

MEDICINA DEFENSIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES*

Ana Belén
Cruz-Valiño

*Grupo de investigación Filosofía, Constitución y Racionalidad
Universidade da Coruña (UDC)*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Medicina y Derecho: relación colaborativa o tensión ético-legal.
3. Una relación clínica basada en derechos.
4. Relación clínica iusfundamental y medicina defensiva.
5. Conclusión: confianza y reconocimiento.

RESUMEN

La crisis de salud pública derivada de la Covid-19 actualiza la “falacia tecnocrática” reduciendo los problemas éticos a meros problemas técnicos. La incertidumbre clínica busca refugio en el Derecho y la “medicina defensiva” adquiere fuerza renovada. Los derechos fundamentales, como gramática jurídica de la relación clínica, devienen un enfoque pertinente para analizar esta práctica médica, tras lo cual es posible concluir que vulnera sus notas caracterizadoras y que, por el contrario, la relación clínica auténtica, fundamentada en la confianza y el reconocimiento, evita la medicina defensiva.

PALABRAS CLAVE

Confianza; covid-19; derechos fundamentales; medicina defensiva; reconocimiento.

ABSTRACT

The public health crisis stemming from Covid-19 updates the “technocratic fallacy” by reducing ethical issues to mere technical issues. Clinical uncertainty seeks refuge in the Law and “defensive medicine” acquires a renewed force. Fundamental rights, as legal grammar of the clinical relationship, becomes a relevant approach to analyze this medical practice. Thus, it is possible to conclude that defensive medicine violates its characterizing features and, conversely, the authentic clinical relationship, based on trust and recognition, avoids it.

KEYWORDS

Covid.19; defensive medicine; fundamental rights; recognition; trust.

* Esta comunicación es uno de los resultados de la ayuda para grupos con potencial de crecimiento (número ED431B 2020/50) de la Xunta de Galicia.

1. INTRODUCCIÓN

Dos circunstancias corrompen la relación clínica a decir de Tauber¹: 1) la medicina tecnificada, que objetiva la enfermedad y olvida la centralidad del paciente, lo que redefine los fines de la medicina y “no es sólo una metodología equivocada, sino una mutación de la identidad personal: lo que ahora está en juego es la propia medicina”; y (2) la medicina corporativa y *defensiva* que se enfrenta a la autonomía beligerante e ilusoria de los pacientes, entendida por el autor como un factor desestabilizante que erosiona la confianza y juridifica el *ethos* de la relación clínica, e insta el ejercicio defensivo de la medicina a modo de reacción.

En cuanto a la primera, la crisis de salud pública provocada por la Covid-19 ha potenciado la percepción errónea denominada “falacia tecnocrática”², que reduce los problemas éticos a meros problemas técnicos, interpretando los fenómenos morales como meras cuestiones de hecho, con lo que la ética se diluye, como señala Montalvo Jääskeläinen³. La incertidumbre clínica busca refugio en el Derecho, y cuando este no da respuesta se apela a la Bioética como último recurso y foro de debate para la deliberación social sobre las cuestiones de valor relativas a la gestión del cuerpo, la vida y la muerte. En cuanto a la medicina defensiva, sobre la que centraré este trabajo, olvida que la medicina constituye una práctica social institucionalizada; una actividad humana cooperativa sujeta y guiada por normas: clínicas, éticas, jurídicas, deontológicas, técnicas, económicas y comunicativas⁴.

2. MEDICINA Y DERECHO: RELACIÓN COLABORATIVA O TENSION ÉTICO-LEGAL

Marshall Kapp⁵ consideró como etiología de la ansiedad médica frente al Derecho la actitud persistente en la práctica clínica norteamericana, denominándolo *legisogenic* y, sin subestimar el efecto

disuasorio del derecho de daños (*tort law*) sobre la mala praxis, promueve la práctica médica ética y, como Troyen A. Brennan, lo considera un efecto indeseable cuando se revela como una fuerza social más que influye en la medicina.

Derecho y clínica entablan una relación de confrontación que hace que el personal sanitario elabore una perspectiva desenfocada e incompleta, acentuando una visión punitiva del incumplimiento de la norma jurídica y su consiguiente sanción constituida sobre la concepción positivista del Derecho, cuyo rostro hostil y amenazante ante el incumplimiento de un deber hace que “la manida medicina defensiva encuentra en este argumento falaz el mejor estímulo”, malinterpretando la relación clínica y aplicando las normas de forma incorrecta⁶. Por otra parte, Medicina y Derecho se retroalimentan en una suerte de relación colaborativa a través de la jurisprudencia y los protocolos clínicos⁷.

La “medicina defensiva”, como fenómeno que irrumpió en la década de los años 60 del pasado siglo en EE. UU., fue definida por Tancredi y Baroness⁸ en 1978 como aquella “que tiene lugar cuando para evitar una posible demanda se emplean explícitamente medidas diagnósticas y terapéuticas específicas que proporcionan una documentación adecuada conforme se utilizó una amplia gama de tratamientos y pruebas en el cuidado del paciente”, en un artículo publicado en la revista *Science* que sintetiza armónicamente las preocupaciones que muestran los autores a comienzos de la década de los años 70. Contempla la idea de *desviación* de la práctica clínica, vislumbrando un potencial litigante tras el paciente; al médico como potencial patógeno; el imperativo tecnológico que aconseja realizar lo técnicamente posible⁹, y el deterioro de relación clínica, fruto de un modelo paternalista superado que insta a la ciudadanía a tomar conciencia de los derechos y la calidad. La medicina defensiva se manifiesta como un síntoma de las carencias del sistema sanitario, más que como un problema *per se*.

1 TAUBER, A. I. *Confesiones de un médico: un ensayo filosófico*. Madrid: Triacastela, 2011.

2 GRACIA GUILLÉN, D. *Bioética mínima*, Madrid: Triacastela. 2019: pp. 37-38.

3 MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (de). “Pandemias, política y ciencia: el papel de la ciencia y los científicos en la solución de los conflictos derivados de la pandemia de la Covid-19”. *Cuadernos de bioética*, Vol. 31, nº 102, 2020, pp. 151-165.

4 CRUZ-VALIÑO, A.B. “La medicina defensiva como problema global”. *Eidon*. Vol. 54. 2020, pp 66-86.

5 KAPP, M. “Our hands are tied: legal tensions and medical ethics”. Westport, CT. 1998. Cfr. BRENNAN, T. A. “Just doctoring: Medical ethics in the liberal state”. Univ of California Press. 1991.

6 SEOANE J.A. “Una aproximación jurídica a la seguridad clínica”. *Monografías Humanitas*. Fundación Medicina y Humanidades Médicas. 2008.

7 BASSETT, K. L.; IYER, N; KAZANJIAN, A. “Defensive medicine during hospital obstetrical care: a by-product of the technological age”. *Social Science & Medicine*, vol. 51, n 4, 2000, pp. 523-537.

8 TANCREDI, L.R., y BARONDESS, J. A. “The problem of defensive medicine”. *Science*, vol. 200, nº 4344, 1978, pp. 879-882.

9 HERSHEY, N. “The defensive practice of medicine: myth or reality.” *The Milbank Memorial Fund Quarterly*, vol. 50, nº 1, 1972, pp. 69-97; SOMERS, H.M. “The malpractice controversy and the quality of patient care”. *The Milbank Memorial Fund Quarterly Health and Society*, 1977, pp. 193-232; MECANICH, D. “Some social aspects of the medical malpractice dilemma”. *Duke Law J.* vol. 6, 1975, pp. 1179-1196.

El punto de inflexión se produce en el año 1994, tras el documento elaborado por la Oficina tecnológica del Congreso de EE. UU. (OTA)¹⁰, cuya definición amplía el contenido semántico de la medicina defensiva al contemplar otras motivaciones, como el conflicto de intereses, y reúne mayor consenso científico. No obstante, otros autores añaden elementos que perfilan todo un problema político-sanitario. Lejos de existir una única definición, la diferencia semántica entre los autores invita a la revisión. No se incluyen manifestaciones frecuentes como el consentimiento desinformado¹¹, o una anamnesis incompleta, que tan solo anota signos (objetivables), y no los síntomas del paciente¹². Se invocan motivaciones diversas como proporcionar alivio psicológico al médico¹³, evitar la crítica del paciente¹⁴, el temor del profesional a las sanciones deontológicas y administrativas,¹⁵ relegando así el temor a los litigios a una motivación secundaria. También se incorporan los efectos, como acciones médicas innecesarias en contra del *profesionalismo*¹⁶, que cosifica al paciente y lesiona su autonomía¹⁷. Además, no existe consenso acerca de cuál es el sujeto (individual o colectivo) que realiza la medicina defensiva, incluidos los gestores y la institución¹⁸.

Lo anterior constituye un fenómeno instaurado a nivel global que consolida la “cultura médica defensiva”, entendida como depósito de valores o

disvalores¹⁹ que se transmite entre generaciones y en la que causas y efectos se retroalimentan en un círculo dinámico. La aparición de figuras como el médico-tutor en cirugía guiada, la inteligencia artificial y los algoritmos que facilitan la toma de decisiones constituye un desafío y obliga a redefinir la responsabilidad legal, preservar la autonomía del paciente, y revisar la definición de medicina defensiva correlativo al concepto de acto clínico que incluye la docencia, entre otros escenarios²⁰.

Esta cuestión definitoria no es baladí. Adoptar un *criterio genuino* de medicina defensiva implica que una decisión médica por temor a la mala praxis sin conocimiento del paciente vulnera su derecho fundamental a la integridad física y psíquica (art. 15 CE) y a la salud futura individual y colectiva (art. 43 CE), comprometiendo el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE). Adoptar un *concepto amplio* de medicina defensiva, cercano a la medicina de complacencia, pone el foco en la libertad de actuación médica como libertad constitucional amenazada (art. 35 CE) y obliga a rescatar en su dimensión objetiva; siempre delimitada, no obstante, por el artículo 43 CE, que obliga a optimizar recursos para el sostenimiento del sistema y el acceso equitativo.

3. UNA RELACIÓN CLÍNICA BASADA EN DERECHOS

El modelo de relación clínica predominante en la historia ha sido el paternalismo, que consiste en decidir por y sobre el otro sin el otro, tratando de evitarle un daño o proporcionarle un bien. Se trata de primar la decisión del médico, cualificado profesionalmente para decidir la opción terapéutica más conveniente para el paciente; esto es, otorgar preferencia al principio de beneficencia y mejor interés del paciente frente a su autonomía. Tras experimentar un cambio significativo en las décadas finales del S. XX, la relación clínica deviene una relación trilateral compleja, donde la organización sanitaria adopta un papel crucial en la toma de decisión. Aparece así un modelo autonomista en el que el principio de autonomía de voluntad del paciente prevalece sobre la libertad de decisión del médico, lo que cohonesta con la sociedad de consumo²¹.

10 OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT CONGRESS, U. S. (OTA) (1994). *Defensive Medicine and Medical Malpractice*. Washington DC: US Government Printing Office; Pub. No.: OTAH-602.

11 MARIOTTI, P., SERPETTI, A., FERRARIO, A., ZOIA, R., & GENOVESE, U. *La medicina defensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*. Maggioli. 2011.

12 BORRELL-CARRIÓ, F. “Exploración física orientada a los problemas”. *Atención primaria*, vol. 30, nº 1, 2002, pp. 32-45.

13 HERMER, L. D. & BRODY, H. “Defensive medicine, cost containment, and reform”. *Journal of general internal medicine*, vol. 25, nº 5, 2010, pp. 470-473.

14 VELDHUIS, M. “Defensive behavior of Dutch family physicians. Widening the concept”. *Family medicine*, vol. 26, nº 1, 1994, pp. 27-29.

15 CALIKOGLU, E. O. & ARAS, A. “Defensive medicine among different surgical disciplines: A descriptive cross-sectional study”. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, vol. 73, 2020, p. 101970.

16 HVIDT, E. A. et al. “How is defensive medicine understood and experienced in a primary care setting? A qualitative focus group study among Danish general practitioners”. *BMJ open*, vol. 7, nº 12, 2017, p. e019851.

17 SEOANE J.A. “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”. *Eidon*, vol. 39, 2013, p. 13-34.

18 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, H. “La subrogación de servicios de la seguridad social”, *Revista CONAMED*, vol. 4, nº 4, 2018, pp. 12-17.

19 CRUZ-VALIÑO, A.B. “La medicina defensiva como problemática global...”, Op. cit. nota 5.

20 CRUZ-VALIÑO, A.B. *La medicina defensiva. Aproximación conceptual*. Granada: Comares. 2021.

21 MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (de) “Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional”. *Derecho Privado y Constitución*, vol. 31. 2017, pp. 11-51.

Ambos son extremos fallidos y exigen replantear el modelo actual de relación clínica en una asistencia colectivizada en la que confluyen profesionales sociosanitarios y diversos actores en la relación clínica: médico, paciente, tercero pagador e industria. Ese replanteamiento es factible desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que ofrece una doble contribución: (1) confiere *fundamentación*, desde el enfoque de las capacidades y de los funcionamientos seguros, y (2) se orienta a su *realización* desde el modelo de los derechos y los deberes. Me referiré a esta segunda, cuya premisa acepta que los derechos fundamentales son la gramática jurídica de la relación clínica²² y su núcleo valorativo, especialmente adecuado por su doble dimensión: individual o subjetiva y objetiva o institucional²³. Ofrece una mirada de las normas jurídico-sanitarias como guías de conducta; entiende la relación clínica en clave de derechos y deberes recíprocos, y no como el mero cumplimiento de los aspectos formales; y presenta ventajas morales frente los modelos extremos, paternalismo y autonomismo: 1) una noción de *autonomía relacional y contextualizada*, que reconsidera el carácter absoluto de la autonomía tras reconocer la vulnerabilidad, dependencia humanas y la consiguiente necesidad de diálogo con otros actores; 2) un replanteamiento del *significado del paternalismo* que admite y justifica algunas variantes, como el “paternalismo libertario” o la persuasión; y 3) la *rehabilitación de la confianza* en el seno de la relación clínica, y contempla los factores de transformación de la sociedad contemporánea como la constitucionalización y la superación del marco estatal²⁴. En relación con este elemento territorial, en el contexto de la Unión Europea sobresale el derecho fundamental a la buena administración, como derecho de nueva generación (art. 41 TUE), que perfila algunas notas características como el respeto y seguridad laboral de los profesionales, participación y principio de contradicción, resolución alternativa conflictos, actualizando el constructo iusfundamental de la relación clínica, entre otros²⁵.

22 Al respecto, SEOANE, J.A. “La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas. *DS: Derecho y salud*, vol. 16, no 1, 2008, pp. 1-28. El TC insiste en esta doble dimensión en una de sus primeras resoluciones (STC 25/1981) (ex art. 10 CE), como el «fundamento del orden jurídico y de la paz social».

23 BASTIDA, F. J., VILLAYERDE, I., REQUEJO, P., PRESNO, M. A., ALÁEZ, B., & FERNÁNDEZ, I. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos. 2004.

24 Al respecto, SEOANE, J.A. “La relación clínica ... “. *id.*

25 Al respecto, CALVO SÁNCHEZ, M.D. “Patrón de conducta exigible a una buena Administración Pública Sanitaria”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pp. 53-70.

4. RELACIÓN CLÍNICA IUSFUNDAMENTAL Y MEDICINA DEFENSIVA

Sin perjuicio de la definición que se adopte, la práctica de la medicina defensiva rechaza el entramado normativo que sustenta la relación clínica. Intentaré mostrar esta afirmación en cada una de las notas distintivas que expresan los caracteres de la denominada relación clínica iusfundamental: 1. Institucional, 2. Teleológico, 3. Normativo, 4. Prudencial, 5. Deliberativo, 6. Lingüístico, 7. Comunicativo, 8. Hermenéutico, 9. Narrativo, y 10. Ejemplar²⁶.

1. Institucional

La práctica de la medicina defensiva desconoce el entramado normativo, y su dimensión ética, jurídica, deontológica y comunicativa, como práctica social que se guía por normas, que no se limita a perseguir un fin común, sino que lo realiza de forma coordinada. Trata de eludir la responsabilidad con otros colegas o diluirla en el propio sistema (derivaciones, pruebas innecesarias, etc.), frente a la procura de la salud como finalidad, de forma cooperativa y conjunta para trabajar “como un equipo”. Cumplir las normas y los criterios técnicos, o verificar la actuación asistencial como simple hecho bruto no agota la buena práctica clínica, sino que su significado íntegro se hace cargo del trasfondo institucional y normativo que subyace, sin el cual pierde eficacia y utilidad, y no explica el cuidado de la salud. El reconocimiento previene los conflictos interprofesionales al trabajar en equipo, y resulta motivador para realizar el bien interno de la profesión médica²⁷. El operador jurídico olvida este carácter institucional cuando la *lex artis*, como criterio de corrección, no contempla la deontología médica, tan solo como desiderátum del buen ejercicio profesional u “obiter dictum” en un caso judicial²⁸. Protocolos y guías clínicas se adoptan como referente argumentativo para discernir la negligencia culposa o incluso la imprudencia. Desconocen que las guías pueden reflejar intereses alejados del mejor cuidado del paciente o no atender al mejor juicio clínico del caso concreto²⁹.

26 SEOANE, J.A. “La relación clínica... “. *Id.*

27 COSTA-ALCARAZ, A.M. “Ética del reconocimiento recíproco en el ámbito de la salud”. *Dilemata*, vol. 8, 2012, pp. 99-122.

28 RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, V. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico sanitarias*. Marcial Pons. 2012.

29 DAL-RÉ, R. “Los conflictos de intereses en el desarrollo de las guías de práctica clínica. ¿Es posible la fiabilidad de las recomendaciones?” En DAL-RÉ, R., CARNE, X., y GRACIA, D. *Luces y sombras en la investigación clínica*. Madrid: Triacastela. 2013

El “seguimiento estricto de guías y protocolos”³⁰, también denominado “*medicina dell’obbedienza giurisprudenziale*”³¹ genera un efecto perverso al consolidar un estándar de cuidado más exigente que amplía la *lex artis* y convierte en práctica habitual lo que antes no lo era, lo que debe avanzar en función de los conocimientos de la ciencia y la técnica, y no por efecto de la práctica defensiva³². La sociedad demanda más atención médica y acepta los resultados negativos siempre que el médico actúe. Cabe preguntarse cuál es el rol de los colegios profesionales garantizado en el artículo 36 CE, o la libertad conciencia de los profesionales (art. 16 CE), en sentido amplio como filosófica o ética³³; es decir, quién ampara jurídicamente al profesional que actúa “según la ley”, en beneficio del paciente según un enfoque salutogénico³⁴.

2. Teleológico

Cuando la finalidad de la práctica médica es evadir la responsabilidad legal, que no el cuidado del paciente, esta se aparta del fin propio y bien interno de la profesión que se sintetiza en el cuidado de la salud, como práctica social institucionalizada, y actividad humana cooperativa guiada por normas, que no es individual ni aislada o puntual, sino colectiva y sostenida en el tiempo³⁵, y que integra su significado de acuerdo con los fines de la medicina en un diálogo abierto con la sociedad. Refuerza el significado de la salud como capacidades combinadas en términos de recursos (internos, externos y procedentes del entorno), y como funcionamiento seguro, lo que incorpora la ética del cuidado y la idea de salud como derecho exigible, o deber de justicia.

30 FERRER RUSCALLEDA, F. [Comentario editorial]. En ARIMANY MANSO, “El peligroso Boomerang de la medicina defensiva”. *Humanitas: Humanidades médicas*, vol. 12, 2007, pp. 4-5.

31 FIORI, A. “La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell’obbedienza giurisprudenziale”, *Rivista italiana di medicina legale*, vol. 29, 2007, nº 4, p. 5. En España, Galán Cortés atenúa la importancia del protocolo que “trata de estandarizar el proceso de decisión del médico en forma de árbol de decisión como guía que debe seguir y constituye un criterio de prudencia recomendable para la buena práctica clínica, que no es de seguimiento obligatorio, al fijar por escrito la medida de la *lex artis*”.

32 REVUELTA IGLESIAS, A.V. “El riesgo de judicialización de la medicina”. *Educación médica*. vol. 9, 2006, pp. 55-64; VERA RAPOSO, L. “Defensive Medicine and the Imposition of a More Demanding Standard of Care”, *Journal of Legal Medicine*, vol. 39, 2019, nº 4, pp. 401-416.

33 DÍEZ-PICAZO, L.M. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson. Civitas.2013.

34 SEGURA, A.” El sistema sanitario, la atención primaria y la salud pública”. *Aten Primaria*, vol. 50, nº 7, 2018, pp. 388-389.

35 MACINTYRE, A. C. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica. 1977.

La práctica defensiva dificulta las capacidades humanas añadidas al listado básico³⁶: 11) poder hacer el bien, 12) poder respetar y cumplir el derecho, y 13) comprender los derechos y las obligaciones; mientras la capacidad número 12 permite ejercer una profesión con sentido vocacional o profesional, las capacidades números 11 y 13 posibilitan cumplir con la finalidad (el cuidado de la salud), lo que requiere que cada parte de la relación conozca sus derechos y obligaciones de forma accesible, clara y con garantías para su ejercicio.

3. Normativo

La práctica defensiva malinterpreta la relación clínica y aplica de forma incorrecta las normas que la regulan. En consecuencia, el profesional cumple solo con la obligación jurídica o adecuación exterior de la conducta a la norma, mientras que el móvil de la acción difiere de lo prescrito en la norma, como se observa en el consentimiento informado considerado un mero formulismo legal que blindará la actuación profesional frente a las reclamaciones, constituyendo una imposición al paciente que vulnera el principio de autonomía. Lo que ocurre en aquellos supuestos en los que desconoce la motivación que está tras la práctica clínica defensiva, como la adhesión rígida a los protocolos olvidando que se pueda imponer al paciente en contra de su criterio o voluntad, como reconoce el Tribunal Supremo español³⁷. *A sensu contrario*, preserva el núcleo de libertad de actuación médica o mínimo esencial sin tener que realizar acciones contrarias a la evidencia científica o criterio profesional, frente al paciente que exige la prescripción de un tratamiento, considerado innecesario o poco idóneo (art. 35 CE).

4. Prudencial

La práctica clínica interpreta el significado de la norma; la configura y la concreta a cada supuesto. La medicina defensiva desconoce la dimensión prudencial de la relación clínica, cuyo carácter exige dominar una práctica y el seguimiento de la norma, acompañados de la prudencia, que contempla la imperfección humana y el error. La prudencia, como virtud situada o contextualizada, constituye un saber práctico y va más allá del conocimiento de la norma que guía la actividad clínica; conoce cómo actuar ante la situación particular, pese a la laguna

36 WOLFF J, & DE-SAHLIT, A. *Disadvantage*. Oxford: Oxford University Press. 2007; NUSSBAUM, M. C. *Crear capacidades*. Barcelona: Paidós. 2012.

37 SEOANE, J.A. “La relación clínica ... “. Op. cit. nota 23.

existente entre la norma y su aplicación³⁸. Sin embargo, cuando la norma opera como mera regularidad causal abandona la razón de ser del actuar profesional o del paciente que la acepta como válida y modelo y absolutiza el valor seguridad personal del médico ante la incertidumbre, y sacrifica otros valores como la calidad, la eficiencia, la salud, e incluso la vida del paciente. Las recomendaciones de “no hacer” apelan a la prudencia y el movimiento “*less is more*”: 1) conciencia del uso inapropiado de pruebas, 2) fomenta las decisiones clínicas que siguen la evidencia con respeto a los valores del paciente y 3) optimiza los recursos disponibles, entre otros. Sin embargo, deviene un riesgo inaceptable, cuando el personal médico percibe que el sistema jurídico obliga a realizar pruebas, procedimientos y tratamientos prevalentes: el módulo rector del sistema de responsabilidad extracontractual recompensa a los que hacen más, constituyendo un incentivo al sobreuso³⁹. La angustia moral del personal sanitario que procura la excelencia se comprende ante un marco legal y jurisprudencial que no parece respaldar el buen juicio clínico contextualizado, sino que lo sacrifica en aras de la obediencia jurisprudencial.

5. Deliberativo

El método de la clínica es la deliberación, cuyo objetivo es la toma de decisiones prudentes y razonables, ello no exige adoptar la misma decisión, tan solo que se alcancen decisiones prudentes⁴⁰. Tras aceptar que la autonomía es un proceso gradual y que el paciente requiere tiempo para asumir su propia situación y deliberar sobre sus objetivos personales, e incluso indagar sobre los valores “ocultos”, como señala Broggi⁴¹, que no son tales, sino que con anterioridad no ha tenido ocasión de estar en contacto con estos, adoptar una decisión susceptible de cambios, tras un proceso de deliberación conjunta. La medicina defensiva no considera al paciente como agente moral capaz y legitimado para tomar decisiones, en lo que deviene una imposición. Realiza de forma absoluta un valor o antepone un interés secundario (la seguridad jurídica y personal del profesional) frente a los valores y preferencias

38 VERGARA LACALLE, O. *Método y razón práctica en la ética biomédica*. Granada: Comares, 2018.

39 KAPP, M.B. “Getting physicians and patients to choose wisely: does the law help or hurt?” *U. Tol. I. Rev.* 2015, Vol. 46, pp. 529-681; PELLINO, I.M. Y PELLINO, G. “Consequences of defensive medicine, second victims, and clinical-judicial syndrome on surgeons medical practice and on health service”. *Update surg.* vol. 67, nº 4, 2015, pp. 331-337.

40 GRACIA D. *Procedimientos de decisión en ética clínica*. Madrid: Triacastela. 2007

41 BROGGI TRIAS, M. A. “Gestión de los valores «ocultos» en la relación clínica”, *Medicina clínica*, vol. 121, nº 18, 2003, pp. 705-709.

del paciente o su familia, de acorde con su concepto de salud, proyecto o ideal de vida; en tal sentido, el filósofo Nicolai Hartman denominó “tiranía de los valores” para describir el fenómeno que destruye un valor realizando otro de forma absoluta⁴².

6. Lingüístico

Existe una pluralidad de lenguajes como un sistema de signos, la expresión escrita, oral y la no verbal, sin excluir las emociones como un ingrediente singular. La medicina defensiva ignora la competencia lingüística de los sujetos de la relación clínica, cuya práctica comunicativa deriva del dominio de un lenguaje propio y el estudio de la gramática, en concreto las emociones como un ingrediente singular de la relación clínica. Los seres lingüísticos “podemos y debemos reflexionar y decir qué sentimos”. Mientras que la anamnesis del acto clínico sirve al propósito, entre otros, de verbalizar emociones y cruzar la intimidad del enfermo⁴³, la práctica defensiva omite información o sesga los datos en la historia clínica en aras de la defensa legal que, en su caso, exculpe al profesional que desconocía las circunstancias del paciente (como ser diabético) o, en el extremo opuesto, la ilustra con datos irrelevantes que lesionan su privacidad, y compromete los principios de calidad y veracidad de los datos. Relanzar el significado del valor terapéutico de la palabra desplaza el ideario que identifica la asistencia de calidad con el empleo de medios tecnológicos⁴⁴, lo que produce la cosificación al tratar algo que no es una cosa, como si lo fuera⁴⁵.

7. Comunicativo

Los sujetos de la auténtica relación clínica son responsables epistémica y éticamente del éxito de su acción comunicativa; cuentan con el trasfondo compartido y dan por supuesto que se guían por hechos, que dicen lo que creen y tiene por cierto, y que persiguen planes de acción dentro de los límites de las normas y valores válidos⁴⁶. El lenguaje, desde su doble dimensión proposicional y performativa o pragmática, introduce a los interlocutores en la

42 HARTMANN, N. *Ética*. Ediciones Encuentro. Salamanca. 2011

43 BORRELL-CARRIÓ, F. “Exploración física orientada...”. Op. cit. nota 13.

44 MAGLIO, I. “Error y medicina a la defensiva: ética médica y la seguridad del paciente”, *Revista Bioética*, vol. 19, nº 2, 2011, pp. 359-365.

45 COSTA-ALCARAZ, A. M. “Ética del reconocimiento recíproco ...”. Op. cit. Nota 28.

46 HABERMAS, J. *Verdad y justificación: ensayos filosóficos*. Madrid: Trotta, 2003.

intersubjetividad. Igualdad y diálogo permiten una auténtica relación, correlacionando el lenguaje, la acción y la norma en aras del objetivo comunicativo. Tres dimensiones del acto lingüístico sobresalen: 1) Acto locucionario: decir algo “es hacer algo”; 2) Acto ilocucionario; al decir algo “hacemos algo”, responde al modo en cómo decimos algo, y 3) Acto perlocucionario, porque decimos algo “hacemos algo”; lo que alude a los efectos. La medicina defensiva frustra la dimensión ilocucionaria, o pragmática del lenguaje de la relación clínica como acción lingüística y comunicativa, cuyo objetivo se cumple por el modo en que se manifiesta. Arrincona este proceso comunicativo que procura el entendimiento y el acuerdo, como síntoma de reconocimiento y respeto de la dignidad, la autonomía y los derechos, y del buen ejercicio profesional, como ocurre ante un consentimiento puntual o documento defensivo. Frustra la dimensión perlocucionaria, que atiende a los efectos del habla, y deviene pertinente para analizar algunas manifestaciones defensivas como repartirse pacientes difíciles o actos de abandono justificados de forma grupal⁴⁷, el lenguaje no verbal, la mirada del profesional que explora el entorno del paciente en aras de atisbar un foco de conflicto, la mirada cómplice e incluso el silencio que comparte el personal asistencial. Tan solo reflejan el miedo o la ignorancia que el paciente intercepta con resultados iatrogénicos. El reconocimiento (del paciente) exige del profesional médico una mayor responsabilidad para entender la condición de fragilidad⁴⁸. Al tiempo, demanda recursos argumentativos y estrategias facilitadoras para un diálogo eficiente y transparente para evitar el sobreuso, que el paciente percibe como una intransigencia⁴⁹.

8. Hermenéutico

Enuncia cuatro pretensiones esperadas para un acto de habla comunicativamente logrado más allá de la retórica: 1) comprensibilidad, 2) verdad, 3) veracidad, y 4) corrección⁵⁰. Más allá del carácter lingüístico y comunicativo, procura la comprensión para la acción y toma de decisión adecuada.

47 BORRELL-CARRIÓ, F. “La perspectiva del clínico”. En *Iatrogenia y medicina defensiva*. Barcelona: Fundació Víctor Grifols i Lucas, 42, pp. 26-44.

48 COSTA-ALCARAZ, A. M. “Ética del reconocimiento recíproco...”. Op. cit. Nota 28.

49 MORGADO, M., ALVES, M., CARVALHO, C. R. D., DIAS, C. V., SOUSA, D. C., FERREIRA-dos-SANTOS, G. & BAPTISTA, R. B. “Choosing wisely Portugal. The View of Portuguese Doctors”. *Acta medica portuguesa*, vol. 32, n° 7-8, 2019, pp. 559-560.

50 VERGARA LACALLE, O. “Dialéctica erística. La aproximación hermenéutica a la ética biomédica como problema o como solución”. *Cuadernos de Bioética*, vol 30, n 99, 2019, pp. 125-134.

Incorpora elementos fácticos, valorativos y normativos, y los acomoda al contexto. Requiere cierta creatividad o sabiduría práctica del intérprete, un razonamiento práctico que rechaza el método silogístico, enlazando deliberación y prudencia. Así las cosas, la realizabilidad del consentimiento informado es posible si confluyen los tres momentos que la sostienen: información, comprensión y participación, cuya viabilidad cuestionan las estadísticas de alfabetización. Y es que la variabilidad de recursos de los pacientes para comprender constata cómo a menor nivel educativo disminuye la capacidad de organizar los razonamientos. Ginsberg⁵¹ retoma el modelo de la “arquitectura de la elección” de Thaler y Sunstein y propone diseños innovadores de los contextos de decisión orientados a guiar el comportamiento de agentes racionales con pequeños empujones (*nudges*). Facilita a las personas tomar la decisión más racional en aras del beneficio individual y del beneficio social, que denominan “paternalismo libertario” al preservar la libertad, lo que trasladado a la relación clínica señala a la persuasión profesional situada en el modelo de la relación clínica procesual. En el extremo opuesto, el profesional médico que no revela el curso de acción preferido priva al paciente de información relevante para evaluar y analizar el riesgo y, en un efecto paradójico, incumple el deber de información como imperativo ético. Este consejo terapéutico debe ser utilizado con sensibilidad para no cruzar la línea que lo separa de la manipulación paternalista, cumpliendo seis criterios: 1) eliminar sesgos; 2) proporcionar información honesta e imparcial (posibles daños y perjuicios); 3) interpretar racionalmente esta información, incluido su punto de vista; 4) usar la razón en lugar de la emoción, pudiendo contrarrestar la respuesta emocional; 5) evitar nuevos sesgos; y 6) mostrar sensibilidad hacia la actitud cambiante de paciente⁵².

9. Narrativo

La medicina defensiva elude el carácter narrativo de la relación clínica que, como cualquier relato vital, es pluridimensional y común, incorporando a otros sujetos de la relación clínica (profesionales sociosanitarios, familia, etc.) y ayuda a retratar intersubjetivamente la identidad del paciente⁵³. El

51 GINSBERG, M.D. Beyond Canterbury: Can Medicine and Law Agree about Informed Consent? And Does It Matter? *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 45, 2017, n° 1, pp. 106-111. GINSBERG, M. D. *Informed Consent and the Differential Diagnosis: How the Law Can Overestimate Patient Autonomy and Compromise Health Care*. Wayne Law Review 60. 2014: 349-94 at 351.

52 SHAW D & ELGER, B. “Evidence-based persuasion: an ethical imperative”. *Jama*, vol. 309, n° 16, 2013, pp.1689-1690.

53 MORATALLA, T. D. y GRANDE, L. F. *Bioética*

enfoque narrativo es pertinente en medicina donde cada caso se convierte en la denominada “historia clínica”. La relación médico-paciente es un proceso narrativo que atiende al contexto y requiere un conocimiento profundo del medio, más allá del enfoque decisional. Esta narratividad es, *de facto*, lo que confiere un carácter único a dicha relación establecida entre sujetos, ajustándose a la realidad de la enfermedad humana, no como un hecho aislado, sino contextualizado a la historia del individuo y la comunidad en la que se integra. La historia clínica o la biografía sociosanitaria requieren una interpretación global, como conjunto de sucesos que integra un haz de relaciones, sujetos, hechos, valores, juicios, expectativas y normas. Sin embargo, esta deviene un instrumento de defensa ajeno al carácter procesual de la práctica clínica cuando recopila datos irrelevantes que justifiquen, en su caso, eventos o resultados posteriores a la actuación sanitaria (antecedentes, intervenciones, etc.) mutando del lenguaje médico al forense⁵⁴. En el ámbito profesional, las propuestas de revelación de errores como “DIGA LO SIEMPRE”, la comunicación franca y honesta (*open disclosure*), o compartir el error entre colegas como apoyo a la “segunda víctima” encuentra su fundamento en esta característica⁵⁵.

10. Ejemplar

La medicina defensiva elude el comportamiento moralmente ejemplar del profesional asistencial comprometido con el entramado normativo de la relación clínica. El respeto a la norma exige una adhesión interior, lo que radica en el móvil de la acción, que no en el contenido de los deberes, y obedece a la diferencia kantiana entre el cumplimiento moral y el cumplimiento legal de las normas (actúa “por respeto a la ley”, que no “según la ley”). El profesional asistencial resignado a trabajar en un escenario burocratizado cumple con la ley y sirve al “paternalismo con formulario”, en una suerte de contradicción performativa; infringe las responsabilidades epistémicas y éticas del plano comunicativo; desconoce la autonomía y los derechos del paciente y destruye la confianza. La transmisión por imitación se observa con claridad en la dimensión formativa del médico

narrativa. Madrid: Escolar y Mayo, 2013.

54 MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (de) y CARRETERO GONZÁLEZ, C. “La comunicación del lenguaje médico desde la perspectiva de la responsabilidad legal”, pp. 43-77. En MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (de) (dir.) CARRETERO GONZÁLEZ, C. Y DEL BARRIO FERNÁNDEZ, J.L. *La medicina ante el derecho: problemas del lenguaje y de riesgo profesional*. Madrid: Dykinson, 2013.

55 MIRA-SOLVES, J. et al. “La seguridad jurídica de los profesionales sanitarios. Un requisito para lograr una mayor calidad asistencial”. *Derecho y Salud*, vol. 27, nº 2, 2017, p. 94-110.

(tutor de residente) al transferir prácticas defensivas a los médicos en formación, como ilustran los estudios⁵⁶. Por el contrario, la actitud ejemplar tiene lugar cuando el profesional acomoda su actuación al móvil o trasfondo normativo contemporáneo de la relación clínica (ético, jurídico y comunicativo), y estimula el cuidado de la salud como capacidad, funcionamiento seguro y como derecho. Esta actitud surge del deseo de comportarse y de ser como el profesional que se admira; es decir, una ejemplaridad elegida o autónoma, que no trata de *reproducir de forma mimética* las decisiones y las actuaciones de quien se admira, sino en recrear la actuación propia y la persona mediante su actualización y ajustamiento al contexto clínico⁵⁷. Un buen ejemplo, aportado por Broggi⁵⁸, es el profesional de la salud que sabe cómo mantenerse próximo (ser el prójimo) de sus enfermos, sin temor de acercarse, y teniendo el valor de asumir su responsabilidad o mostrar disponibilidad para ofrecer las razones “del porqué de sus decisiones y del cómo se han llevado a cabo por el bien del enfermo. Así no se necesitan defensas y mostrar que se puede vivir la profesión con ilusión y sin miedo, responsablemente”.

5. CONCLUSIÓN: CONFIANZA Y RECONOCIMIENTO

La crisis de salud pública derivada de la Covid-19 actualiza la “falacia tecnocrática” reduciendo a meros problemas técnicos cuestiones de orden ético. La incertidumbre clínica busca refugio en el Derecho y la “medicina defensiva” adquiere fuerza renovada. Los derechos fundamentales, como gramática jurídica de la relación clínica, deviene un enfoque pertinente para analizar esta práctica médica, tras lo cual se muestra cómo vulnera sus notas caracterizadoras. La relación clínica auténtica exige que el personal médico reconozca la autonomía del paciente, es decir, reconocerlo como persona y como agente moral. La confianza concita una aceptación optimista del ser vulnerable, sobre la premisa que el profesional médico actúa de forma diligente con cuidado y respeto, situando el interés del paciente en primer lugar. Su ausencia dificulta la *anamnesis*, omite información relevante, documenta por exceso

56 O’LEARY, K. J., CHOI, J., WATSON, K., & WILLIAMS, M. V. “Medical students’ and residents’ clinical and educational experiences with defensive medicine”. *Academic Medicine*, vol. 87, nº 12, 2012, pp.142-148. PASSMORE, K., & LEUNG, W. C. “Defensive practice among psychiatrists: a questionnaire survey”. *Postgraduate Medical Journal*, vol. 78, nº 925, 2002, pp. 671-673

57 SEOANE, J.A. “La relación clínica ... “. Op. cit. nota 23.

58 BROGGI, M.A. “Medicina defensiva o miedo a la responsabilidad”. En *Iatrogenia y medicina defensiva*. 2017, p. 44-53.

o realiza pruebas innecesarias, y como principio de la convivencia y la paz social, hará que cada paciente sea visto como un potencial enemigo, afectando a la falta de adherencia con el peor pronóstico⁵⁹. La actuación clínica de “esperar y ver”, -de estar indicada-, evita el sobreuso acordando la consulta de persistir los síntomas. La relación de proporcionalidad es inversa; a mayor confianza menor probabilidad de litigios⁶⁰. La dimensión prudencial contempla la imperfección humana y el error, y permite ofrecer una solución explicativa.

La falta de reconocimiento explica los conflictos judiciales y la medicina defensiva, ante 1) un paciente defraudado, y 2) un médico que no valora

su profesión⁶¹. Por el contrario, la relación clínica auténtica fundamentada en la confianza y el reconocimiento facilita la participación y el mejor consejo terapéutico y, pese al error, no conlleva una demanda judicial. La buena práctica médica se construye desde el respeto de la autonomía del paciente, y descarta *a limine* la opción de la medicina defensiva como “el uso explícito de medidas diagnósticas y terapéuticas para evitar demandas de mala praxis, que deforma la práctica clínica y la autonomía, cosificando al paciente”⁶².

TABLA 1. Caracteres relación clínica y medicina defensiva. Elaboración propia.

CARACTERES RC	MANIFESTACIONES MD
El carácter institucional	Desprecia todo el entramado normativo: la dimensión ética, jurídica, deontológica e incluso comunicativa de la relación clínica como práctica social
El carácter teleológico	No apunta al cuidado del paciente como finalidad, sino a evadir toda responsabilidad legal y se aparta del bien interno, que en la relación clínica es el cuidado de la salud
El carácter normativo	Malinterpreta las normas que regulan la relación clínica. La obligación moral o el móvil de la acción es el deber de respeto a la norma, y exige una adhesión interior.
El carácter prudencial	La práctica clínica interpreta <i>per se</i> el significado de la norma y la concreta a cada supuesto. La sabiduría práctica o prudencia no radica en conocer las normas que guían la actividad clínica, sino en saber cómo actuar en la situación particular, dada la laguna prudencial entre norma y aplicación. La prudencia es una virtud situada o contextualizada.
El carácter deliberativo	Impide la toma de decisiones prudentes o razonables y deviene una imposición al paciente, absolutiza un valor frente a otro
El carácter lingüístico	Ignora la competencia lingüística de los sujetos de la relación clínica que exige el dominio del lenguaje, la gramática emocional de la relación clínica y que como seres lingüísticos, podemos y estamos obligados a reflexionar y decir qué sentimos
El carácter comunicativo	Frustra la toma de decisiones desde la dimensión ilocucionaria o pragmática del lenguaje que busca alcanzar el objetivo comunicativo por el modo en qué se manifiesta
El carácter hermenéutico	Impide la comprensión del hecho clínico y las alternativas o cursos de acción.
El carácter narrativo	Elude el carácter narrativo o relato pluridimensional que comparte el paciente con los sujetos de la relación clínica, y utiliza la historia clínica como instrumento de defensa, ajeno al carácter procesual.
El carácter ejemplar	La práctica defensiva ignora la actitud ejemplar elegida y autónoma del profesional que ajusta la práctica al móvil de la relación clínica y recrea su propia actuación ajustándola al contexto.

59 MAGLIO, I. “Error y medicina a la defensiva ...”. Op. cit. nota 45.

60 OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT CONGRESS, U. S. (OTA) (1994) ...Op. cit. nota 11.

61 COSTA-ALCARAZ, A. M. “Ética del reconocimiento recíproco ...”. Op. cit, nota 28.

62 SEOANE, J.A. “La construcción jurídica de la autonomía ... Op. cit, nota 23.