obviándose los deseos del paciente, debe pasarse a corregir los excesos de la autonomía en una relación que queda presidida no sólo por el mayor conocimiento técnico del médico, sino por la propia vulnerabilidad del paciente. Sin confianza en el médico, el paciente es un mero consumidor de productos sanitarios que ve insatisfecha sus necesidades que van más allá del mero consumo. Los pacientes buscan principalmente en los médicos confianza antes que información y a ello ha de ayudar el Derecho. El principal reto del Derecho es, pues, que la sociedad incremente y consolide la confianza en la profesión médica y a este respecto hay fórmulas que pueden resultar más provechosas para la mejora de la relación como son las políticas de seguridad del paciente, los mecanismos de reconocimiento del error, de petición de perdón o la mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos frente a la litigación. Avanzar en ellos es promover una asistencia más humanizada aunque sea ya en una fase que trasciende al propio acto médico en sentido estricto.

El Derecho enseña al médico desde una posición agonista, basada en la experiencia que ofrece la condena judicial al compañero. El Derecho puede fácilmente instaurar el miedo, la desconfianza. No se trata, en todo caso, de abandonar el estudio de la norma, que no es otra cosa que el producto del acuerdo social, sino provocar que el Derecho gire hacia un horizonte distinto, uno en el que se prime la reflexión sobre los nuevos valores que han de informar a la norma, atendiendo a los desajustes que se han venido produciendo en la relación médico-paciente en estas últimas décadas.

Como pueden haber percibido ya, vengo a esta Real Academia, no para tratar de cambiar la Medicina, sujetándola a las rígidas cadenas del Derecho, sino fundamentalmente a aprender y para que desde el Derecho podamos luchar por recuperar el principio de confianza en la relación médico-paciente, porque, en definitiva, seremos unos médicos y otros juristas pero todos hemos sido o seremos, necesariamente, pacientes y luchar por éstos es también luchar por nosotros mismos. Muchas gracias por haberme escuchado y, sobre todo, por acogerme en esta magna y prestigiosa casa.