

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I



TESIS DOCTORAL

**REGULACIÓN JURÍDICA DEL DEBER DE INFORMACIÓN
PREVIA AL CONSENTIMIENTO EN EL ABORTO**

CARMEN BEATRIZ VELAZCO RAMOS

Dirigida por:

Dr. D. Pedro de Vega García
Dra. D^a Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda
Dra. D^a Ana Llano Torres

Madrid 2013

A mi familia

"The State has an interest in ensuring so grave a choice is well informed. It is self-evident that a mother who comes to regret her choice to abort must struggle with grief more anguished and sorrow more profound when she learns, only after the event, what she once did not know: that she allowed a doctor to pierce the skull and vacuum the fast-developing brain of her unborn child, a child assuming the human form."

(Gonzalez v. Carhart, 2007)

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	XI
RESUMEN	XV
ABSTRACT	XIX
INTRODUCCIÓN.....	XXXI
ABREVIATURAS	XLI
 PRIMERA PARTE	
GÉNESIS DEL <i>INFORMED CONSENT</i> Y SU REGULACIÓN JURÍDICA	
EN ESPAÑA	1
 CAPÍTULO I EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL MÉDICO Y EL	
PACIENTE	5
 1. ANTECEDENTES: DEL PALEOLÍTICO HASTA EL SIGLO IV A.C.	
5	
2. PATERNALISMO MÉDICO	
7	
2.1. Grecia Clásica: la Ética Hipocrática	10
A) Presupuestos teóricos de la medicina hipocrática.....	12
B) Configuración de la relación médico paciente	14
2.2. Roma.....	21
2.3. Edad Media.....	24
2.4. Continuidad de la Ética Hipocrática	27

A) Prestigio del médico.....	28
B) El buen paciente	31
C) El poder terapéutico del diálogo en la Medicina	34
3. CRISIS DEL PATERNALISMO MÉDICO.....	36
3.1. Antecedentes: Edad moderna	36
3.2. Pensamiento liberal en Medicina (siglo XVIII)	38
3.3. Rebelión del sujeto en Medicina (siglo XIX).....	41
A) Revoluciones burguesas S. XIX	41
B) Aparición del primer código de ética médica (1847).....	43
3.4. Introducción del sujeto en Medicina (inicios siglo XX).....	45
A) De la autonomía política a la autonomía privada.....	47
B) Surgimiento de nuevos enfoques en Medicina.....	48
C) La técnica y la masificación de los servicios sanitarios	49
4. PRIMACÍA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE	51
4.1. La autonomía del paciente.....	52
A) Precisión terminológica: Autonomía y Libertad	53
B) Formulación del principio de autonomía	57
4.2. Configuración jurídica de la primacía de la autonomía del paciente.....	58
A) Código de Núremberg (1946).....	60
B) Drug Amendents Act (1962).....	61
C) Declaración de Helsinki (1964)	62
D) El Informe Belmont (1979)	64
E) Pautas éticas internacionales en investigación biomédica (1983).....	68
4.3. Algunos apuntes sobre el principio de autonomía en la actualidad	70
 CAPÍTULO II EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INFORMED CONSENT EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA	 73
1. ANTECEDENTES.....	73
1.1. Slater v. Baker & Stapleton (1767)	74
1.2. Carpenter v. Blake (1871)	75
2. PRIMERA ETAPA: PRIMACÍA DEL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE	76
2.1. Pratt v. Davis (1906)	77
2.2. Mohr v. Williams (1905).....	78
2.3. Rolater v. Strain (1913).....	79
2.4. Schloendorff v. Society of New York Hospital (1914)	80

3. SEGUNDA ETAPA: RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN	81
3.1. Hunter v. Burroughs (1918).....	82
3.2. Hunt v. Bradshaw (1955).....	83
4. TERCERA ETAPA: APARICIÓN DEL INFORMED CONSENT	85
5. CUARTA ETAPA: DETERMINACIÓN DEL ESTÁNDAR DE INFORMACIÓN.....	87
5.1. Estándar (de la práctica) profesional.....	88
5.2. Estándar objetivo o de la persona razonable.....	91
A) <i>Berkey v. Anderson</i> (1969).....	92
B) <i>Canterbury v. Spence</i> (1972)	94
C) <i>Truman v. Thomas</i> (1980)	98
5.3. Estándar subjetivo (orientado al paciente).....	99
6. CONSOLIDACIÓN ÉTICO-JURÍDICA DE LA DOCTRINA DEL INFORMED CONSENT	101
6.1. Una nueva disciplina: Bioética	102
A) <i>Algunos hitos en la historia de la Bioética</i>	102
B) <i>Formulando un concepto</i>	105
C) <i>Fundamentación de la Bioética</i>	106
6.2. Aparición de la primera carta de Derechos del Paciente (1973)	108
6.3. Making health care decisions Report (1982)	110
6.4. Patient Self-Determination Act (1990)	112
 CAPÍTULO III REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN ESPAÑA.....	 113
1. MANIFESTACIONES INICIALES DEL INFORMED CONSENT EN EL DERECHO EUROPEO.....	113
1.1. Recomendación 779 sobre derechos de los enfermos y moribundos (1976)	114
1.2. Carta del paciente de hospital (1979)	115
2. DECLARACIONES ELABORADAS EN EL ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS	116
2.1. Declaración para la promoción de derechos de los pacientes (1994)	116
2.2. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).....	119
3. LEGISLACIÓN DE ORIGEN COMUNITARIO	120
3.1 Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina (1996)	120
3.2. Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (2000)	124
4. LEGISLACIÓN NACIONAL.....	126
4.1. Antecedentes normativos.....	126
A) <i>Normativa en la etapa preconstitucional</i>	126
B) <i>Normativa en la etapa constitucional</i>	129

4.2. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de autonomía del paciente.....	135
A) <i>Ámbito de aplicación y carácter de ley básica</i>	137
B) <i>Autonomía de la voluntad y Principios básicos</i>	138
C) <i>Definiciones legales</i>	155
D) <i>Regulación del consentimiento informado</i>	159
E) <i>Excepciones y límites del consentimiento informado</i>	172
F) <i>Instrucciones previas y consentimiento informado</i>	173
G) <i>Tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado</i>	176
4.3. Normativa específica sobre consentimiento informado	192
A) <i>Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica</i>	192
B) <i>Ley 14/2006, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida</i>	203
C) <i>Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre medicamentos y productos sanitarios</i>	207
D) <i>Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias</i>	209
E) <i>Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS</i>	210
F) <i>Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos</i>	211
4.4. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, sobre consumidores y usuarios..	213
4.5. Legislación autonómica.....	220

SEGUNDA PARTE

EL ABORTO COMO ACTO MÉDICO Y SU CONFIGURACIÓN

JURÍDICA EN ESPAÑA.....	225

CAPÍTULO I CUESTIONES PRELIMINARES	229

1. DEFINICIÓN DE SALUD Y ENFERMEDAD.....	230
1.1. Definición de salud.....	231
1.2. Definición de enfermedad	238
2. DEFINICIÓN DE PRESTACIÓN SANITARIA.....	243
2.1. Organización institucional.....	244
2.2. Contenido de la prestación	246
2.3. Sujeto activo y lugar de la prestación sanitaria	250
2.4. Sujeto pasivo de la prestación	251
3. DEFINICIÓN DE ACTO MÉDICO.....	252
3.1. Profesiones sanitarias y acto médico	252
3.2. En busca de una definición.....	256
3.3. Una mirada desde la Medicina	259

A) Objeto y límites de la Medicina	260
B) Fines de la Medicina.....	262
C) Configuración de la relación médico-paciente	270
D) Definición y contenido del acto medico	276
E) Acto médico complejo y tipos de actos médicos	281
3.4. Desarrollo legal, jurisprudencial y deontológico del acto médico	284
4. DEFINICIÓN DE ABORTO	287
4.1. Aborto quirúrgico	291
A) Aspiración al vacío (AV).....	292
B) Dilatación y curetaje	294
C) Dilatación y evacuación	296
D) Otros aspectos relacionados con el método quirúrgico	298
4.2. Métodos médicos o químicos de aborto.....	299
4.3. Otros procedimientos de aborto.....	302
4.4. Recomendaciones para el aborto	306
4.5. Manejo del dolor.....	309
 CAPÍTULO II EL ABORTO COMO ACTO MÉDICO.....	313
 1. EL EMBRIÓN ¿OBJETO O SUJETO?	313
1.1. Desde el punto de vista biológico	314
A) La reproducción en seres humanos	314
B) Del cigoto al blastocisto (primera semana).....	317
C) De la implantación y aparición del disco embrionario (segunda semana)	325
D) De la aparición de la línea primitiva (tercera semana)	330
E) De la plegadura del embrión (cuarta a octava semana)	334
F) Del periodo fetal (nueve semanas al nacimiento).....	338
1.2. Perspectiva ontológica	347
A) El carácter humano del embrión	348
B) La corporeidad humana y el concepto de persona	362
C) El embrión como persona.....	369
1.3. Desde el punto de vista de la ética del Derecho.....	385
A) Finalidad del Derecho.....	385
B) Mecanismos de protección jurídica	388

2. EL ABORTO COMO ACTO MÉDICO: UNA DISCUSIÓN VIGENTE.....	395
2.1. Aborto on-demand.....	396
2.2. Aborto por cuestiones eugenésicas.....	398
2.3. Aborto por cuestiones terapéuticas.....	399
 CAPÍTULO III CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO EN ESPAÑA.....	 407
 1. DESARROLLO HISTÓRICO Y SITUACIÓN ACTUAL	 408
1.1. Prohibición del aborto y protección genérica de la vida humana	408
1.2. Despenalización del aborto por el sistema de indicaciones	410
A) <i>Antecedentes normativos</i>	410
B) <i>Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional</i>	412
C) <i>Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio</i>	422
1.3. Legalización del aborto (sistema mixto)	427
A) <i>Fundamentación de la Ley Orgánica 2/2010</i>	429
B) <i>El sistema mixto en la Ley Orgánica 2/2010</i>	432
C) <i>Regulación penal del aborto</i>	437
2. REFLEXIONES SOBRE LA INCORPORACIÓN DEL ABORTO COMO PRESTACIÓN SANITARIA ...	439
2.1. Razones para la incorporación del aborto en el Real Decreto 63/1995	442
2.2. Inclusión del aborto como prestación sanitaria	444
A) <i>Delimitación de los objetivos de la planificación sanitaria</i>	444
B) <i>Precisiones conceptuales sobre las necesidades de salud</i>	446
C) <i>Sobre el catálogo de prestaciones sanitarias</i>	448
D) <i>Sobre la inclusión del aborto en el catálogo de prestaciones sanitarias</i>	449
3. EL ABORTO EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS.....	451
3.1. Naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos	452
A) <i>Obligaciones derivadas de la actividad del médico</i>	453
B) <i>Teorías doctrinales sobre la naturaleza del contrato de servicios médicos</i>	457
C) <i>Tratamiento jurisprudencial</i>	463
3.2. Aborto y contrato de servicios médicos	475
A) <i>Sobre la licitud del aborto como servicio médico</i>	475
B) <i>La práctica del aborto como obligación de resultado</i>	479
C) <i>El aborto como intervención médica voluntaria</i>	483

TERCERA PARTE**DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA AL ABORTO EN ESTADOS****UNIDOS Y ESPAÑA. ANÁLISIS DEL ART.17 LOIVE 493****CAPÍTULO I EL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA AL ABORTO EN****ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 497****1. DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE****ABORTO E INFORMED CONSENT 499**

1.1. Cuestión previa: Constitución y funcionamiento de la Corte 500

1.2. Precedentes del derecho al aborto (1965-1971)..... 502

A) *Estelle Griswold v. State of Connecticut* (1965)..... 502B) *Thomas C. Eisenstadt v. William Baird* (1971) 504C) *United States v. Vuitch* (1971)..... 505

1.3. Construcción del derecho al aborto (1965-1971)..... 506

A) *Jane Roe v. Henry Wade* (1973) 507B) *Doe v. Bolton* (1973)..... 511

1.4. Requerimientos de consentimiento e información (1976-1986)..... 512

A) *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* (1976)..... 513B) *Bellotti v. Baird* (1976)..... 515C) *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* (1983) 517D) *Hodgson v. Minnesota* (1990) 521E) *Rust v. Sullivan* (1991)..... 524

1.5. Nuevo enfoque del derecho al aborto (1989-2007) 526

A) *Webster v. Reproductive Health Services* (1989)..... 527B) *Planned Parenthood v. Casey* (1992) 531C) *Stenberg v. Carhart* (2000)..... 539D) *Gonzalez v. Carhart* (2007)..... 541**2. PANORÁMICA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO 546****3. ASPECTOS RELEVANTES EN LA REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN PREVIA 558**3.1. Abortion counseling y obtención del *informed consent*..... 565

3.2. Contenido de la información..... 567

3.3. Formalidad de la comunicación..... 574

CAPÍTULO II CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA EN ESPAÑA 577

1. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR.....	579
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBER DE INFORMACIÓN	581
3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO INFORMATIVO	582
4. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA INFORMACIÓN	584
4.1. Extensión del contenido de la información	585
4.2. Contenido de la información	586
4.3. Información sobre los riesgos.....	590
4.4. La información en la medicina voluntaria o satisfactiva	592
5. FORMA Y MODO DE PROPORCIONAR LA INFORMACIÓN	594
6. EXCEPCIONES AL DEBER DE INFORMACIÓN	596
6.1. Derecho a no ser informado	597
6.2. Excepciones legales.....	598
6.3. Paciente previamente informado	600
6.4. La ausencia de alternativas terapéuticas.....	601

CAPÍTULO III ANÁLISIS DEL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA EN MATERIA DE ABORTO 603

1. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y ABORTO	604
2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17 LOIVE Y DEL REAL DECRETO 825/2010.....	607
2.1. Fundamentación de la necesidad de regulación de la información	607
A) <i>Sobre la validez formal del Real Decreto 825/2010.....</i>	609
B) <i>Sobre la necesidad de regular la información</i>	611
2.2. Requerimientos legales de información	612
A) <i>Contenidos específicos de información</i>	613
B) <i>Información en los documentos de consentimiento informado.....</i>	629
C) <i>Estándar aplicable</i>	630
2.3. Formalidad de la comunicación.....	632
A) <i>importancia del tiempo de espera y del abortion counseling</i>	633
B) <i>Fases de la comunicación y acceso a la información</i>	639
2.4. Sobre el aborto de menores de edad	645
3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN	647
3.1. Defecto de información y vicios del consentimiento	651

3.2. Defecto de información y responsabilidad civil	659
A) <i>Sobre el daño indemnizable</i>	662
B) <i>Sobre la responsabilidad objetiva</i>	670
C) <i>Sobre la inversión de la carga de la prueba</i>	675
D) <i>Sobre la responsabilidad precontractual</i>	680
E) <i>Sobre el valor ad probationem de la forma escrita</i>	683
3.3. Defecto de información y aplicación del TRLGDCU	685
A) <i>TRLGDCU y su aplicación en materia de aborto</i>	686
B) <i>Sobre el derecho a no ser informada</i>	693
 CONCLUSIONES	695
 BIBLIOGRAFÍA	707
 ANEXOS	755

RELACIÓN DE FIGURAS Y TABLAS

FIGURAS

- Figura 1: Aspiración al Vacío (AV)
- Figura 2: Dilatación y Curetaje (D&C)
- Figura 3: Dilatación y Evacuación (D&E)
- Figura 4: Aborto por Nacimiento Parcial (Intact D&X)
- Figura 5: Jeringa con aguja espinal para *Instillation Methods*
- Figura 6: Gametogénesis normal
- Figura 7: Esquema de fecundación
- Figura 8: Primera Semana de desarrollo
- Figura 9: Implantación del blastocisto
- Figura 10: Evolución del blastocisto
- Figura 11: Formación del celoma extraembrionario
- Figura 12: Vista dorsal embrión 16 y 19 días
- Figura 13: Formación del tubo y cresta neural
- Figura 14: Embrión 22 y 25 días
- Figura 15: Desarrollo fetal 5-8 semanas
- Figura 16: Desarrollo fetal 9-38 semanas
- Figura 17: Esquema del desarrollo humano
- Figura 18 A: Esquema de formación de gemelos dicigóticos
- Figura 18 B: Esquema de formación de gemelos monocigóticos
- Figura 19: Número de restricciones al aborto 1985-2012

TABLAS

- Tabla 1: Semanas de gestación y longitud del embrión
- Tabla 2: Desarrollo del embrión
- Tabla 3: Panorámica de regulaciones estatales sobre el aborto (dic. 2012)
- Tabla 4: Requerimientos del deber de información previa en el aborto
- Tabla 5: Requerimientos de ultrasonido

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo de investigación ha sido elaborado y culminado gracias al apoyo directo o indirecto de varias personas y a la información facilitada por distintas instituciones madrileñas. En una lista que, por naturaleza, debe ser finita y breve, mencionaré aquí algunas de ellas.

Agradezco a mis asesores de Tesis por haber confiado no solo en la capacidad intelectual de esta doctoranda sino también en el tema y la orientación "políticamente incorrecta" que tiene. A D. Pedro, Director del trabajo de investigación que precede a esta tesis, por aceptar acompañarme hasta la etapa final. Auténtico maestro, no solo por su ciencia sino también por su constante orientación hacia la búsqueda de la verdad, lo que le otorga un fino sentido común para aconsejar certeramente en temas con implicaciones filosófico-jurídicas. A Consuelo, maestra y amiga, por su consejo, cercanía y, sobre todo, por su ejemplo de tenacidad en la defensa de sus ideales más profundos.

En segundo lugar, una especial gratitud a María Luisa Di Pietro, Ana Isabel Berrocal y Rafael Palomino por su disponibilidad y consejo sobre la temática, estructura y metodología de la tesis. También, a José Iturmendi, Director del Departamento de Filosofía del Derecho y a los profesores María José Falcón Tella, Juan Antonio Martínez-Muñoz y José Miguel Serrano, quienes han acogido con ánimo e interés mis consultas "de pasillo" sobre bibliografía, trámites y otros avatares, desde mis primeros pasos en el Instituto de Derechos Humanos. A Carmen Castellano, Secretaria Administrativa del Departamento y a Natalia

Arranz, por el apoyo prestado en la realización de las gestiones propias de la lectura y defensa de una tesis doctoral.

De igual forma, a Nelly Flores, por su amistad y constante disponibilidad para ayudarme con los trámites administrativos de la Facultad. A Ascensión Pérez, por su acogida, afabilidad, buen humor y apoyo en diferentes cuestiones procedimentales. A Salvador Barrio, Juan Flores y Laura Bomati, bibliotecarios de los Departamentos de D. Eclesiástico, Filosofía del Derecho y D. Administrativo, respectivamente, por su paciente atención, amabilidad y ayuda. Al equipo de la Biblioteca de Derecho (Ana², Luisa² y Mercedes) que han tenido la paciencia de atenderme y/o enseñarme a utilizar los servicios y recursos ofrecidos a los estudiantes.

En Lima, quiero agradecer a Nancy Matos y Jorge Cortez, Vicerrectora Académica y Director de Pregrado, respectivamente de la Universidad ESAN – donde trabajo como profesora actualmente – no solo por el ánimo y la confianza, sino también por brindarme las facilidades administrativas que han permitido que pueda realizar estancias cortas en Madrid para avanzar y culminar este proyecto. También a Juan Carlos Ruiz del Pozo (estudiante de Derecho UESAN) por su apoyo en la investigación material y formal en la última etapa de la misma y a Rosmery Ratto Fabián (estudiante de Psicología UESAN) por su colaboración en el cierre de cuestiones académicas previas a los viajes a Madrid. Finalmente, a Betzabé Marciani y Pablo Schack, por su amistad, apoyo y comprensión, vital en los momentos iniciales de esta empresa.

Por último, quiero agradecer a quienes han dotado de contenido este proyecto "en espíritu y en verdad". A Dios, por permitirme llegar hasta el final. Al Padre R. Castejón, S.J. y a las Cruzadas de Santa María, especialmente, a Lydia Jiménez, por su constante estímulo y a todas las que de tantas formas me han ayudado con su incansable ánimo, afable exigencia y consejo. A mis padres Beatriz y Raimundo, mi hermana Ursula y mi cuñado Richard, por el ánimo, la paciencia y la comprensión que han desplegado desde que inicié esta aventura. A mis

sobrinos, Sergio y Luciana, porque su sola existencia es un motivo para sonreír y renovar el ánimo.

A todos solo puedo decir – como diría un excelente pedagogo, el P. Tomás Morales, S.J. – "Gracias, muchas gracias, muchísimas gracias".

RESUMEN

La presente tesis doctoral se orienta al estudio científico de la regulación jurídica del deber de información previa al consentimiento de mujeres mayores de edad en materia de aborto. Su finalidad es demostrar que, aún dentro del ordenamiento jurídico positivo, la regulación vigente en España carece de coherencia y consistencia respecto de los requerimientos mínimos establecidos por la jurisprudencia y la regulación básica sobre la materia. A partir de este examen, brindamos algunos criterios que pueden servir de referencia frente a una eventual reforma, en aras de la protección jurídica del concebido, a la vista de la tendencia europea e internacional favorable a la legalización del aborto. Para obtener una mayor profundidad en el análisis, nos hemos apoyado en la experiencia comparada norteamericana en la que, cuarenta años después de la creación jurisprudencial del derecho a la aborto (1973), diferentes estados han dictado disposiciones que tienen por finalidad asegurar que la mujer se encuentre perfectamente informada (por vía de imágenes, sonogramas y ecografías en algunos casos) acerca de las implicancias del embarazo y de su terminación por los diferentes métodos abortivos.

Para conseguir este objetivo, hemos dividido la investigación en tres bloques. En primer lugar, contextualizamos histórica y jurídicamente la figura del *informed consent* en Estados Unidos y España para lograr una mejor comprensión de su naturaleza y origen, relacionándolo directamente con las intervenciones terapéuticas. En segundo lugar, abordamos la consideración del aborto como acto

médico y su regulación jurídica en España, atendiendo a los fines de la Medicina, la configuración ética de la relación médico-paciente y el valor ontológico de persona que acompaña al ser humano desde el momento de la fecundación. Concluimos que esta regulación pone de manifiesto la ruptura significativa entre el concepto material de acto médico y el concepto legal, lo que implica, a su vez, la desnaturalización del consentimiento informado como figura jurídica creada para ser aplicada en ámbitos estrictamente terapéuticos. No obstante ello, situados ya en el contexto jurídico-positivo, observamos que nos encontramos ante una intervención médica que implica una obligación de resultado, asumida por el facultativo en el marco del contrato de servicios médicos, perteneciente a la medicina satisfactiva o híbrida (en los llamados por Sgreccia "casos dramáticos") y, por tanto, el deber de información se intensifica y adquiere mayor rigurosidad en cuanto a la especificidad de su contenido y forma de divulgación, según los criterios establecidos por el Tribunal Supremo para este tipo de intervenciones.

Finalmente, luego del análisis del artículo 17 de la Ley Orgánica 2/2010 y los artículos 4 al 8 del Real Decreto 825/2010 a la luz de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los principios recogidos en la sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional y la normativa jurídica norteamericana en materia de información previa en el aborto, concluimos que su regulación no brinda a la mujer toda la información pertinente en el tiempo oportuno para que ella, luego de un proceso de reflexión, adopte una decisión libre (de prejuicios pro-abortivos), consciente y deliberada acerca de su embarazo no deseado. Por el contrario, la estructura del procedimiento informativo establecido evidencia no solo una tendencia promotora del aborto sino también una política sanitaria abiertamente eugenésica.

Asimismo, elaboramos algunas recomendaciones acerca de los contenidos mínimos de información –tales como: procedimientos abortivos (descripción, riesgos y consecuencias, alternativas), el embarazo (desarrollo del feto, edad gestacional, posibilidad de dolor fetal, consecuencias y riesgos) y las ayudas a la maternidad– que toda mujer, particularmente la que experimenta un embarazo no

xvi

deseado, debe conocer y comprender. A modo de consecuencia práctica, hacemos una referencia breve acerca de las posibles consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad civil que pueden surgir a partir de la inobservancia de la obligación de informar, además de una eventual aplicación de la normativa sobre consumidores a la actividad médico-sanitaria en estos supuestos.

ABSTRACT

The legal regulation of abortion has shown the significant rupture between the material and the legal concept of medical act, which, in turn, implies the distortion of the informed consent as a legal figure created to be applied within strictly therapeutic scopes.

Considering the purpose of Medicine, the ethical configuration of the physician-patient relationship and the ontological value of a person that accompanies human beings since the moment of fertilization, abortion –understood as the conscious elimination of a human being in gestation– cannot be considered as a medical act in a strict sense; therefore, the informed consent would not be an applicable category regarding this subject. A different thing would be that society or positive law validates its practice, whether by legalization or decriminalization.

Given the tendency to the legalization of abortion promoted by international entities and European recommendations –which have justified its inclusion in the Catalogue of Sanitary Benefits of the National System of Health– it becomes indispensable to look for ways that could, in some way, provide an effective framework of protection for prenatal life. One of these is The legal regulations guiding disclosure requirements prior to granting consent for abortion: there is no possibility of making a rational choice without access to relevant information. Its study and analysis in the field of abortion is not only a suitable mean to safeguard

the fetus that is in development of the uninformed decision of its mother, but also to create conscience in the woman regarding the implications related to an unwanted or unintended pregnancy (even better if images, videos, ultrasounds, sonograms or fetal auscultation are used too).

i. Objectives and contents

In this context, our Doctoral Thesis Research looks to support that, even within Spanish Law –in a legislative environment favorable to abortion– the current legal regulation guiding disclosure requirements prior to granting consent for abortion of legal age women lacks coherence and consistency in respect to the minimum requirements established by the jurisprudence and the basic regulation of the physician's duty to inform. It is from this examination that we try to give some criteria that could serve as a reference for a possible future reform that could provide a better legal protection to the fetus.

In order to obtain a greater depth on the analysis, we have relied upon the American experience, in which almost after forty years of the creation of the right to abort by the Supreme Court (1973), various states have promulgated laws –denominated "Women's right to know Act"– that intent to secure that the woman is fully-informed (by the means of images, sonograms and ultrasounds in some cases) about the implications of pregnancy and its termination through the different methods of abortion. This act not only defends the interest of the state in the protection of prenatal life and the informed consent of women guaranteed by the Sentence 53/1985 of the Constitutional Court, but at the same time protects the fetus from the uninformed consent of the mother.

To achieve our objective we have divided our research in three parts, each of them, at the same time, divided in three chapters.

The first part contextualizes historically and legally the figure of informed consent to get a better understanding of its nature and origin related directly to therapeutic interventions, getting deeper in the role that the information acquires on its genesis and development, in the United States as in Spain.

To that effect, the first chapter takes on the historical development of the physician-patient relationship that goes from the classical medical ethics (described as paternalistic) to the current medical ethics, that puts great emphasis on the patient's autonomy. In the second chapter the specific genesis of the legal doctrine of informed consent is explained, which has its roots in the American courts, putting into evidence the growing concern of the judges for the delimitation of the information owed to the patient. The third chapter presents the legal-positive regulation of the informed consent in Spain, with a special attention in the legal duty of the physician to inform the patient regarding his clinical situation prior to a sanitary action, for the configuration of a valid consent.

The second part takes on the issue of abortion as a medical act and its legal regulation in Spain. Even though, because of the nature and objective of the intervention, the abortion procedure fails to configure a medical act in the strict sense, the law has regulated it like a medical act. In this legal context, its practice involves an obligation of result taken by the physician, belonging to satisfactory or hybrid medicine (in the "dramatic cases" as called by Sgreccia).

To support what's being presented, the first chapter delimitates the key concepts that facilitate the understanding of not only the content but also the complexity of the following topics (health, disease, sanitary benefit, medical act and abortion). In the second chapter the issue of abortion as a medical act is addressed. This reflection implies incorporating a section about the statute of the embryo – directly involved on this matter– from the point of view of biology, ontology and

legal ethics. We also intent to update the old but current discussion about the recognition of the embryo-fetus as a human-person and the legal protection that is due to it. The third chapter analyzes the legal-positive nature of abortion in Spain, in the light of present legislation and jurisprudence. After making a historical-legal journey, getting into the analysis of abortion as the object of the contract of medical services, we support the legal nature of this practice as an obligation of result and its belonging, in general terms, to satisfactory medicine or voluntary and hybrid in the "dramatic cases".

Finally the third part puts into evidence the inconsistencies and incoherencies that appear from the analysis of the current legal regulation guiding disclosure requirements prior to granting consent for abortion in the light of the basic Spanish legal regulation (legislation and jurisprudence) about the physician's duty to inform in relation to the topic of medicine and the American legal regulation on the subject of abortion.

For this we have defined three chapters: the first determines the essential elements that characterize the legal regulations guiding disclosure requirements prior to granting consent for abortion in several American States. In the second chapter we assess the basic aspects that configure the aforementioned the duty to inform according to the Law 41/2002, of November 14th, basic regulator of the patient's autonomy and of the rights and obligations on the subject of clinical information and documentation, the Case Law of the Spanish Supreme Court and the principles gathered on the Judgement 52/1985 of the Constitutional Court. As a corollary to this reserch thesis, the third chapter analyses article 17 LOIVE and articles 4 through 8 of the Royal Decree 825/210 that regulate the information prior to consent in relation to abortion based on what has been studied to evidientiate the inconsistencies and incoherencies of the current regulations.

Finally, as a way of practical consequence of the dissertation, a brief reference is made about the possible legal consequences in the form of civil liability that may

arise because of the non-observance of the duty to inform, besides of the possible application of the Consumer's protection Law –the article 148 in particular– to the medical-sanitary activity on this hypotheses.

ii. Conclusions

In general terms, on the face of the possibility of a partial reform, in a legal framework that allows abortion, it is of the utmost importance that the information given leads the woman to receive two clear and direct messages: In the first place, that on the face of an unwanted pregnancy there are always two options (and not just one): to carry on with the pregnancy (until the fetus is viable and give it to adoption or taking care of the newborn with the state or private aid) or to abort. In the second place, that what she is carrying is a human being – healthy or sick– biologically in development and that if it is let to finish this stage in some weeks or months it will get legal personhood given by Spanish law. Either way, any abortion made after the viability point, when the fetus is capable of independent life outside of the maternal womb –approximately after the first 20 weeks of gestation, with the technical aid of the case– can be considered a qualified homicide, because of this a new reform of the article 30 of the Civil Code and Penal Code seems to be necessary.

Considering the commercial character of the abortion clinics, these would hardly provide to women information that could be consider to have dissuasive effects, because of this the State has the responsibility –or whoever it designates– taking into consideration the interests enunciated by the STC 52/1985 about the guarantee of the protection of prenatal life and the informed consent of the woman, to not just specify the minimum content but to elaborate proper informational materials that safeguard objectivity and the content of the fundamental informational questions that all women and particularly the ones that have an unwanted pregnancy, must know and comprehend, about the abortion methods (description, risks and consequences, alternatives), the pregnancy (fetal development, gestational age, possibility of fetal pain, consequences and risks) and the maternal aid available.

To guarantee that the woman adopts a decision previously informed not only responds to the rational and deliberate nature, expected and promoted in a consumer society like ours but, because of the people implicated on the matter of abortion, the demand of a specific and objective content of this information urges. Although is not enough, at least it is guaranteed in a better way that the fetus in development, an human being in gestation, is not deprive of its existence because of an uninformed decision, and therefore, a not deliberate or free one (to the extent that the women is kept "slave" of her prejudices in favor of abortion) by its mother.

iii. Bibliography

Our research includes, principally, the review of important literature about the informed consent history in the United States and its regulation in Spain; the status of the human embryo and the medical ethics of the physician-patient relationship. Also, we add in the principal authors who had written about the abortion as a legal subject, the positive-legal status of medical services contract and medical liability in Spain. Some of the most important are:

- ABELLÁN SALORT, José Carlos. *Bioética, autonomía y libertad*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2006.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa. *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 2009.
- BERG, Jessica; APPELBAUM, Paul; PARKER, Lisa; LIDZ, Charles. *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*. New York: Oxford University Press, 2001.

- BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Pérez, A. Martín (trad.) Granada: Comares, 2000.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch, 1993.
- CARRASCO DE PAULA, Ignacio; COLOMBO, Roberto; COZZOLI, Mauro; et. al. *Identidad y estatuto del embrión*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2000.
- COUCEIRO, Azucena (ed.). *Bioética para clínicos*. Madrid: Triacastela, 1999.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. De nuevo sobre el error en el consentimiento. En: AMORÓS, Manuel (ed.) *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro. Tomo II*. Madrid: Centro de Estudios Registrales: Fundación Matritense del Notariado, 1997.
- DIXON, Darrin P. Informed Consent or Institutionalized Eugenics? How the Medical Profession Encourages Abortion of Fetuses with Down Syndrome. *Issues in Law & Medicine*. 2008, vol 24, núm. 1.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. Valladolid: Lex Nova, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Caracciolo, Ricardo; Ferreres, Víctor (trads.). Barcelona: Ariel, 1994.
- FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy. *A History and Theory of Informed Consent*. New York: Oxford University Press, 1986.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato de servicios médicos*. Madrid: Cívitas, 1988.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2007.
- FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Sancho Mendizábal, Luis (trad.) Granada: Comares, 2001.
- GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*. Navarra: Thomson-Civitas, 2011.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *De la Bioética al Bioderecho: Libertad, vida y muerte*. Madrid: Dykinson, 2006.
- GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de bioética*. Madrid: Triacastela, 2007. Madrid: Triacastela, 2008.
- HASTINGS CENTER. Los Fines de la Medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*. 2007, núm. 11.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo. *El aborto en España. Análisis de un proceso socio político*. Madrid: UPCO, 1992.
- HERRERA JARAMILLO, Francisco. *El derecho a la vida y el aborto*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1984.

- KACZOR, Christopher. *The Ethics of Abortion: Women's Rights, Human Life, and the Question of Justice*. New York and London: Routledge, 2011.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica para clínicos*. Barcelona: Salvat, 1985 y *La relación médico-enfermo: Historia y teoría*. Madrid: Alianza Editorial, 1983. Madrid: Triacastela, 2003.
- LEJEUNE, Jérôme. *¿Qué es el embrión humano?* Madrid: RIALP, 1993.
- LÓPEZ BARAHONA, Mónica; LUCAS LUCAS, Ramón (dirs.) *El inicio de la vida: Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: BAC, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Los límites de la vida y la libertad de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- LÓPEZ, Guillermo. *Aborto y contracepción*. Pamplona: EUNSA, 2009.
- SIMON LORDA, Pablo. *El consentimiento informado*. Madrid: Triacastela, 2000.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, 1988.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*. Madrid: Dykinson, 2012.
- MANSON, Neil C; O'NEILL, Onora. *Rethinking Informed Consent in Bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. Responsabilidad civil médica en su dualidad funcional: Cirugía asistencial, cirugía satisfactiva. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*. 1995, núm. 3; Especial estudio de la denominada *lex artis ad hoc* en la función médica. *Actualidad Civil*. 1986, núm. 24, Semana 2-8 y *Derecho médico: Derecho médico general y especial*. Vol. 1. MARTÍNEZ-CALCERRADA, José María (coord.). Madrid: Tecnos, 1986.
- MAZZILLI, Elisabetta. La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Aranzadi Civil-Mercantil*. 2012, vol. 1, núm. 10.
- MEDOFF, Marshall H; DENNIS, Christopher. TRAP Abortion Laws and Partisan Political Party Control of State Government. *The American Journal of Economics and Sociology*. 2011, vol 70, núm. 4.
- MILLER, Franklin; WERTHEIMER, Alan (eds.). *The Ethics of Consent: Theory and Practice*. New York: Oxford University Press, 2010. pp.
- MIRANDA SERRANO, Luis María. La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: Aspectos concurrenciales y negociables. *Estudios Sobre Consumo*. 2006, núm. 77.
- MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N. *Embriología clínica*. México D.F.: McGraw-Hill Interamericana, 2008.

- MORENO RANGEL, César. *La objeción de conciencia y su aplicación al supuesto de aborto*. Madrid: Dykinson, 2010.
- NAVARRO VALLS, Rafael. *Análisis jurídico del proyecto de ley del aborto*. Madrid: Foro Sociedad Civil, 2009.
- PALMER, Louis J.; PALMER, Xueyan Z. *Encyclopedia of abortion in the United States*. Carolina del Norte, London: McFarland, 2009.
- PANIZA FULLANA, Antonia. La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU. En: *Aranzadi Civil-Mercantil. Vol. I (Estudio)*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- PARDO SAENZ, José María. *El no nacido como paciente*. Pamplona: EUNSA, 2011. y *La vida del no nacido: La verdad sobre el aborto y la dignidad de la mujer*. Pamplona: EUNSA, 2011.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Granada: Comares, 2009.
- PELLEGRINO, Edmund; THOMASMA, David. La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*. 1990, núm. 108. pp. 379-390.
- PERRY, Ronen; ADAR, Yehuda. Wrongful Abortion: A Wrong in Search of a Remedy. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*. 2005, vol 5.
- PERSANO, Fabio. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale statunitense in materia d'aborto I. *Medicina e Morale: Rivista internazionale bimestrale di Bioetica*. 2011, Nuova serie, vol. 61, núm. 4. pp. 628-629 y Evoluzione della giurisprudenza costituzionale statunitense in materia d'aborto II. *Medicina e Morale: Rivista internazionale bimestrale di Bioetica*. 2011, Nuova serie. vol 61, núm. 5.
- PINEAULT, Raynald; DAVELUY, Carole. *La planificación sanitaria: Conceptos, métodos, estrategias*. Barcelona: Masson, 1994.
- PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *Making Health Care Decisions: The Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship. Vol. 3. Appendices, Studies on the Foundations of Informed Consent*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1982.
- RAGA GIL, José. La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor. En: SIERRA FLORES, M^a de la Doña (dir.). *Derecho renovado del consumidor: Entre la economía y el derecho*. Madrid: Dilex, 2011.
- RECUERO ASTRAY, José. *En defensa de la vida humana*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2011.
- ROMEO CASABONA, Carlos. *El médico ante el Derecho: La responsabilidad penal y civil del médico*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990. 207 p. y *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

- ROVIRA VIÑAS, Antonio. *Autonomía personal y tratamiento médico. Una Aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- SADLER, Thomas W. *Langman, embriología médica*. Buenos Aires: Wolters Kluwer, 2010.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos, 1998.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. *Derechos del médico en la relación clínica*. Madrid: Comares, 2006.
- SAWICKI, Nadia. The Abortion Informed Consent Debate: More Light, Less Heat. *Cornell Journal of Law and Public Policy*. 2011, vol 21, núm. 1.
- SERRA, Angelo. El embrión humano, ciencia, medicina, en torno a un reciente documento. En: ABEL I FABRE, Francesc (ed.) *La vida humana: origen y desarrollo y otros*. Barcelona: Instituto Borja de Bioética, 1989.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos y ética biomédica. Vol. 1*. Madrid: BAC, 2009.
- SHAPIRO, Ian; LORA DELTORO, Pablo de; TOMÁS-VALIENTE, Carmen. *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- SPAEMANN, Robert. *Personas: Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"*. Barco, José Luis del (trad.). Pamplona: EUNSA, 2000.
- STEINBERG, Terry Nicole. Abortion Counseling: To Benefit Maternal Health. *American Journal of Law & Medicine*. 1989, vol 15, núm. 4.
- SUEIRO VILLAFRANCA, Enrique; LÓPEZ MORATALLA, Natalia. *La comunicación materno-filial en el embarazo. El vínculo de apego*. Pamplona: EUNSA, 2011.
- TOMILLO URBINA, Jorge; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (dirs.). *La protección jurídica del paciente como consumidor: Selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor*. Navarra: Aranzadi, 2010.
- VIVES ANTÓN, Tomás; CUERDA ARNAU, María. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

In addition, our research contained the review/analysis of international, European Union and national legislation about informed consent requirements, the protection of human embryo/fetus, abortion regulation and, more deeply, the abortion legal requirements of disclosure in several American States and Spain.

Finally, we also searched out the most important Case Law of The U.S. Courts about informed consent and the regulation of abortion. At the same time, we made use of the major Case Law of the Spanish Supreme Court about the legal nature of the medical services contract, informed consent and the requirements of disclosure.

INTRODUCCIÓN

Cuarenta años han pasado desde que la Corte Suprema de Estados Unidos otorgará a la mujer el derecho a abortar dentro del primer trimestre de embarazo sin ningún tipo de impedimento, salvo su propia voluntad. Con sus más y sus menos, esta facultad ha sido lentamente acotada, aunque no de manera directa, sí a través de disposiciones que regulan las licencias y trámites administrativos de los *Abortion Facilities* (centros especializados en esta práctica), restricciones de fondos públicos, obligación de registros de datos, entre otros. En los últimos años se han aprobado algunas normas denominadas *Women's right to know Act* que delimitan el contenido de la información que se debe proporcionar a las mujeres con el fin de asegurar un *fully-informed consent*.

En España también se avecinan tiempos de cambios. La promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LOIVE) significó la transformación del aborto de delito perseguido por la justicia en derecho prestacional, cuyo acceso, en cualquier supuesto, es financiado con recursos públicos.

En junio de 2010 fue admitido a trámite el Recurso de Inconstitucionalidad N° 4523-2010 formulado contra diversos artículos de la LOIVE, entre ellos, solo parcialmente, el referido a la información previa.¹ Con fecha 14 de julio de 2010,

¹ Publicado en el BOE, núm. 165, jueves 8 de julio de 2010. Sec. I. p. 59976.

el Auto N° 90/2010 denegó la suspensión solicitada en el mencionado recurso.² Aún se encuentra pendiente de resolución.

Dos años más tarde, el 25 de enero de 2012, durante su comparecencia ante el Congreso de Diputados, el señor ministro de Justicia Ruiz-Gallardón Jiménez anunció la reforma parcial de la Ley Orgánica 2/2010 que, según afirma, se encuentra inspirada en la doctrina ya definida por el Tribunal Constitucional en 1985, además de la inclusión de la exigencia del consentimiento paterno con relación a las menores de edad.³ Posteriormente, en declaraciones efectuadas al Diario La Razón los días 22 de julio del 2012 y 15 de enero de 2013, el Ministro afirmó la presentación próxima del proyecto de reforma, que incluirá entre sus principales modificaciones la vuelta al esquema de indicaciones y la exclusión de los supuestos de aborto eugenésico.⁴

La reforma de la ley es casi un hecho. Las restricciones se han dejado caer. Es parcial, implicará una vuelta al sistema de indicaciones con ciertas limitaciones. No cabe la prohibición absoluta. Aún no se ha dicho algo acerca de la llamada "indicación socio-económica" ni la regulación jurídica de la información que debe preceder al consentimiento en el aborto. Sin duda, estamos en un periodo de espera no exento de debate, complejo y acuciante.

i. Origen y delimitación del tema

El preámbulo LOIVE, entre sus fundamentos, hace referencia al problema social de los abortos clandestinos, la necesidad de la "modernización" de la legislación española según los estándares europeos vigentes, la protección de la autonomía

² Publicado en el BOE, núm. 192, lunes 9 de agosto de 2010. Sec. TC. p. 118.

³ Publicado en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 25, miércoles 25 de enero de 2012. X Legislatura. Comisiones. Justicia. p. 11.

⁴ Cfr. VELASCO, Francisco. "La malformación del feto no será ya un supuesto para abortar". En: *La Razón.es*. Publicado el 22 de julio de 2012 [ref. de 11 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_475528/historico/5803-alberto-ruiz-gallardon-la-malformacion-del-feto-no-sera-ya-un-supuesto-para-abortar/; *Id.* La nueva ley del aborto estará lista este trimestre. En: *La Razón.es*. Publicado el 15 de enero de 2013 [ref. de 11 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/687630/la-nueva-ley-del-aborto-estara-lista-antes-de/.

personal de la mujer y de la vida prenatal, con especial referencia al derecho a la maternidad libremente decidida.

A la luz de los conocimientos adquiridos en la investigación titulada "El Consentimiento Informado: Reflexión Bioética y Valoración Jurídica en el Ámbito Constitucional" que precede a esta tesis, nos dispusimos a efectuar una revisión de la LOIVE en los temas relacionados con esta figura jurídica.⁵ No solo suspendió el examen sino que suscitó diversas interrogantes en torno a la validez de la regulación del consentimiento informado en el marco de la práctica abortiva.

Una reflexión posterior, a la vista del apoyo normativo del entorno internacional, hace surgir nuestra inquietud académica por profundizar y develar las razones reales y objetivas que han sustentado esta calificación: *¿se trata de una justificación fundamentada en convicciones ético-religiosas o es que, ni a la luz del Derecho positivo, reúne las condiciones de coherencia y consistencia respecto del ordenamiento jurídico español y los valores y principios que lo sustentan?*

El Magisterio de la Iglesia Católica sobre el aborto es contundente y de sobra conocido.⁶ La cuestión es, ahora, examinar, la adecuación del consentimiento informado regulado en la LOIVE y su norma de desarrollo (Real Decreto 825/2010) a la ética médica y al Derecho Positivo vigente en España.

⁵ La expresión "consentimiento informado" –de uso frecuente en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española– aunque representa la traducción literal de *informed consent*, no recoge con suficiente precisión las connotaciones esenciales de esta figura jurídica debido básicamente a una cuestión de orden gramatical. Por esta razón, algunos autores han formulado traducciones paralelas que pretenden ofrecer una interpretación más auténtica de su contenido (v.gr. consentimiento del paciente previamente informado). Hecha esta observación, a efectos prácticos, utilizaremos aquella y su versión inglesa como sinónimos a lo largo de nuestra investigación.

⁶ La prohibición del aborto, bajo cualquier indicación, forma parte del Magisterio de la Iglesia Católica. Cfr. Constitución Pastoral *Gaudium et spes*, sobre la Iglesia en el mundo (Concilio Vaticano II, 1965, núm. 27 y 51); Código de Derecho Canónico (1983, canon núm. 1398); Carta Encíclica *Veritatis splendor*, sobre algunas cuestiones fundamentales de la Enseñanza Moral de la Iglesia (1993, núm. 80); Carta Encíclica *Evangelium vitae*, sobre el Valor y el carácter inviolable de la vida humana (1995, núm. 7 a 28); Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia (2005, núm. 155 y 233); Instrucción *Dignitas Personae*, sobre algunas cuestiones de bioética (2008, núm. 16 a 23) [ref. de 11 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.vatican.va/phome_sp.htm.

Ante la amplitud de enfoques académicos que se nos ofrecen, centramos nuestra atención en la figura jurídica del consentimiento informado en el aborto, con especial atención en la *configuración del deber de información previa al consentimiento de las mujeres mayores de edad*, en el entendido de que no existe posibilidad de consentimiento libre y deliberado (elección racional) si la mujer no tiene acceso a datos y elementos suficientes, procedentes de fuentes fiables, sobre los cuales pueda reflexionar y fundamentar su decisión.

No cabe duda que esta delimitación deja en el tintero otras líneas de investigación, que por limitación de tiempo y conocimientos no abordamos en este trabajo. Por citar algunas: la capacidad jurídica en el aborto de menores de edad, con especial referencia al menor maduro; determinación de la capacidad de la mujer para decidir sobre el aborto; los límites a la objeción de conciencia sanitaria; el estándar subjetivo de información sanitaria, parámetros y configuración jurídica; valoración bioética de la Teoría sobre *Moral Enhancement* o *New Eugenics*; consideraciones sobre el consejo genético; implicancias de la Reforma del artículo 30 CC en la protección del concebido; entre otros.

ii. Hipótesis y objetivo principal de la investigación

La regulación jurídico-positiva del aborto ha puesto de manifiesto la ruptura significativa entre el concepto material de acto médico (según los fines de la Medicina) y el concepto legal, lo que implica, a su vez, la desnaturalización del consentimiento informado como figura jurídica creada para ser aplicada en ámbitos estrictamente terapéuticos.

Sin perjuicio de ello, vista la necesidad de dotar de vías de protección al concebido en medio de un marco jurídico internacional favorable al aborto, decidimos abordar esta temática desde un punto de vista jurídico-positivo con el fin de demostrar que el deber de información previa regulado en la LOIVE no se corresponde con las exigencias de la ética médica acorde con los fines de la Medicina y el estatuto del embrión ni se adecúa a las exigencias jurídico-positivas

establecidas en la Ley 41/2002 (LBRAP), la jurisprudencia española que desarrolla esta normativa y los principios contenidos en la STC 53/1985, por lo que su contenido deviene en inconsistente e incoherente en relación con el ordenamiento jurídico vigente en España.

Para profundizar sobre este análisis nos hemos apoyado en la experiencia comparada norteamericana en la que, cuarenta años después de la creación jurisprudencial del derecho a la abortio (1973), diferentes estados han dictado disposiciones que tienen por fin asegurar que la mujer se encuentre perfectamente informada (por vía de imágenes, sonogramas y ultrasonido en algunos casos) acerca de las implicancias del embarazo y de su terminación, lo cual no solo consigue tutelar el interés del estado en la protección de la vida prenatal y del consentimiento previamente informado de la mujer, sino que, al mismo tiempo, defiende al concebido de un *uninformed consent* de la madre.

Sin duda, el enfoque y la profundidad de este trabajo puede servir de parámetro actualizado para la reglamentación y análisis de cualquier legislación que pretenda regular el contenido del deber de información previa al aborto, en aras de la protección jurídica del concebido, especialmente frente a las decisiones no informadas o mal informadas de su madre.

iii. Metodología de investigación

Para conseguir nuestro objetivo principal hemos seguido, en líneas generales, un esquema deductivo de razonamiento: a partir del desarrollo de los elementos centrales del tema elegido –el consentimiento informado, con especial atención en el deber de información previa, y el aborto como acto médico– hemos aplicado los conocimientos adquiridos al deber de información previa regulado por la LOIVE.

Asimismo, partiendo de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana y de la legislación sobre el tema bajo análisis vigente en diferentes estados, vía inductiva, hemos inferido los aspectos más relevantes de la regulación jurídica

del deber de información, que utilizaremos como herramienta para obtener una mayor profundidad en el análisis del artículo 17 LOIVE. Conviene precisar que la elección de la normativa estadounidense obedece al interés que suscitó en nosotros su *íter* en materia de aborto. Sin duda, la reflexión acerca de la experiencia de 40 años de aborto legal –que tiende a una mayor protección de la vida prenatal– es sumamente enriquecedora para España y su "reciente" incursión en este campo, de la que se pueden sacar conclusiones provechosas para la reforma de la ley vigente.

Se trata, en definitiva, de un estudio científico de tipo cuantitativo, en la medida que, a través de la recolección de datos (documentos, legislación, doctrina, y jurisprudencia) probamos nuestra hipótesis. Tiene un alcance descriptivo pues su objetivo central es recoger y organizar datos encontrados en diferentes fuentes de información: documentos (algunos recopilados a través de visitas y contacto con diferentes instituciones públicas y privadas), doctrina (libros, artículos periodísticos y revistas científicas), jurisprudencia, legislación. También es relacional en tanto que, para demostrar nuestra hipótesis, vinculamos los conceptos estudiados en los apartados anteriores con el artículo 17 LOIVE y su norma de desarrollo, estableciendo relaciones de semejanza y diferencia que nos permiten hacer inferencias sobre su adecuación o no al ordenamiento jurídico vigente. Finalmente, es explicativo pues damos razones desde el punto de vista de la ética médica y el derecho positivo español y norteamericano, que justifican racionalmente nuestras conclusiones.⁷

Hemos mantenido en muchos casos las citas en inglés debido a nuestro interés de lograr la mayor objetividad posible en la interpretación de las mismas y que sea el propio lector quien juzgue si en algo se ha faltado a la verdad.

Sobre el acceso a fuentes, sin duda, la distancia entre el lugar de residencia (Perú) y los centros de información (España) que contienen el material bibliográfico y documental apropiado ha sido, en un principio, una limitación sustancial en la

⁷ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ-COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la investigación*. México D.F.: McGrawHill, 2006, pp. 5 y ss.

elaboración de este trabajo, más aún teniendo en consideración que el aborto es una práctica prohibida en el Perú (despenalizada bajo el sistema de indicaciones) y que no existe material bibliográfico actualizado en torno a nuestro tema específico de investigación.

Este inconveniente ha sido compensado bastante bien por dos vías: Por un lado, la realización de estancias cortas de investigación (3 meses) en los últimos tres años nos han permitido recopilar la información pertinente para procesarla, una parte en Madrid y otra en Lima, compaginando, a la vez, las labores académicas de la Universidad donde trabajo y la investigación/redacción de la tesis. Por otro lado, la utilización de los recursos electrónicos que brinda la Universidad Complutense de Madrid –revistas con índice de impacto como la *Hastings Center Report* o el *Kennedy Institute of Ethics Journal*; bases de datos como *Project Muse*, *Heinonline*, *Jstore*, *Ebscohost* o *Elsevier* y gestores de información jurídica como *Westlaw International*, *Westlaw.es* y *Vlex Global*– que nos han permitido acceder a información actualizada, fiable y de calidad.

iv. Estructura de la investigación

Hemos dividido el trabajo de investigación en tres partes, cada una de las cuales, a su vez, se subdivide en tres capítulos.

La primera parte tiene como finalidad contextualizar histórica y jurídicamente la figura del *informed consent* para lograr una mejor comprensión de su naturaleza y origen, profundizando en el rol que va adquiriendo la información en su génesis y desarrollo, tanto en el ámbito norteamericano como en España.

Para tal efecto, el primer capítulo nos permite apreciar el desarrollo histórico de la relación médico-paciente que va desde la ética médica clásica (calificada como paternalista) hasta la ética médica actual, que pone gran énfasis en la autonomía del paciente. Ello nos da las herramientas para comprender la configuración actual de la relación ético-jurídica entre el médico y el paciente, que constituye el contexto en el que surge la doctrina jurídica del *informed consent*. En el segundo

capítulo abordamos la génesis concreta de la doctrina jurídica del *informed consent* que tiene lugar en los tribunales norteamericanos, evidenciando la creciente preocupación de los jueces por la delimitación de la información debida al paciente. El tercer capítulo expone la regulación jurídico-positiva del consentimiento informado en España, con especial atención en el deber legal del médico de informar al paciente acerca de su situación sanitaria previamente, para la configuración de un consentimiento válido.

La segunda parte aborda la problemática en torno a la consideración del aborto como acto médico y su regulación jurídica en España: ¿es el aborto un acto médico? Según el Derecho positivo vigente, la respuesta parece evidente pero no profunda ni precisa porque aún le queda por determinar ¿Cuál es su naturaleza jurídico-positiva? ¿Qué normas se le deben aplicar? En la medida que pretendamos una reflexión aguda sobre el tema, la cuestión se complica.

El primer capítulo delimita los conceptos clave que facilitan la comprensión, no solo del contenido sino también de la complejidad de los temas siguientes (*salud, enfermedad, prestación sanitaria, acto médico y aborto*). En el segundo capítulo se aborda la problemática en torno a la consideración del aborto como acto médico, cuya reflexión implica incorporar un apartado sobre el estatuto del embrión –directamente implicado en este hecho– desde el punto de vista biológico, ontológico y de la ética del Derecho. Con ello, también pretendemos actualizar la antigua pero vigente discusión acerca del reconocimiento del embrión-feto como ser humano-persona y la protección que le es debida. El tercer capítulo analiza la naturaleza jurídico-positiva del aborto en España, a la luz de la normativa vigente y la jurisprudencia. Luego de efectuar un recorrido histórico por la legislación, que termina en el sistema mixto de la LOIVE, presentamos algunas reflexiones que –sin ánimo de justificar tal incorporación– pretenden explicar la complejidad que subyace en la toma de decisiones sobre cuestiones de política sanitaria española. Para concluir, adentrándonos en el análisis del aborto como objeto del contrato de servicios médicos, se fundamenta la naturaleza jurídica de esta práctica como obligación de resultado y su pertenencia a la "medicina satisfactiva o voluntaria".

Finalmente, la tercera parte tiene por finalidad evidenciar las inconsistencias que surgen a partir del análisis de la regulación vigente del deber de información previa al consentimiento –establecido en la LOIVE y su norma de desarrollo– a la luz de la LBRAP y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el deber de información previa en materia sanitaria, los principios enunciados por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 53/1985 y la regulación jurídica norteamericana al respecto.

Con esta finalidad hemos definido tres capítulos: el primero determina los elementos esenciales que caracterizan el deber de información previa al consentimiento en materia de aborto en la jurisprudencia norteamericana. En el segundo capítulo abordamos los aspectos básicos que configuran el deber de información previa al consentimiento, según el ordenamiento jurídico español. Como corolario de la investigación, el tercer capítulo analiza el art. 17 LOIVE y los artículos 4 al 8 del Real Decreto 825/2010 que regulan la información previa al consentimiento en el aborto a partir de lo estudiado anteriormente para evidenciar las inconsistencias e insuficiencias de la regulación vigente, lo cual, sin duda, sienta las bases para una eventual reforma y, si no impedir el aborto, por lo menos abrir nuevas vías de protección jurídica de la vida humana prenatal. Finalmente, a modo de consecuencia práctica, se hace una referencia breve a las posibles consecuencias civiles que acarrea para el médico la inobservancia de esta obligación y la posible aplicación de la normativa sobre consumidores a la actividad médico-sanitaria en estos supuestos.

ABREVIATURAS

AHA	American Hospital Association
AMA	American Medical Association
AMM	Asociación Médica Mundial
AUL	Americans United for Life
AV	Aspiración al vacío (procedimiento abortivo)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
JCHA	Comisión Conjunta de Acreditación Hospitalaria
CE	Constitución Española de 1978
CGCOM	Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos
CI	Consentimiento informado
CIOMS	Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas
CP	Código Penal
D&C	Dilatación y Curetaje (procedimiento abortivo)
D&E	Dilatación y Evacuación (procedimiento abortivo)
D&X	Dilatación y Extracción (procedimiento abortivo)
FJ	Fundamento jurídico
INSALUD	Instituto Nacional de Salud
IVE	Interrupción voluntaria del embarazo
LB RAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LCCSNS	Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGSP	Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública
LOIVE	Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

LOPS	Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común
NWRO	National Welfare Rights Organization
OMCE	Organización Médica Colegial Española
OMS	Organización Mundial de la Salud
RAE	Real Academia Española
RDCECSC	Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, que determina y clasifica las especialidades en Ciencias de la Salud
RDCSCSNS	Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.
RMP	Relación entre el médico y el paciente
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPII	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
SNS	Sistema Nacional de Salud
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRAP	Targeted Regulation of Abortion Providers
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
UEMS	Unión Europea de Médicos Especialistas
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
WHPA	Women's Health Protection Act
WRTKA	Women's Right To Know Act

PRIMERA PARTE

GÉNESIS DEL *INFORMED CONSENT* Y SU REGULACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA

En una relación jurídica entre dos personas surgen derechos y obligaciones para las partes que varían dependiendo de la naturaleza jurídica de la relación. En el ámbito sanitario español, uno de los más importante es la obtención del consentimiento informado, regulado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Esta figura jurídica pretende asegurar que el consentimiento prestado por el paciente o usuario de los servicios sanitarios haya sido otorgado después de haber recibido toda la información pertinente para adoptar una decisión libre, deliberada y consciente acerca de su salud. Su importancia se acrecienta a medida que el Derecho va entrando a regular algunos aspectos de los dilemas éticos más clásicos, como pueden ser el aborto, la eutanasia, la experimentación con embriones, la investigación en seres humanos, entre otros.

En este orden de ideas, la primera parte de la investigación tiene como objetivo contextualizar histórica y jurídicamente la figura del *informed consent* para lograr una mejor comprensión de su naturaleza y origen, profundizando en el rol que desempeña el contenido de la información en su génesis y desarrollo, tanto en el ámbito norteamericano como en España.

Hemos dividido este apartado en tres capítulos: el primero nos permite apreciar el desarrollo histórico de la relación médico-paciente que, en líneas generales, va desde la ética médica clásica (calificada como paternalista) hasta la ética médica actual, que pone gran énfasis en la autonomía del paciente. Lo anterior da cuenta de los fundamentos y la configuración actual de la relación ético-jurídica entre el médico y el paciente o usuario de los servicios sanitarios, que constituye el contexto en el que surge la doctrina jurídica del *informed consent*.

En el segundo capítulo abordamos la génesis concreta de la doctrina jurídica del *informed consent* que tiene lugar en los tribunales norteamericanos, evidenciando la creciente preocupación de los jueces por la delimitación de la información debida al paciente.

Finalmente, el último capítulo tiene como objetivo establecer la regulación jurídico-positiva del consentimiento informado en España, con especial atención en el deber legal del médico de informar al paciente acerca de su situación sanitaria antes de la intervención respectiva, para la configuración de un consentimiento válido.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL MÉDICO Y EL PACIENTE

La relación médico-paciente es el contexto natural en el que nace y se desenvuelve la figura del consentimiento informado y la ética médica, la familia a la que pertenece⁸. Para conocer con más detalle el contexto histórico-cultural que da origen a la doctrina jurídica del *informed consent* y su versión continental, el consentimiento informado, realizaremos un recorrido histórico por su configuración desde la ética médica "clásica" (paternalismo médico) hasta el auge de la autonomía del paciente.

1. ANTECEDENTES: DEL PALEOLÍTICO HASTA EL SIGLO IV A.C.

En la medicina anterior al siglo V a.C., según Lázaro y Gracia⁹, el origen remoto del profesional sanitario lo encontramos en la figura del "médico-sacerdote" existente en diferentes sociedades humanas prehelénicas. Aquí, el médico era

⁸ Cfr. PERNICK, Martin. The patient's role in medical decision-making: A social history of informed consent in medical therapy. En: PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *Making health care decisions: The ethical and legal implications of informed consent in the patient-practitioner relationship*. Vol. 3. Appendices, studies on the foundations of informed consent. Washington: U.S. Government Printing Office, 1982. p. 3.

⁹ Cfr. LÁZARO, José y GRACIA, Diego. Presentación: La nueva relación clínica. En: LAÍN ENTRALGO, Pedro. *El médico y el enfermo*. 2ª ed. Madrid: Triacastela, 2003. pp. 9-36.

confundido, unas veces con la figura del chamán o sacerdote y otras con la de gobernante y/o juez. Era un personaje privilegiado, venerado, con poder y sin responsabilidad "jurídica" sobre sus acciones.

Frente a esta figura, surge desde aquella época el llamado "médico-artesano", de formación eminentemente empírica, practicante de maniobras curativas elementales en los niveles inferiores de la sociedad. Curaba heridas o recetaba hierbas y mantenía el *status* social similar a la de un carpintero o un herrero.¹⁰

En este contexto, hasta antes de la constitución de la medicina como técnica (Siglos IV-V a.C.), la relación entre el "médico" y el enfermo tenía su fundamento en tres puntos cardinales¹¹:

- i. **La ayuda espontánea:** Es el tipo de asistencia que se presta al enfermo siguiendo el "instinto de auxilio" inherente al alma humana (en condiciones normales) sin recurrir a usos tradicionales ni a ritos mágicos. Es el caso de la madre que, de manera instintiva, abraza a su hijo resfriado para protegerlo de la fuerza del viento.

Laín Entralgo apunta que, al ver a un enfermo, surge en el hombre una actitud ambivalente: por un lado, este movimiento de ayuda y, por otro, una tendencia no menos natural hacia el abandono del enfermo. La enfermedad nos llama y nos repele. Esto significa que el "instinto de auxilio" sólo puede prevalecer en nosotros merced a un "acto de decisión", que nos permite reprimir la tendencia al abandono. A pesar de su carácter rudimentario, la ayuda espontánea es el fundamento último y germen de la relación médica.

¹⁰ Cfr. LÁZARO, José y GRACIA, Diego, *op. cit.*, pp. 9-36.

¹¹ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación médico-enfermo: Historia y teoría*. Madrid: Alianza Editorial, 1983. pp. 31 y ss.

- ii. **La curación mágica:** Es una invención humana "terapéutica" relativamente tardía, que, a manera de superstición, subsiste hasta nuestros días. Se compone de tres elementos, una realidad modificable (el enfermo), unos poderes capaces de modificarla (poderes misteriosos, sobrenaturales, ilimitados) y un recurso que logra aplicar este poder sobre aquella realidad. Este recurso obedece a un ¿quién? (brujo, hechicero o chamán), ¿cómo? (conjuro o ensalmo) y un ¿dónde? (lugar geográfico).

Esta relación no puede ser personal, pues el hechicero no es propietario de los poderes que administra, no cuenta con ellos. Tampoco es amistosa sino que el hechicero invita al enfermo a un sentimiento ambivalente de veneración y aversión, por poseer la virtud de manejar un poder ajeno a él, ilimitado e incalculable.

- iii. **Tratamiento empírico:** Es una forma no técnica de ayuda al enfermo que consiste en repetir sin reflexión causal, una práctica curativa descubierta por azar, que en ocasiones similares fue útil. En las culturas primitivas era habitual asociar la magia al empirismo terapéutico. También es frecuente la existencia de empíricos "puros" entre los curanderos de las sociedades semi-civilizadas: el pastor que sabe entablillar una pierna fracturada o el herbolario que conoce las propiedades terapéuticas de algunas hierbas.

Paulatinamente, el saber médico se va separando de estas figuras, dejando de utilizar las fuerzas sobrenaturales o la actividad meramente empírica como fundamento de su actuación curativa, sustituyéndolo por una teoría natural de la salud y la enfermedad que aplicará en su práctica.

2. PATERNALISMO MÉDICO

El paternalismo es un concepto que ha pretendido ser definido desde principios de los años sesenta, sin obtener resultados concluyentes. Todas las propuestas tienen como común denominador la "analogía paternalista", es decir, la

semejanza con la relación filial del buen padre de familia con sus hijos, que se caracteriza por su finalidad benevolente.¹²

Durante siglos esta ha sido la relación ética ideal que, trasladada analógicamente a la relación entre el médico y el enfermo, justifica que aquel, conocedor de la ciencia y experiencia, decida –incluso coactivamente– la mejor solución para los problemas que aquejaban al enfermo sin prestar, en muchas ocasiones, atención a la voluntad de éste.

En efecto, en el paternalismo médico se presupone que el médico consigue que el paciente haga de otro modo lo que no haría, entendiendo "hacer" en un sentido amplio que incluye actuar, no actuar, pensar o sentir; en caso de conflicto de intereses, se asegura que prevalezca la opinión médica y se abre la posibilidad de responsabilizar al médico por lo que el paciente ha hecho y sus consecuencias.¹³

Gracia¹⁴ define el paternalismo médico como el deber de rechazar o no consentir los deseos, opciones y acciones de los enfermos que gozan de información suficiente y de capacidad o competencia adecuada, por el propio beneficio del paciente. Según esto, es claro que las intervenciones paternalistas pueden estar justificadas en algunas circunstancias, por ejemplo, en situaciones de urgencia en un hospital. Sin embargo, esta actuación que vulnera abiertamente el ejercicio de la autonomía de un paciente competente puede conllevar la violación del respeto

¹² Cfr. ALEMANY GARCÍA, Macario. Las estrategias de la benevolencia (Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética). *Doxa*. 2003, núm. 26. pp. 769-795; *id.* El concepto y la justificación del paternalismo. *Doxa*. 2005, núm. 28. pp. 265-303; *id.* El paternalismo médico. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coords.). *Derecho sanitario y bioética: Cuestiones actuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 745 y ss.; HUSAK, Douglas. Paternalism and consent. En: MILLER, Franklin; WERTHEIMER, Alan (eds.). *The ethics of consent: Theory and practice*. New York: Oxford University Press, 2010. pp. 107 y ss.; DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. pp. 121 y ss.; BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of biomedical ethics*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 209 y ss.; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa*. 1988, núm. 5. pp. 203-214.

¹³ Cfr. ALEMANY GARCÍA, Macario. El paternalismo..., *op. cit.*, pp. 751-752.

¹⁴ Cfr. GRACIA, Diego. *Fundamentos de bioética*. Madrid: Triacastela, 2007. pp. 100 y ss.

por las personas y un grave problema moral.¹⁵ En otras palabras, dado que el paternalismo implica una mezcla de beneficencia (en el sentido de buscar el bien del paciente) y poder (capacidad de decisión el lugar del otro), su obrar puede resultar correcto o incorrecto dependiendo del sentido que se dé y el modo como se ponderen diferentes principios morales, especialmente los de beneficencia y respeto por las personas.

En este sentido, es posible distinguir, entre un "paternalismo genuino", un "paternalismo solicitado" y un "paternalismo no solicitado". En el primer caso, por ejemplo, a semejanza de la actuación de los padres en beneficio de sus hijos menores, los médicos y las enfermeras tienen pacientes inconscientes, con problemas psíquicos importantes o en los que la autonomía está disminuida de manera considerable. En el segundo supuesto, el paciente da su consentimiento al personal sanitario de forma explícita o implícita, confiando en ellos. En el tercer caso, dicho personal actúa en beneficio del paciente pero sin contar con él, debiendo rechazarse esta forma de actuación, aunque, en algunos supuestos, la delimitación entre el segundo y tercer supuesto sea de difícil determinación. Todos estos supuestos tienen su origen, principalmente, en la ética hipocrática que desarrollaremos a continuación. Como será fácil deducir, en el paternalismo médico de la época hipocrática no existía un deber de información del médico como lo conocemos actualmente, sino que éste se encontraba sometido al cumplimiento de su finalidad benevolente.¹⁶

¹⁵ Cfr. FERRER, Jorge; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea: Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*. Bilbao: Descleé de Brouwer y Universidad Pontificia de Comillas, 2003. p. 140.

¹⁶ ALEMANY le otorga dos posibles contenidos a esta finalidad benevolente: por un lado, este "poder benevolente" puede consistir en evitar daños al enfermo o, de manera más específica, conseguir que este se comporte de manera que se evite daños de tipo físico, psíquico o económico. Por otro, este poder del médico puede buscar "beneficiar" al enfermo, promoviendo intereses relacionados con el bienestar - más allá de la satisfacción de las necesidades básicas de salud - que el propio paciente no reconoce como tales. Cfr. ALEMANY GARCÍA, Macario. El concepto..., *op. cit.*, pp. 270-271; *id.* El paternalismo..., *op. cit.*, pp. 751-752.

2.1. GRECIA CLÁSICA: LA ÉTICA HIPOCRÁTICA

Los siglos VI y V a.C. constituyen un periodo singularmente decisivo para la Medicina: en las colonias griegas de Jonia y Sicilia y después en Atenas, se configura ésta como un saber técnico (*tékhnê iatriké*) fundado sobre el conocimiento científico comprobable de la naturaleza. En efecto, la ciencia médica griega, estrechamente vinculada a la religiosidad y la filosofía¹⁷, encuentra su fundamento en un orden universal que le permite, mediante la observación y la experimentación racional, conocer los fenómenos naturales relacionados con la enfermedad y los remedios.¹⁸

A finales del siglo IV a.C. las principales escuelas médicas eran las de Crotona (a la que pertenecen Demócenes y Alcmeón, quien fue autor del primer libro médico griego del que se tiene noticia), Agrigento (que tuvo como representante a Empédocles, que por sus escritos se deduce fue filósofo natural, práctico de la medicina y "purificador" mágico-religioso)¹⁹, Cnido, Cos, Cirene y Rodas. Las dos primeras consta que tuvieron relación con los presocráticos; en cuanto a Cirene (que se considera relacionada también con los presocráticos) y Rodas, no se han encontrado muchas evidencias históricas sobre sus principales gestores. En

¹⁷ LAÍN ENTRALGO sostiene que la ética de los médicos hipocráticos no tiene su fundamento en una concepción "desacralizada" de la *Physis* sino que fue formalmente religiosa. Precisa que "la interpretación positivista de la cultura griega se ha complacido presentando la medicina hipocrática como una suerte de 'secularización' científica de la medicina religiosa anterior a Hipócrates. No puedo compartir este juicio. La hazaña de los fundadores de la *tékhnê iatriké* tuvo como último fundamento, es cierto, un cambio en la actitud religiosa del hombre griego; pero este cambio [...] no fue tanto una 'secularización' como una 'reforma': junto a la vieja religiosidad cultual [relativa al culto], apreció en determinados círculos una religiosidad ilustrada, cuyo nervio más íntimo consistió en subrayar intelectualmente el carácter divino de la *physis*. Lo divino es para estos hombres la *physis*, la naturaleza universal, principal, materna; Zeus o Poseidón no serían sino figuraciones populares de esa radical y unitaria unidad. El naturalismo, nota fundamental de la cultura griega hácese así doctrina religioso-filosófica". Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., 1983. p. 96.

¹⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Historia, teoría y método de la medicina: Introducción al pensamiento médico*. Barcelona: Masson, 2003. pp. 110-111.

¹⁹ La doctrina de EMPÉDOCLES sobre los "cuatro elementos" (aire, agua, fuego y tierra) tuvo gran influencia en la medicina posterior a su época. Cfr. LÓPEZ PIÑERO, José María. *La medicina en la historia*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2002. p. 69.

cambio, los asclepiadas²⁰ de Cnido (pequeña península de la costa jónica, destacan Eurifonte, Ctesias y Polícrito de Mende) y Cos (Isla del mar Egeo frente a Cnido, cercana al suroeste de la actual Turquía, a la que pertenece Hipócrates)²¹ escribieron gran parte de los textos que integran el *Corpus Hippocraticum*.²²

El *Corpus Hippocraticum* es un conjunto de cincuenta y tres libros, elaborados a lo largo de varios siglos, que comenzaron a ser reunidos en Alejandría y son una auténtica recolección del saber médico.²³ A lo largo de la historia, varios médicos, entre ellos Galeno (131-200/203 d.C., quien recoge también la lección filosófica de Platón, Aristóteles y los estoicos), basaron sus composiciones en el *Corpus*, de manera que éste ejerció una gran influencia en el desarrollo de la Medicina, hasta el siglo XIX inclusive. En este siglo, se iniciaron las investigaciones serias que permitieron fechar e identificar a sus autores, basando sus conclusiones en los escritos de Galeno, Platón, Aristóteles y otros autores de la Antigüedad, además de contrastar su contenido con la doctrina científica o filosófica, el estilo, el lenguaje y gramática de los textos.²⁴

²⁰ Asclepiada es un apelativo que se aplicó en general durante el siglo V a.C. a diversas familias y grupos profesionales íntimamente relacionados con la práctica de la medicina y que pretendían, de algún modo, hacer remontar hasta Asclepio –hijo de Apolo considerado como mítico fundador de la medicina– sus facultades curativas. Cfr. LÓPEZ FEREZ, Juan Antonio. Hipócrates y los escritos hipocráticos: Origen de la medicina científica. *Epos*. 1986, núm. 08. p. 159.

²¹ Hipócrates, nacido hacia el 460 a.C. en la isla de Cos, médico itinerante y famoso, conocedor de la filosofía griega clásica, se le atribuye la condición de Padre de la Medicina. Es considerado por Platón y Aristóteles como el arquetipo de gran médico. Cfr. DAGNINO SEPÚLVEDA, Jorge. El dolor en tiempos de Hipócrates: Una ventana a través del pronóstico. *Ars Medica*. 2000, núm. 3. pp. 25-41.

²² Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Historia de la medicina*. Barcelona: Ediciones Científicas y Técnicas, 1994. pp. 59-63; LÓPEZ PIÑERO, José María. *La medicina en la historia*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2002. pp. 67-70.

²³ Seis siglos es el tiempo aproximado que tardó la elaboración de cada uno de los tratados que integran este Corpus contados a partir de la segunda mitad del siglo V a.C.; sin embargo, la mayoría de ellos, los de mayor importancia e influencia proceden de los siglos V y IV a. C. Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Historia de...*, *op. cit.*, pp. 60-61.

²⁴ Por ejemplo, para JONES y LAÍN ENTRALGO, Pronóstico, Régimen en Enfermedades Agudas, y Epidemias I y II, muestran características que pueden llevar a la certeza que fueron escritas por el mismo hombre en un momento antes que la edad de oro helénica hubiese pasado. Estos tratados, además de Naturaleza del hombre, Aire, agua y lugares, y Aforismos, entre otros, han sido atribuidos a la escuela de Cos. En cambio, Enfermedades II, Enfermedades Internas y los tratados ginecológicos, a la escuela de Cnidos. Cfr. DAGNINO SEPÚLVEDA, Jorge, *op. cit.*, *loc. cit.*

Ahora bien, teniendo en consideración que el *Corpus Hippocraticum* cuenta con una amplia temática²⁵, es difícil afirmar que, en conjunto, exista una deontología médica hipocrática propiamente dicha. Edelstein, entre otros citados por Laín, ha demostrado que ni siquiera el más central de los documentos de la ética hipocrática, el *Juramento*, fue aceptado como dogma de conducta por todos los médicos griegos.²⁶

No obstante ello, es posible sostener que todos los autores de esos escritos coinciden en ser griegos antiguos, la mayor parte de ellos jonios de los siglos V y IV a.C.; médicos para los que la medicina ha dejado de ser una práctica puramente empírica o mágica y se ha constituido en *tékhnê iatriké*; de uno o de otro modo, todos esos autores tratan de fundar el saber médico sobre la *physiología*; y tienen como fundamento último de la relación con el enfermo la "amistad médica".²⁷

A) PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA MEDICINA HIPOCRÁTICA

Para alcanzar una mayor comprensión de la configuración ética de la relación entre el médico y el enfermo que surge en esta época "técnica" de la medicina, vamos a desarrollar brevemente los fundamentos o presupuestos teóricos que sirven de sustento a la actuación del médico hipocrático, es decir, la forma cómo éste concibe la medicina y, por tanto, su relación con el enfermo.

²⁵ Uno de sus autores fue Hipócrates –nacido hacia el 460 a.C. en la isla de Cos– conocedor de la filosofía griega clásica, a quien se le atribuye la condición de Padre de la Medicina. Poco se sabe con certeza acerca de su vida y obra; de existencia segura pues aparece citado un par de veces como médico contemporáneo conocido por Platón. La hipótesis más verosímil sobre su vida nos dice que fue un maestro y médico notable; dos siglos después de su muerte, los alejandrinos se interesaron por la medicina antigua y fueron atribuyendo a Hipócrates y otros diversos escritos sobre medicina, acrecentando su fama. Posteriormente, en la época romana, los comentarios de Galeno refuerzan la fama del médico, consolidándose en 1839 con Littré y su obra "Las obras completas de Hipócrates". Estudios posteriores de historiografía, filología y arqueología han revelado que tales obras no podían ser de una persona, una misma época y un mismo lugar. Cfr. BABINI, José. *Historia de la medicina*. Barcelona: Gedisa, 2000. pp. 29 y ss.

²⁶ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., p. 97.

²⁷ *Ibid.*

Durante los siglos VI y V a.C. los griegos inventaron la *medicina técnica*, pilar de la medicina hipocrática, que está fundamentada, según Laín Entralgo, por cuatro nociones básicas que describiremos a grandes rasgos²⁸:

- i. **Idea de la *physis*.** Las propiedades o virtudes de las cosas dependen de un principio que es intrínseco a las cosas mismas, su *Physis* o naturaleza. Existe una *naturaleza universal* o común a todos y que, las naturalezas (*physeis*) particulares (caballo, roble, mineral, hombre) son solo configuraciones diversas de este mismo principio. Se trata, pues, de una realidad unitaria, armoniosa, principal, ingenerada, fecunda, soberana y divina.
- ii. **Cognoscibilidad de la *physis*.** Dado que es soberana y divina, la *physis* es en alguna medida razonable. Existe, pues, una secreta "razón" (*lógos*) inscrita en el seno mismo de la *physis*. Esto hace posible su cognoscibilidad por la razón humana y, por tanto, el principio de la *physiología* o saber racional, científico de la naturaleza. Esta ciencia, que tiene su fuente en la observación, la experimentación y el raciocinio, no alcanza a conocer la plenitud de la divina *Physis* pero sí da la posibilidad de conocer las constituciones y regularidades de ésta.
- iii. **Idea de la *Tékhnê*.** Dado que la *Physis* es en cierta medida cognoscible, el hombre será capaz, también en cierta medida, de ayudar o gobernar sus movimientos y operaciones. La *Tékhnê* se constituye, pues, como esa capacidad del hombre de ayudar a la naturaleza en la ejecución de sus movimientos, perfeccionarla o suplirla. Esta acción "técnica", en el caso del actuar médico (*tékhnê iatriké* o *ars medica*), requerirá de un conocimiento previo científico de la naturaleza de las realidades sobre las que va a actuar: cuerpos enfermos y remedios terapéuticos. Con ello, el médico no busca ayudar al enfermo en función de la magia o los

²⁸ *Ibid.*, pp. 39-42.

tratamientos empíricos, sino que se guiará por la realidad comprobable del "qué" de las cosas –lo que son por naturaleza– y del "por qué" de las acciones.

- iv. **Idea de un doble modo en la necesidad de la naturaleza *Tékhnhê*.** Para que el *lógos* humano (*physio-logía*) pueda conocer el *lógos* de la divina *Physis*, sus movimientos deben estar sometidos a cierta necesidad (el sol sale "necesariamente" por el mismo lugar, las piedras caen "necesariamente" hacia abajo). Los griegos distinguen *grosso modo* dos tipos de necesidad: la que se da porque sucede un hecho que las desencadena (la ingesta de un alimento ocasiona necesariamente una enfermedad) y las que se dan inexorablemente (la salida del sol por el oriente). Al primer caso se le llamo *tykhê*, azar o fortuna y, al segundo, *anánkê* o necesidad, propiamente dicha. La *physiología* consistirá en saber, en la medida de lo cognoscible por la razón humana, lo que sucede por azar y lo que pasa por necesidad.

Sobre el fundamento de esta sobria religiosidad "fisiológica" y de estas nociones filosóficas se construye el *Corpus Hipocraticum* (siglo V a.C.), que, a su vez, determina y orienta la ética profesional del médico: deja de ser curandero, hechicero o mago y se eleva a la condición de "técnico de la medicina".

B) CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

La vinculación que se establece entre el médico y el paciente implica una relación interpersonal determinada por dos elementos peculiares: la situación vital del paciente (persona necesitada de ayuda a causa de su enfermedad) y la capacidad atribuida al médico (persona dispuesta a prestar la ayuda esperada). En términos

de Laín Entralgo²⁹, se trata de un "encuentro" entre una persona-enferma y otra persona-médico.

Este suceso puede llevarse a cabo de diversas formas: una visita domiciliaria, una intervención quirúrgica, asistencia al comatoso, entre otras, y en todas ellas es posible distinguir rasgos comunes que configuran este encuentro entre el médico y el enfermo aunque revistan formas variadas.

Laín Entralgo ha distinguido cinco momentos en la estructura de la relación médica que, no son preclusivos ni consecutivos, sino que se integran entre sí e, incluso, pueden darse paralelamente³⁰:

- i. El momento afectivo, que origina la amistad o *philía* médica y constituye el fundamento último de la relación ética entre el médico y el paciente.
- ii. El momento cognoscitivo, formado por el tiempo y forma de conocer el diagnóstico.
- iii. El momento operativo, que da origen al tratamiento terapéutico.
- iv. El momento ético-religioso, relacionado con el cumplimiento de las normas morales en la interacción entre el médico y el enfermo.
- v. El momento histórico-social, se refiere a las motivaciones situacionales, políticas y económico-sociales, que condicionan el modo de desarrollarse de las anteriores facetas.

²⁹ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica para clínicos*. Barcelona: Salvat, 1985. pp. 344 y ss.

³⁰ Para mayor información, cfr. *ibid.*, pp. 363-454. LAÍN en sus libros previos (por ejemplo, cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, *op. cit.*, pp. 350-489) distinguía solo cuatro momentos y apuntaba la necesidad de encuadrarlos en un contexto social e histórico. Con relación al cuarto momento, antes utilizaba la denominación *momento ético-religioso* y luego empleó la expresión *momento ético* (a partir de 1985). Nosotros las emplearemos indistintamente como sinónimos. Según Gracia Guillén, los motivos de este cambio obedecen a una etapa de madurez intelectual por la que atraviesa Laín, luego de la asimilación progresiva de la filosofía de Xavier Zubiri. Cfr. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Voluntad de comprensión: La aventura intelectual de Pedro Laín Entralgo*. Madrid: Triacastela, 2010. pp. 467-469.

De estos momentos, nos centraremos en dos: el momento afectivo, que fundamenta la relación médica y el momento ético-religioso, que establece las pautas para la interacción entre el médico y el paciente.

B.1) Fundamento de la relación: La *philía* médica

Según Laín Entralgo³¹, del acto terapéutico –donde se relacionan dos personas– se desprenden dos movimientos complementarios: el que va del enfermo hacia el médico y, a la inversa, del médico hacia el enfermo. Ambos son cualitativamente distintos entre sí, pero los griegos tuvieron el acierto de designarlo bajo el concepto genérico de *philía* (amistad): "El enfermo es amigo del médico a causa de su enfermedad" (Platón). Así, antes que ayuda técnica o actividad diagnóstica y terapéutica, la relación entre el médico y paciente es *amistad*.

La *philía*, para Platón, implica tres elementos: una radical familiaridad o parentesco natural (*tó physei oikeion*) entre el amigo y el amigo; un movimiento del alma hacia la perfección del otro, y junto a él, de uno mismo; y el retorno de ambos a la única e íntegra naturaleza originaria (*Physis*). Por tanto, el fin de la amistad es la perfección de la naturaleza humana, individualizada en la perfección de cada uno de los amigos. Aristóteles comparte esta misma noción de amistad como procura del bien del amigo para lograr la perfección de la *Physis*. Conviene advertir, con Laín Entralgo, que para estos autores la amistad se funda sobre *lo que* el amigo es; no ven el ser personal (el *quién*). La realidad de la persona es considerada desde una ontología del ser natural (*lo que* en ella la hace ser como es), no del ser personal (*quién* es ella *per se*).

Para el pensamiento griego –gruesamente expuesto– la *philía* y la *philanthrôpía* (término creado por los estoicos que significa *amor al hombre*) fueron siempre

³¹ En este apartado, hemos seguido el pensamiento de LAÍN ENTRALGO expuesto en sus obras: LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., pp. 42 y ss.; id. *Ciencia, técnica y medicina*. Madrid: Alianza Editorial, 1986. pp. 218 y ss.

physiophilía, amor a la naturaleza universal, en cuanto individualizada o concretizada como naturaleza humana.

En el caso de la relación entre el médico y el enfermo, esta se fundamenta en la recta articulación de la *philanthrôpía* y de la *philotekhnía* o amor al arte (*tékhnê*)³² *in genere* y al arte de curar (*tékhnê iatriké*)³³ *in specie*³⁴. Como "antropófilo", el asclepiáda hipocrático era amigo del enfermo por el hecho de ser *ánthrôpos* (hombre); y en último extremo por ser él, en cuanto médico griego, servidor y amigo de la *Phýsis*, por ser "fisiófilo".

Ahora bien, cabe resaltar que lo propio del médico hipocrático no fue su condición de "antropófilo", sino la conversión de la *philanthrôpía* en *philotekhnía* "amor al arte": es decir, un amor a sus saberes técnicos, en cuanto que éstos le permitían imitar y ayudar a la naturaleza del enfermo en su espontáneo movimiento hacia la salud, esto es, hacia la perfección de la naturaleza humana y de la naturaleza universal del cosmos, en la concreta realidad del individuo tratado.

³² El significado por los griegos de los vocablos *tékhnê* –*ars* para los romanos– difiere del uso sublime que se le da en la actualidad. Para nosotros, el arte es un quehacer muy determinado, una manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros (RAE) o la obra obtenida mediante tal quehacer. Para los griegos, *tékhnê* significa un peculiar modo de hacer, un saber hacer conociendo el qué y por qué y, por eso, el arte de curar a un enfermo, preparar un medicamento, conducir una nave o gobernar una ciudad puedan ser *tékhnai*. *Ibid.*

³³ Llamada *ars medica* por los romanos, definiremos la *tékhnê iatriké* o medicina como "un hábito poético de imitar a la naturaleza en su tendencia a la curación, acompañado de razón verdadera; esto es, apoyado sobre un suficiente saber 'fisiológico' acerca de la salud y la enfermedad. En cuanto acto innovadoramente poético, 'productivo', la medicina ayuda de manera eficaz a la naturaleza, y el médico puede lograr la curación de enfermos que, abandonados a sí mismos, nunca sanarían; en cuanto hábito imitativamente poético, la medicina es fiel a la naturaleza y la curación 'según arte' que el médico logra, no difiere en nada de las curaciones más puramente 'naturales'". LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.; *id.* *Ciencia, técnica...*, *op. cit.*, p. 55.

³⁴ Según expone Laín Entralgo, sobre la base de Aristóteles, entendemos que la *tékhnê* es un saber hacer según el qué y el por qué, que en el campo de la medicina –la *tékhnê iatriké*– se traduce como el hábito poético de imitar a la naturaleza en su tendencia hacia la curación, apoyado sobre un suficiente saber "fisiológico" acerca de la salud y la enfermedad. Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Ciencia, técnica...*, *op. cit.*, pp. 223 y ss.

En definitiva, en la línea de los *Praecepta* hipocráticos,

hay *philotekhnía*, amor al arte, donde hay *philanthrôpía*, amor al hombre. La amistad del médico hipocrático con el enfermo, resultado de su *philanthrôpía* y su *philotekhnía*, fue en definitiva, un amor a la perfección de la naturaleza humana, en cuanto individualizada en el cuerpo viviente del paciente: amor gozosamente venerativo cuando tenía como objeto lo que en la naturaleza es bello (la salud, la armonía) o conduce a la belleza (la natural fuerza sanadora del organismo); amor resignadamente venerativo frente a las oscuras y terribles forzosidades con que la naturaleza impone que ciertos modos de enfermedades sean mortales y otros incurables.³⁵

Por eso, si la *Phýsis* se opone a los esfuerzos de la *tékhnê*, todo es en vano; en otras palabras, donde la naturaleza del enfermo no se muestra sanable porque posee una enfermedad forzosa, ya no cabe *philotekhnía*, amor al arte. Regido por sus creencias acerca de la divinidad de la *Phýsis*, el hombre y el arte, el médico hipocrático entendía como deber el abstenerse de tratar a los enfermos que consideraba incurables y desahuciados por inexorable mandato de la divina Naturaleza (*nósos kat'anánkên*) y atender sólo a los que padecían una enfermedad azarosa o por infortunio (*nósos kat'atykhían*).

Así expuesto, el médico hipocrático destacará principalmente por su "amor al arte" en un sentido pleno, es decir, por su entrega a lograr la perfección de la naturaleza a través del diagnóstico y curación de los "daños" ocasionados por la enfermedad, teniendo en cuenta que, la misma naturaleza permite "desperfectos" en el hombre que son *per se* incurables, lo cual también debe ser respetado por el médico como parte de la naturaleza:

Allá donde la naturaleza del enfermo no se muestra sanable ya no cabe "amor al arte". Debe haber sí amor a la naturaleza porque la validez de este precepto es absoluta, pero la *phýsiophilía* ha de ser entonces expresada aceptando resignada y venerativamente, sin la

³⁵ *Ibid.*, pp. 225-226.

menor intervención técnica, el duro e inexorable mandato que la naturaleza impone.³⁶

En líneas generales, podemos advertir la relación de necesidad entre el "amor al hombre" y el "amor al arte" en el mundo clásico: El "amor al hombre" se convierte en amor al arte aplicado (Medicina) que busca, racionalmente, curar al enfermo, para devolverle o conducirlo, en la medida de lo posible, a un estado de perfección de su naturaleza. Pero esta amistad se acaba cuando la enfermedad padecida es forzosa o necesaria, es decir, impuesta por la naturaleza. Es necesario tener en cuenta estos fundamentos para comprender rectamente la moral médica del asclepiada hipocrático.

B.2) Carácter ético de la relación: El Juramento hipocrático

En cuanto acto humano, la relación entre el médico y el enfermo es constitutivamente ética lo que no implica que exista una forma única de desenvolverse. Aun cuando sea posible establecer una "ética médica natural", válida para todos, no deja de existir una esfera de esta relación ética que va cambiando a lo largo de la historia y que depende del conjunto de normas éticas y morales (religiosas) de cada individuo en un contexto histórico-social determinado.³⁷

Según Laín Entralgo, la ética de los médicos hipocráticos se apoyaba casi expresamente en una religiosidad determinada, que aparece como una suerte de compromiso que nace de la unión entre la "piedad cultural" tradicional y la nueva "piedad fisiológica" (culto a la naturaleza) y se expresa, abiertamente, tanto en el inicio del Juramento Hipocrático ("Juro por Apolo médico, Asclepio..."), como en otros escritos que forman parte del *Corpus Hipocraticum* ("Sobre la enfermedad sagrada", "Sobre los aires, las aguas y los lugares", "Sobre la Dieta",

³⁶ *Ibid.*, p. 226.

³⁷ En este apartado seguimos la exposición de LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

entre otros).³⁸ Lo divino (*tó theion*) para ellos era la *Phýsis*, la naturaleza universal, donde Zeus³⁹, Poseidón⁴⁰, Deméter⁴¹ y Dionisos⁴² son representaciones populares de esa unidad.⁴³

En orden a la relación médico y enfermo, la expresión ética de la *philía iatrikê* o amistad médica se puede ordenar desde tres aspectos: la tecnificación del instinto de auxilio, la concepción ética de la limitación ética del arte de curar y el problema de la retribución del médico.

Como se ha dicho en los presupuestos de la medicina griega, la naturaleza del hombre contiene un instinto de auxilio que le mueve a prestar ayuda al enfermo. Una característica central de la ética médica hipocrática fue aceptar, interpretar y potenciar técnicamente ese instinto de auxilio al hombre enfermo, que se deriva de su *philotekhnía* y, por tanto, de su *philanthrôpía*, según se ha expuesto. De ahí que el médico tenga la obligación moral de favorecer y no perjudicar al enfermo (L. II, 643) o de consagrarse con ahínco y decoro al bien del enfermo hasta lograr, no sólo la salud de éste, sino incluso su buena apariencia (L. IX, 258).⁴⁴

Ahora bien, el médico era consciente que su arte (*tékhnê iatriké*) tiene como límite lo que la naturaleza permite hacer, por tanto, es un precepto ético y

³⁸ Por ejemplo, el autor de *Sobre la enfermedad sagrada* condena las purificaciones y los encantamientos con que la superstición antigua combatía la epilepsia y, sin embargo, recomienda que, juntamente a los recursos terapéuticos "naturales", practicara la religiosidad consuetudinaria (sacrificio ritual, plegaria a los dioses en el templo).

³⁹ Zeus, hijo de Cronos y de Rhéa. Reina sobre los demás dioses. Es conocido también por sus aventuras y numerosos hijos. Sus atributos son el águila y el rayo. Sus atributos son un rayo y una égida creados por los cíclopes.

⁴⁰ Poseidón, hermano de Zeus y de Hades, es el dios de los mares y tempestades, creador de los caballos y el que enseña el arte de montar a los hombres. Mantendrá una dura pugna con Atenea para poseer la soberanía de Atenas, en la que salió perdedor. Su atributo es el tridente.

⁴¹ Deméter, hija de los titanes Cronos y de Rhéa. Diosa de la fertilidad y del trabajo en el campo. Enseña a los hombres cómo cultivar el trigo.

⁴² Dionisos, hijo de Zeus y de Sêmele, la princesa de Tebas. Único Dios que ha conocido una vida de mortal antes de subir al Olimpo. Está asociado a la vegetación y, concretamente a la vid, que produce el vino. Se le conoce como Dios del vino y es el responsable de la embriaguez.

⁴³ *Ibid.*, pp. 36 y ss.

⁴⁴ Cfr. HIPPOCRATES. *Volume 1: Ancient Medicine*. JONES, William (trad.); PAGE, Thomas E. (ed.); CAPPS, Edward (ed.); ROUSE, William H. D. (ed.); *et. al.* Cambridge: Harvard University Press, 1957.

religioso no violentar bajo ningún concepto a la Divina *Physis*, lo que involucraba su abstención como terapeuta frente a lo que la "necesidad de la naturaleza" (la *anánkê physeôs*) no le permitía alcanzar. Por tanto, la *philía iatrikê* o amistad médica terminaba donde el médico percibía técnicamente que se encontraba ante una enfermedad forzosa (*nósos kat'anánkên*).

Respecto a la cuestión económica, Laín afirma que la relación entre el asclepiada griego y el enfermo se regulaba por los siguientes principios:

- a) El médico debe ser ante todo servidor de su arte (*hypêrétês tês tékhnês*), y, a través de su actividad, servidor de la naturaleza. Por tanto, los honorarios estaban éticamente justificados cuando con su conducta profesional procuraba su perfección en el arte que practica.
- b) En el ejercicio profesional, el médico debe tener presente la situación económica del enfermo para establecer sus honorarios y no sólo porque en la época se distinguía entre una medicina "para ricos" y otra "para pobres".
- c) En ocasiones, prestará sus servicios de forma gratuita como contraprestación de un favor recibido o por conseguir prestigio, y más si el enfermo era extranjero y pobre. Esta liberalidad del médico obedece a dos motivos: el deseo de conseguir buena fama (prestigio) y el amor al hombre (una suerte de "filantropía fisiofílica").

2.2. ROMA

Pasado el periodo hipocrático, en Roma, destacaremos, en primer lugar, la obra de Galeno (129-200).⁴⁵ Nació en Pérgamo, centro cultural griego en la colonia romana de la Mysia en el Asia Menor, conocido por su biblioteca y el templo de Asclepio. Desde sus primeros escritos, demostró su formación matemática,

⁴⁵ Este apartado sigue la exposición de GUERRA, Francisco. *Historia de la medicina*. Madrid: Norma-Capitel, 2007. pp. 89-101.

interés por la Anatomía y preocupación por las cuestiones filosóficas (comentó algunas obras de Platón, Aristóteles, Teofrasto y Epicuro), particularmente sobre el grado de certidumbre en las ciencias empíricas. Pero fue sobretodo médico.

En 161 a.C. Galeno se instala en Roma y tras haber efectuado algunos diagnósticos acertados y curaciones notables en enfermos de posición social alta, consiguió alcanzar prestigio profesional. Llegó a ser médico de Cómodo, que sucederá a su padre, el Emperador Marco Aurelio. Permaneció varios años en Roma, pero se mantuvo fiel a la tradición cultural griega en su forma de vivir y pensar, fue cultivador del pensamiento hipocrático y, además de enriquecerlo con sus aportes, lo adaptó a los esquemas aristotélicos, particularmente en su concepción acerca de la relación entre el médico y el enfermo. Por eso se le considera el precursor de la medicina antropológica, o personal, que supone un esfuerzo complementario de la medicina puramente científico-natural, en el sentido de humanizarla, de destacar la peculiaridad individual de cada enfermo. Galeno proporciona, sin duda, un importante empuje científico a la relación del médico con el enfermo.⁴⁶

Otro hito importante a resaltar es el pensamiento cristiano primitivo.⁴⁷ La novedad fundamental que trae el cristianismo, desde los primeros siglos de su existencia –más concretamente, desde la predicación evangélica hasta el siglo XIV– no es de tipo técnico sino la idea de la relación amistosa entre el hombre y el hombre, que afectará la *philanthrôpía* médica y, por consiguiente, la vinculación entre el médico y el paciente. Por convicciones respecto de la divinidad ("Dios encarnado en un hombre") y su relación con el hombre (hecho a imagen y semejanza de Dios) se combinan dos formas de concebir el amor en la interacción humana: "amor de proximidad" y "amor de amistad" en sentido estricto.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 89-101; POST, Stephen (ed.). *Encyclopedia of Bioethics. Volume 3*. New York: Macmillan Reference, 2004. pp. 1774 y ss.

⁴⁷ El pensamiento cristiano primitivo lo desarrollamos sobre la base de LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

En el primer caso, se tiene en cuenta a *una* persona, cualquier otro en cuanto persona a un *quién*, y no a un *qué* o un *lo que*. El relato que lo describe es la parábola del Buen Samaritano, el modelo de "prójimo" del herido: la misericordia conduce su actuación, da su tiempo, dinero, cuidado, esfuerzo; no pregunta ni espera retribución. El samaritano fue amigo de *una* persona, no de *tal* persona.

El segundo caso, la amistad estrictamente considerada, se refiere a *tal* persona – ser único e irrepetible– la persona del amigo, y solo a ella, en principio. No sabemos si entre ellos se dio este segundo tipo de amistad –porque el relato evangélico no narra nada al respecto– pero si es posible deducir que, si entre ellos hubo alguna confidencia personal por mínima que fuera, la simple comunicación mutua del "quién soy yo" añade a la relación de proximidad, una relación de amistad. En este contexto,

[...] el fundamento propio de la relación médico enfermo es una especificación médica y técnica de la amistad cristiana entre hombre y hombre, considerado desde los conceptos y las prácticas de la *tékhnê iatriké* griega [que dio marco al cristianismo primitivo] ese fundamento va a ser inicialmente entendido como una ampliación innovadora de la *philanthrôpía* helenística.⁴⁸

La enfermedad para el cristiano, además de ser un desorden más o menos duradero de la naturaleza del paciente, resulta ser un acontecimiento con un significado particular en la persona que la padece. Es concebida como causa de aflicción; ocasión de mérito o de caída, para ejercicio de las virtudes teologales y cardinales; bien llevada, es signo de distinción sobrenatural, de cara a la imitación de Jesucristo, doliente en la cruz, esperando la resurrección y vida eterna. Por eso, se entiende la pasividad y resignación del paciente frente a la enfermedad, que si Dios quiere, será atendida por el médico, quien posee los saberes técnicos y espirituales de curación.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 122.

Desde el punto de vista social, tres rasgos acompañan la vigencia de esta mentalidad: la asistencia a los enfermos incurables y moribundos frente a la abstención moral del médico griego por encontrarse delante de una enfermedad forzosa (*nósos kat'anánkên*); la asistencia gratuita al enfermo menesteroso (un claro ejemplo son los hospitales cristianos); y la incorporación de prácticas religiosas "paliativas" al cuidado de los enfermos (oración, unción sacramental).

2.3. EDAD MEDIA

Con la caída del Imperio Romano de Occidente, la Iglesia Católica se convirtió en el refugio de la ciencia médica de la época. El sacerdote cristiano fue considerado portador no solo de cultura y moral, sino del arte de curar. El Episcopado y el Monacato asumieron las funciones de asistencia médica a los enfermos. En el caso de los monjes médicos, ellos no solo asistían a los miembros de sus comunidades, sino también a los poblados circundantes y los viajeros. Además de la actividad terapéutica, se dedicaban a traducir y transcribir textos médicos de la antigüedad y enseñaban en la escuela catedralicia y los seminarios. La regla benedictina (534 d.C.) recoge la prevalencia del deber médico de atender a los enfermos, no de cualquier forma, sino como si fueran Cristo, pues realmente por intermedio de ellos, Él es servido.⁴⁹

La medicina medieval la dividiremos –de manera simplificada– en dos periodos: el primero, la medicina Monacal (500-1100 d.C.), impartida por clérigos y miembros de comunidades religiosas, que se sujetaba a la tradición hipocrática, donde el enfermo dependía de las decisiones del médico que, a su vez, se movía por el interés del paciente.

⁴⁹ En este punto, seguimos la exposición de BERNAR BORDA, Andrés. "Valoración moral del consentimiento informado como expresión de la relación médico-paciente". Director: Prof. Dr. Iñigo Ortega Larrea. Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Facultad de Teología, 2000. pp. 31 y ss.

El segundo periodo, la medicina escolástica, se inicia con el estudio universitario de los saberes médicos. En este contexto, la llegada de las Universidades de Artes Liberales seculares origina la aparición de los primeros escritos "laicos" de ética médica. Uno de los autores más destacados de la época fue Henri de Mondeville (1260-1325), cirujano y profesor de anatomía, que, asumiendo la tradición hipocrática, entabla un modelo de relación médico-paciente basado más en la confianza del enfermo que en su consentimiento. De hecho, se dice que Mondeville aconsejaba a los médicos no aceptar casos en los que, por culpa de un paciente "rebelde", se pudiera afectar el prestigio o buena fama.

El comportamiento del médico medieval no fue una simple ejecución de lo aprendido de Galeno y sus predecesores. Movidio por su conciencia cristiana, el cuidado de su prestigio profesional y el cumplimiento de las normas establecidas en la ley del terapeuta de la Edad Media, tuvo siempre presente la condición personal del enfermo y los deberes religiosos que le asisten.

Como afirma Laín, la "consideración religiosa de la personal individualidad del sujeto enfermo era rigurosamente extratécnica, y –salvo el caso en que el médico fuese clérigo– tenía que correr a cargo de un sacerdote. La *individuatio naturalis* del tratamiento era exclusivamente técnica y se hallaba regida por las reglas de la *ars medica* grecoarábica; la *individuatio personalis sive spiritualis* de la ayuda al enfermo era, en cambio, casi exclusivamente moral y religiosa".⁵⁰

Para dar unidad interna a estos aspectos, utilizó la eficacia terapéutica de la comunicación verbal con el enfermo. De esta forma, se inicia la vía para un mejor tratamiento individualizado de cada persona. Hasta ahí llegó el proceso de personalización de la medicina técnica de herencia helénica.

⁵⁰ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., pp. 175 y ss.

De otro lado, para el pensador cristiano de la Baja Edad Media, el arte, la *tékhnê* helénica, se convierte en la recta razón de las cosas que pueden hacerse (*recta ratio factibilium*). Sin embargo, cuando el hombre toma conciencia que está hecho a imagen y semejanza de Dios, un Ser infinitamente poderoso y que nada hay en el cosmos que se convierta en una limitación forzosa (*nósoskat'anánkên*) y, los límites de lo posible se ensanchan en la mente y en su obrar, de un modo progresivo e indefinido. Así nace la actitud del hombre moderno frente al cosmos y, poco después la aventura técnica moderna y, ahora, tecnológica, postmoderna.⁵¹

En el caso del mundo hebreo, la relación ética entre el médico y el paciente se fundamenta en el libro del Eclesiástico: "Honra al médico, porque lo necesitas, pues el Altísimo es el que lo ha elegido" (38,1). El texto médico hebreo más antiguo es "Juramento de Asaph" (siglo VI d.C.), escrito por el Judío Asaph, también conocido como Asaph ben Berachyahu, guarda gran afinidad con el Hipocrático, y sirve de norma básica que regula la relación entre el médico y el enfermo.⁵²

Durante la edad media, el médico judío más conocido fue Moshe ben Maimon, conocido como *Moses Maimonides*, a quien se le atribuye "la oración diaria de un médico" o "la oración de Maimonides" (siglo XII). Un poeta árabe lo alaba diciendo que si Galeno curó el cuerpo, Maimónedes también atendió el alma. Recoge fragmentos del juramento hipocrático y mantiene el mismo estilo de relación entre el médico y el paciente (hacer el bien y evitar el mal), pero acentúa la referencia a Dios, el enfermo es tratado como una persona, con la dignidad que le pertenece. Junto con aquel son probablemente los preceptos mejor conocidos por la ética médica.⁵³

⁵¹ *Ibid.*, pp. 134-200.

⁵² Cfr. POST, Stephen (ed.) *Encyclopedia of Bioethics. Volume 5*. New York: Macmillan Reference, 2004. pp. 2734 y ss.

⁵³ *Ibid.*, pp. 2739 y ss.

Con relación a la era islámica de Persia, destaca la obra titulada *Kholasah al Hekmah*, escrita por Mohamad Hosin Aghili of Shiraz (1770), cuyo primer capítulo contiene un conjunto de obligaciones que el médico debe cumplir.⁵⁴

2.4. CONTINUIDAD DE LA ÉTICA HIPOCRÁTICA

En sus aspectos esenciales, la ética médica ha permanecido durante varios siglos anclada en principios que parecían inmutables, ajenos a los cambios culturales de las diferentes épocas y circunscritos exclusivamente a la profesión médica. En efecto, según Pellegrino⁵⁵, el método para tomar decisiones en los últimos 2500 años ha consistido en juzgar si una conducta determinada se ajusta o no a los preceptos hipocráticos. Entendemos que ello ha perdurado así debido al apoyo de esta ética en una estructura filosófica concreta, el *Corpus Hipocraticum*, matizada y complementada con los postulados religiosos, principalmente, del cristianismo.

A pesar de esta yuxtaposición de la medicina, filosofía y religión, esta ética contenida en el *Corpus* no ha sido objeto de indagación filosófica propiamente como tal. Si bien los filósofos antiguos y modernos han escrito sobre los problemas morales fundamentales (el aborto, la eutanasia, el suicidio, la muerte, el infanticidio y otros temas que se encuentran en el ámbito biomédico), no se han preocupado en justificarla sistemáticamente ni interferir en la fundamentación de la ética de la relación médico-paciente, eje sobre el cual giran las decisiones del médico y el bienestar del paciente.

Los textos hipocráticos fueron mezclados con nociones estoicas de deber y virtud, con elementos afines de las Escrituras, la tradición judía y cristiana y con el principio *noblesse oblige* de la actitud caballeresca. Sobre esta síntesis se formula

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 2738 y ss.

⁵⁵ Hemos seguido en este apartado lo señalado, en líneas generales por PELLEGRINO, Edmund. La metamorfosis de la ética médica: Una mirada retrospectiva a los últimos 30 años. En: COUCEIRO, Azucena (ed.). *Bioética para clínicos*. Madrid: Triacastela, 1999. pp. 72 y ss. y por LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Ciencia, técnica..., op. cit.*, pp. 28 y ss.

el primer código de Ética de la Asociación Médica Americana (1847), que, con algunas variantes o reducciones colaterales posteriores, sirve a gran parte de los médicos norteamericanos y británicos de la época para tomar decisiones con implicancias morales. Incluso médicos-filósofos de la antigüedad (Alcmeón y Empédocles) o de épocas más recientes (J. Locke y W. James) escribieron poco acerca de la ética de la profesión para la cual fueron formados. K. Jaspers dedicó dos ensayos informales a la relación médico-paciente pero no profundizó en el estudio propiamente moral de ética médica.

Así, la ética hipocrática permaneció, con algunas modificación menores, en los escritos de médicos influyentes como Percival (*Medical Ethics*, 1803) o Gregory (*Lectures on the duties and qualifications of a Physician*, 1772) en Inglaterra y Hooker (*Physicians and the patient, or a practical view of the mutual duties, relations, and interests of the medical profession and the community*, 1972) en Estados Unidos.⁵⁶

En este marco, nos interesa destacar tres aspectos desarrollados por Laín que, de cierta manera, han favorecido la continuidad de la ética hipocrática hasta nuestros días, aunque cada vez más matizados por el principio de autonomía: el prestigio del médico, la noción de "buen paciente" y el poder terapéutico del diálogo.

A) PRESTIGIO DEL MÉDICO

Al contemplar una enfermedad se puede producir naturalmente un sentimiento ambivalente: la repulsión y la tendencia a la ayuda. En este dilema, como hemos expuesto anteriormente, el rasgo central de la ética hipocrática está marcado por la aceptación de la condición humana y la configuración técnica de la tendencia natural del hombre al auxilio del enfermo. De esta forma, "lo humano" y "lo

⁵⁶ Cfr. JASPERS, Karl. *Philosophy and the world: Selected essays*. Washington D.C.: Regnery Publishing, 1999, citado en *ibid.*, pp. 72 y ss.

técnico" se fusionan dentro del alma del médico. Por ello, con sus aciertos y errores, el médico hipocrático lograba realizar en su persona la dignidad inherente a su oficio, alcanzando, por añadidura, lucro y fama.

En esta misma línea, Porter precisa que los médicos hipocráticos no pretendían realizar curas milagrosas sino que se empeñaban sobretodo en no hacer daño (*primum non nocere*) y se presentaban a sí mismos como los fieles amigos del enfermo. Esta inclinación humanitaria demostraba la dedicación del médico a su arte más que a la fama o la fortuna y consolaba a los enfermos angustiados.⁵⁷

Esta concepción tiene su apogeo en la Grecia Clásica, en la que el médico era considerado "servidor del arte de curar"⁵⁸: un hombre que con su arte ha contribuido eficazmente a sacar a la humanidad de su primitivo y amenazado estado "natural", sabe tratar las enfermedades como ministro y cooperador de lo único importante, la *divina Physis*, y es capaz de penetrar con su razón humana en la secreta e insondable razón de esa naturaleza divina. Así, el prestigio del médico culto del mundo antiguo alcanza su fundamento último en la suprema dignidad de cooperar con lo divino.⁵⁹

La atribución de cierto carácter sacro del ejercicio de la medicina ha perdurado a través de los siglos y del cambio de formas de concebir el mundo, que van desde un monoteísmo cristiano e islámico en la Edad Media hasta la creciente secularización de la Europa moderna, al menos en los niveles intelectuales y socialmente más elevados del cuerpo médico. Ello debido principalmente a dos

⁵⁷ Cfr. PORTER, Roy. *Breve historia de la medicina: Las personas, la enfermedad y la atención sanitaria*. Cifuentes, Irene (trad.); Carretero, Teresa (trad.). Madrid: Taurus, 2003. pp. 64 y ss.

⁵⁸ Los griegos entienden arte como el manejo racional de la naturaleza. Más tarde el romano Galeno llamará al médico "servidor de la Naturaleza".

⁵⁹ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Ciencia, técnica...*, op. cit., pp. 267 y ss.

factores: uno estamental, concedido por la alta estima social que la medicina ha logrado, y otro personal, otorgado por la calidad ética y técnica de su ejercicio.⁶⁰

Así, por ejemplo, en la sociedad del siglo XIX, el creador de la ciencia es un sabio-sacerdote, porque contribuye al progreso de las ciencias de la naturaleza y lo aplica para vencer la servidumbre del hombre a la enfermedad y liberarla de la injusticia social, enseñando a sus semejantes en qué consiste la insuperable dignidad de la condición humana. A ello acompaña la misión "redentora" del médico, es decir, su papel protagónico en la victoria sobre la enfermedad y como coautor de la lucha hacia un modo de vivir sano y justo.

Frente a esta concepción teórica sobre el prestigio, en la sociedad contemporánea entran en conflicto dos concepciones éticas sobre el deber ser de la actuación del médico. Por una parte, una ética apoyada en la tradicional idea individualista del médico-sacerdote, que implica: la impunidad de su actuación, el secreto médico absoluto, la retribución económica bajo la forma de honorarios, el ejercicio liberal de la profesión, y la sola responsabilidad moral –no jurídica– por el ejercicio de su profesión. El prestigio dependerá, pues, de cómo el médico sabe convertir en tarea estrictamente personal la eficacia de la medicina actual.

Por otra parte, nos encontramos una ética fundada sobre los principios sociales y morales que rigen la institucionalización de ayuda al enfermo (masificación de los servicios sanitarios) que, si bien presentan un perfil de honestidad, ocultan –muchas veces– la defensa de privilegios socio-económicos y se contagia de la práctica publicitaria de la sociedad de consumo, que puede convertir al médico en un burócrata administrativo altamente socializado.

⁶⁰ Las desigualdades intelectuales eran originadas por la práctica médica de los recursos mentales e instrumentales (técnica y tecnología) de los que cada uno disponía, según ejercía en el campo o en la ciudad. *Ibid.*, p. 267.

B) EL BUEN PACIENTE

Según Laín Entralgo⁶¹, la enfermedad puede percibirse desde el punto de vista del médico (análisis del caso clínico) y del paciente (verificación de las peculiaridades que ocurren en mi vida cuando estoy enfermo). Atenderemos a esta segunda percepción como un sentimiento genérico que incluye siete vivencias elementales, a saber:

- *Invalidez* o incapacidad total o parcial para ejecutar alguna de las funciones o acciones de la vida humana (moverse, ver, pensar, hablar, comer, etc.), lo cual se deriva en un "no-poder" o un "poder difícilmente".
- *Molestia* o sentimiento penoso que puede tener diferentes grados (dolor leve hasta insoportable) y puede expresarse de diferentes formas (malestares psíquicos).
- *Amenaza* o sensación anímica de poder morir o quedar cambiado.
- *Atención excesiva sobre su cuerpo* o la parte enferma.
- *Soledad* o vivencia de aislamiento que la atención desmedida por el cuerpo y la incomunicabilidad de los sentimientos corporales que se producen.
- *Sentimiento de anomalía*, o de diferencia respecto de los individuos sanos que los rodean, ocasionado por el estado de anormalidad de la enfermedad.
- *El recurso o estado vital* originado por la enfermedad para hacer de la vida algo que sin él no podría hacerse.

Como complemento de este análisis, debe advertirse la manera en la que, afectivamente, el enfermo afronta su "anormalidad", es decir, cómo ese estado se implanta en su vida personal. Laín Entralgo precisa, sin ánimo de ser exhaustivo, siete actitudes básicas:

⁶¹ *Ibid.*, pp. 248 y ss.

- Miedo ante los síntomas de invalidez, amenaza o molestia que desencadena la enfermedad.
- Rechazo, rebelión contra un estado que perturba dolorosamente y del cual no se siente responsable.
- Entrega resignada del paciente que se limita a soportar pasivamente su afección, a entregarse a ella sin protesta.
- Aceptación activa de la enfermedad como vicisitud inexorable en el curso de su vida, pero no se resigna a no actuar contra ella y pone todos los medios necesarios para superarla.
- Indiferencia o apatía que sitúa al enfermo frente a su dolencia como si ésta no afectase severamente al modo y a las posibilidades de su propia vida.
- La menesterosidad o estado de necesidad que conlleva la convicción –más o menos profunda– de necesitar "ayuda exterior".
- Infantilización de la conducta, donde el enfermo, dada su necesidad de ayuda exterior, tiende a comportarse de manera que podemos denominar infantil.

Bajo estos presupuestos físico-somáticos y afectivos que acompañan al enfermo, para Laín, la concepción clásica de "buen paciente" se puede apreciar en tres dimensiones:

- i. El enfermo ante sí mismo, sintiendo su propia enfermedad y actuando reactivamente contra ella, puede ser considerado "buen paciente" cuando su conducta se ajusta a las siguientes normas:
 - Aceptación activa de su enfermedad (tanto la rebelión exagerada como la resignación sumisa ante la enfermedad o la posibilidad de padecerla son extremos, en cuyo centro se sitúa el "buen paciente").
 - Visión de la afección como un azar susceptible de eliminar mediante la inteligencia y la técnica o como una prueba capaz de otorgar merecimiento (sin que ello genere una excesiva complacencia).

- Mínima participación del enfermo en la génesis y en la configuración de la enfermedad.
 - Personalización de la enfermedad ("mi" enfermedad), sin que se alcance la conciencia tácita de su existencia.
 - Voluntad de curación, aunque inconscientemente operen tendencias opuestas que el médico debe descubrir e ir eliminando metódicamente.
 - Conciencia habitual de necesitar más de lo que se merece optando por un modelo "Pígmalión" frente a un modelo "Narciso".⁶²
- ii. El enfermo ante el médico, puede ser considerado "buen paciente" cuando su conducta se ajusta a las siguientes normas:
- Obediencia razonable, por tanto, no sumisión absoluta.
 - Apertura según la verdad, por lo que el "buen paciente", aunque no confíe plenamente en el médico, debe proporcionarle al médico toda la información que le solicite, sin engaños ni ocultamientos.
 - Abstención de la automedicación o, por lo menos, suma prudencia en ella.
- iii. El enfermo ante la sociedad, será tenido como "buen paciente" si cumple las siguientes normas:
- No propagación de su estado o enfermedad en la medida de lo posible.
 - Evitar a quienes le rodean, en lo posible, las molestias propias de su estado.
 - Voluntad eficaz de contribuir a su reintegración social.
 - Reducción al mínimo de las exigencias, cargas y orden económico que la enfermedad trae consigo.

⁶² El bello Narciso ve su figura reflejada en el agua, se admira así mismo y piensa para sí: "merezco todo lo que necesito". De otro lado, el escultor Pígmalión se enamora de la figura de mujer que él mismo ha tallado y quiere vehementemente que se convierta en una mujer de carne y hueso pero reconoce con humildad que no tiene poder ni méritos para tanta ventura y piensa "necesito más de lo que merezco". Sólo actuando conforme al segundo modelo se puede llegar a ser "buen paciente".

- Si pertenece a una sociedad opulenta, conciencia clara de que muchos enfermos que padecen lo mismo, no pueden ser atendidos de igual forma.

C) EL PODER TERAPÉUTICO DEL DIÁLOGO EN LA MEDICINA

Otra cuestión que nos parece interesante destacar de la tradición hipocrática es la vigencia de la palabra del médico para una acción terapéutica eficaz. Al respecto, se pueden distinguir dos tipos de medicina: la tiránica, propia del tratamiento de esclavos y la verbal o amistosa, resultado de la conjunción técnica entre un hombre libre y un médico libre.⁶³

Respecto al médico tirano, su forma de entablar la relación médico paciente se fundamenta en dos ideas: la primera, la creencia del médico de corresponder a una naturaleza magnificadora y transfiguradora de la condición del paciente, por su pura inteligencia y saber manipulador; y la segunda, relacionada con las facultades especiales de sus ojos, que la mirada escrutante entiende la realidad y sus manos, que palpan y modifican coactivamente esa realidad exterior. El enfermo se reduce a mera naturaleza corpórea, inteligible y gobernable, una realidad psicológica y metafísicamente degradante, vil (*anima vilis*). La actitud del médico tirano se puede resumir en una frase citada por Laín Entralgo, atribuida al clínico alemán W. Leube (siglo XIX): "el tiempo empleado por el médico para hacer un buen interrogatorio, es tiempo perdido para hacer un buen diagnóstico".⁶⁴

En este caso, la expresión verbal se reduce a tres formas: la palabra inquisitiva, como la del policía o del juez que busca "saber con evidencia"; la palabra imperativa, por la que trata de gobernar coactivamente la naturaleza del enfermo;

⁶³Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Ciencia, técnica..., op. cit.*, p. 234 y ss.; *id.* *La curación por la palabra en la antigüedad clásica*. Barcelona: Anthropos, 2005. pp. 135 y ss.

⁶⁴Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Ciencia, técnica..., op. cit.*, p. 236.

y la palabra descriptiva, que hace comprensible y transmisible lo palpado por las manos o lo observado por el médico ("he aquí una cefalea tensional multiforme").

De otro lado, el "médico amigo" se distingue por su afabilidad, expresión específica de la naturaleza humana⁶⁵, que se ejercita con intención anamnésica⁶⁶ o psicoterápica. La *affabilitas personalis* del médico lo lleva esforzarse por entender y tratar al otro como persona. Solo así es capaz de comprender la realidad del enfermo, donde la palabra y silencio cobran un significado relevante. De hecho, la enfermedad, comienza siendo un modo de la realidad humana anterior a la palabra (*morbus ante verbum*), habita en el hombre enfermo y, en ocasiones se puede ver sin decir una palabra. En un segundo momento, el enfermo verbaliza el sentimiento de su enfermedad y el médico lo clasifica y califica técnicamente. También cobra relevancia la experiencia inmediata de la afectación morbosa, la forma como el enfermo la padece, enfrenta y le otorga un significado, de tal forma que el médico esté en capacidad de desvelar y comprender el sentido biográfico de la enfermedad que contempla, para efectos de realizar el diagnóstico más adecuado. Cuanto más cerca de la muerte nos coloca, más necesidad se tiene de este aspecto psicológico, la vivencia personal de la enfermedad.

De lo expuesto anteriormente se puede deducir que, si bien pueden coexistir algunas ventajas y desventajas derivadas del esquema de la ética hipocrática, los deberes del médico respecto del enfermo se reducen al cumplimiento de la regla de oro del arte de curar: procurar el bien del paciente. Pero ¿qué significa el bien del paciente? ¿Puede el médico realmente determinar lo que es bueno para el paciente? El tiempo que tardamos en responder estas preguntas (casi veinte siglos) ha permitido al médico, de estimarlo conveniente, expresar u ocultar información acerca del estado de la enfermedad o someter al paciente capaz a un

⁶⁵ El hombre es *zôonlôgonékhn* para los griegos, *animal rationale* traducirán los latinos. *Ibid.*, p. 240.

⁶⁶ Anamnesis. (Del gr. ἀνάμνησις, recuerdo) / f. Med. Conjunto de los datos clínicos relevantes y otros del historial de un paciente. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [ref. de 12 de julio de 2012]. Disponible en: <http://rae.es/rae.html>.

tratamiento médico sin contar con su autorización y sin haberle informado previamente de los riesgos del mismo.

3. CRISIS DEL PATERNALISMO MÉDICO

Como hemos advertido a lo largo de estas páginas, la relación entre el médico y el paciente tiene su fundamento último en la amistad médica que ha implicado, generalmente, una confianza plena en los conocimientos técnicos y en la voluntad de ayuda del médico. Ello ha convertido al enfermo en un sujeto pasivo, quien, mediante un consentimiento tácito amplio frente a la actividad del profesional sanitario, traslada la responsabilidad inmediata por el cuidado de su salud, como un hijo que se fía de su padre y presume que siempre tendrá la intención de buscar su mayor beneficio, aunque en la práctica no siempre suceda.

Este modelo de relación, empezará a resquebrajarse en la Edad Moderna. El quiebre del pensamiento político fundamentado en un Estado paternalista y la búsqueda del respeto por la autonomía política primero e individual después, ha producido en el siglo XX no con poca resistencia, una transformación inevitable, en la que prima la autonomía de la voluntad del paciente –con algunas excepciones, según veremos más adelante– como titular del deber de cuidado de la salud personal, frente al deber de beneficencia médica (buscar el bien del paciente).

3.1. ANTECEDENTES: EDAD MODERNA

Dentro de los márgenes establecidos por la Tradición, el cristiano del siglo XV quiere vivir en el mundo su religiosidad, su arte, la ordenación social, política y económica, de una manera diferente.⁶⁷ Esta nueva actitud se va a plasmar en tres

⁶⁷ En este punto, recogemos las reflexiones de LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., pp. 82-232.

acontecimientos: una mayor desacralización frente a las consideraciones medievales (el arte del Renacimiento y el Barroco que exalta el cuerpo); la doble escisión confesional que, si bien en el caso del cisma de Oriente produjo bloques religiosamente homogéneos compatibles, ello no ocurrió con Lutero, cuyas reformas dificultaron la convivencia cotidiana; y la coexistencia con los no cristianos originada por la secularización creciente.⁶⁸

Desde el punto de vista de la técnica, el hombre moderno se caracteriza por su lucha constante y victoriosa contra el *anánkê physeôs*, de tal forma que a partir de ahora toda necesidad natural del mundo creado es *necessitas ex suppositione*, una necesidad supuesta. Este cambio radical de actitud frente a la naturaleza tiene su fundamento más profundo en la conciencia del hombre moderno de poseer una dignidad, ocupar un puesto intermedio entre el mundo y Dios y, como consecuencia de ello, desempeñar un papel fundamental, singular y decisivo en el destino de toda la Creación.

Respecto a la relación entre el médico y el paciente, podemos advertir algunos rasgos característicos: la amistad entre el médico y el paciente se purifica, la aparición del Estado moderno y de una sociedad religiosa y políticamente plural libra a la relación médico-paciente de la coacción de la autoridad civil que impone los deberes religiosos no consentidos⁶⁹; la creciente conciencia de novedad y de progreso originan mayor asiduidad en la relación médica, aunque el interés personal del facultativo gira en torno de los aspectos externos y técnicos de la enfermedad. El enfermo, por su parte, no abandona los viejos hábitos que se oponen a una relación amistosa: la sátira, el espíritu desconfiado, contractual y pleitista, reflejados amenamente en la literatura de la época.⁷⁰ En este contexto, el médico cristiano no puede limitarse a ser un hombre de ciencia, le compete, en

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 182-183.

⁶⁹ Conviene recordar que a lo largo de la Edad Media se va acentuando la división entre los deberes religiosos y civiles del médico y se intensifica en la Edad Moderna.

⁷⁰ Por ejemplo, Cfr. ALBARRACÍN TEULÓN, Agustín. *La medicina en el teatro de Lope de Vega*. Madrid: Instituto Arnaldo de Vilanova, 1954; PÉREZ BAUTISTA, Florencio. *La medicina y los médicos en el teatro de Calderón de la Barca. Cuadernos de Historia de la Medicina Española*. 1968, vol 7, pp. 149-245.

razón de sus creencias, no solo *conocer* la enfermedad, sino *tratar* al enfermo como persona.

En el siglo XVIII, se inicia el proceso de secularización de la sociedad occidental. Cristianos y no cristianos empiezan a dar realidad secular a las novedades que el cristianismo trajo a la edad moderna: la novedad técnico-cosmológica en la que, a través de la técnica diagnóstica y terapéutica, el hombre se siente y es superior al orden establecido en el cosmos; la novedad ético-social, por la que se pretende abolir la diferencia entre la medicina *para ricos* y *para pobres*; y la novedad ético-personal, que valora el amor como agente terapéutico, cuya expresión técnica la constituye la psicoterapia.

3.2. PENSAMIENTO LIBERAL EN MEDICINA (SIGLO XVIII)

A nivel político, a finales del siglo XVII, con John Locke (1632-1704) se inicia el pensamiento liberal, una nueva forma de concebir al ser humano como titular de derechos individuales, cuya realización depende única y exclusivamente de la iniciativa de los mismo individuos.⁷¹ Adam Smith (1723-1790) se encargará de manifestarlo en el pensamiento económico, partiendo de la premisa que la libertad económica de cada cual produce el máximo beneficio de todos. Para expresarse, esta forma de pensar requiere un tipo particular de política (liberal, parlamentaria, democrática), regida por la Carta de Derechos Humanos Civiles y Políticos. Asimismo, el liberalismo político y económico se manifiesta en una cultura y una ética de corte liberal, caracterizada por el reconocimiento de la libertad de conciencia, y por tanto, sitúa, en primer lugar, al principio de autonomía, de la cual son exponentes referenciales Immanuel Kant (1724-1804) y John Stuart Mill (1806-1873).⁷²

⁷¹ Cfr. LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Aguilar, 1969. pp. 6 y ss.

⁷² En este apartado, seguimos en líneas generales lo señalado por GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de bioética*. Madrid: Triacastela, 2008. pp. 140 y ss.

Esta exposición simplificada del pensamiento liberal que se impone en la época nos ayuda a entender el nacimiento paulatino, aunque con cierto retraso, de una medicina imbuida cada vez más del pensamiento liberal. Las vías de penetración inicial han sido básicamente dos: crítica a las medidas monopólicas que impiden la libre concurrencia en el mercado sanitario (libertad de ejercicio) y la oposición a las restricciones médicas y al monopolio de la información por parte del médico. De este segundo supuesto, nos ocuparemos a continuación.⁷³

La transición hacia una nueva forma de enfocar la relación entre el médico y paciente, que considera al enfermo como un ser adulto, maduro, capaz de recibir información para tomar decisiones acerca de su salud, ha sido plasmada poco a poco en la literatura científica del siglo XVIII. Entre ellos, destacaremos tres figuras: John Gregory (1724-1773), su discípulo Benjamin Rush (1745-1813) y Thomas Percival (1740-1804).⁷⁴

La obra de John Gregory, aunque acepta la obligación de beneficencia del médico respecto del paciente, introdujo en el pensamiento de la medicina moderna un elemento fundamental: el deber de información veraz al paciente, que tiene derecho a hablar cuando se trata de salud y su vida; a excepción de los casos en que la comunicación veraz represente un grave riesgo para la salud del enfermo (excepción conocida como privilegio terapéutico), acompañada de la obligación de comunicar dicha información a los parientes, aunque no se cuente con el consentimiento del paciente.

Para Rush, el enfermo es quien debe decidir, luego de recibir la información proporcionada por el médico, pues considera que la veracidad es buena para el paciente. Aunque amparado en el principio de beneficencia, este reconocimiento del derecho a la información veraz contribuye al cuestionamiento progresivo del paternalismo médico.

⁷³ *Ibid.*, pp. 151 y ss.

⁷⁴ *Ibid.*

Thomas Percival fue un médico británico, profundamente preocupado por la configuración de la profesión médica desde una identidad moral definida, continuó la línea de beneficencia encauzada por Gregory y Rush, alentando el deber de médico de dar información al paciente. En 1791 redacta un esquema de conducta profesional relativa a hospitales y otras obligaciones benéficas de los médicos, a petición de la *Manchester Royal Infirmary* (MRI) –hoy *The Teaching Hospital for Manchester University's Medical School*– que fue distribuida por los hospitales de otras ciudades inglesas.⁷⁵

En 1803 publica su obra más importante titulada *Medical Ethics*, ampliamente conocida por los médicos norteamericanos. Está dividido en cuatro apartados: El primero, dedicado a la conducta profesional relativa a los hospitales y otras obras de beneficencia; el segundo, sobre la conducta profesional en la práctica privada o pública; el tercero, sobre la conducta de los médicos y los boticarios (o farmacéuticos); y el cuarto relacionado con las obligaciones del profesional que requieran conocimientos de la ley. Entre sus propuestas más importantes sobre la obligación del médico en su relación con el paciente podemos observar: el deber de unir ternura y firmeza en su actuar profesional y condescender con autoridad, para inspirar gratitud, respeto y confianza a sus pacientes y el deber de ser ministro de esperanza y alivio del enfermo. Este último deber implica la potestad del médico de no decir la verdad al enfermo, en caso exista riesgo de deterioro de su salud a causa de la misma.⁷⁶

⁷⁵ Cfr. SIMON LORDA, Pablo. *El consentimiento informado*. Madrid: Triacastela, 2000. p. 81

⁷⁶ Cfr. PERCIVAL, Thomas. *Medical ethics*. Manchester: S. Russell para J. Johnson, 1803. p. 132.

3.3. REBELIÓN DEL SUJETO EN MEDICINA (SIGLO XIX)

La edad contemporánea se caracteriza por una serie de sucesos que sirven de impulso para el desarrollo de la nueva visión acerca de la relación entre el médico y el paciente.⁷⁷

A) REVOLUCIONES BURGUESAS S. XIX

Paralelamente a la formulación del primer código de ética de la *American Medical Association* en 1847 (sobre la base de las disertaciones de Thomas Percival), se produjo lo que Laín Entralgo ha denominado la "rebelión del sujeto" constituida por el conjunto de sucesos que durante la segunda mitad del siglo XIX mostraron cómo el enfermo –o el hombre sano en tanto que posible enfermo– demandaba ser considerado por el médico como persona. Esta exigencia estuvo marcada por dos aspectos diferentes: el social y el clínico.

Como forma social, la rebelión del sujeto se manifiesta en el movimiento obrero del siglo XIX movido por dos motivos principales: una reivindicación ético-jurídica y un hecho. En cuanto a lo primero, se debe tener presente que, desde la Revolución Francesa y, más aún, desde 1848, la asistencia médica técnicamente cualificada es considerada como un derecho natural del hombre, tanto más si ese hombre es trabajador; y en el otro, la situación penosa que habían de soportar aquellos cuyas enfermedades eran atendidas en los hospitales "de beneficencia" o centros donde la atención médica era entendida como "acto de caridad" otorgado por los poderes públicos en condiciones precarias y no como un derecho exigible por razones de justicia.

⁷⁷ Exponemos *grosso modo* lo sostenido por LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., pp. 218 y ss.

Así, por ejemplo, a raíz de la revolución industrial, en las minas, en los altos hornos y en las grandes industrias se producía una elevada morbilidad, que se veía agravada por el exceso y la dureza del trabajo, junto a las deficiencias en la alimentación, en la higiene y, en general, en todas las condiciones de vida. En el terreno sanitario, estas condiciones suponían una distancia abismal entre la "medicina para la burguesía" y la "medicina para el proletariado", a cada una de las cuales correspondía un tipo diferente de relación médico-enfermo.

Ante tal perspectiva, el trabajador-proletario, posible enfermo, se rebela y lucha por conseguir que a él, a su persona, puedan serle aplicados –como un derecho– todos los recursos diagnósticos y terapéuticos que su caso requiera y la técnica médica ofrezca. En rigor, no busca reformar la relación médico-enfermo sino tan sólo que su cuerpo reciba el mismo trato médico que quienes poseen más recursos económicos. Sin embargo, llevar esta reforma a la práctica implica un importante cambio cualitativo en los fundamentos de la relación médica: reconocer que la ayuda médica no es un tema de beneficencia hospitalaria sino que adquiere un matiz contractual. Surge el deber de asistencia sanitaria, que se extiende a toda enfermedad (no solo a las tenidas por graves) y a toda persona que lo solicite (se convierte en un derecho).

En relación con su expresión clínica, la rebelión del sujeto tuvo una realidad muy concreta, manifestada en el auge de los modos neuróticos de enfermar, acompañado de la resistencia inconsciente del enfermo neurótico a una interpretación y a un tratamiento de su dolencia de naturaleza puramente científico-natural y, por consiguiente, despersonalizadora.

En efecto, la patología positivista que pretendía reducir al enfermo a puro "objeto natural" se vio invadida por la práctica diaria que evidenciaba los múltiples elementos subjetivos y personales que influían, e incluso determinaban, la aparición y las características de cada caso clínico. El ejemplo paradigmático es el de los trastornos neuróticos –recogido en los escritos publicados por Freud y Breuer en 1895– donde se advierte la forma en que Freud es obligado por sus

propias pacientes ("rebeldes" hasta convertirse en "sujetos") a renunciar a los distintos métodos de diagnóstico y tratamiento vigentes en la época (baños calientes, masajes, sugestión hipnótica, etc.), y es orientado después hacia otra forma de practicar la medicina: una escucha atenta de cuanto las pacientes quieren decir (y, sobre todo, de cuanto dicen sin querer); una comprensión profunda de sus recuerdos, sus frustraciones, sus deseos, sus fantasías; una reconstrucción, en suma, de su biografía subjetiva capaz de iluminar el sentido simbólico de los síntomas. En definitiva, una auténtica introducción en la patología de la subjetividad, la personalidad y la biografía del enfermo capaz de llegar a dar cuenta de la psicogénesis y las peculiaridades de su enfermedad.

En líneas generales, se puede afirmar que la llamada "rebelión del paciente", se desarrolla así en la intimidad de los consultorios e implica la necesidad del enfermo de ser reconocido en su condición de sujeto personal, que quiere ser escuchado como sujeto lingüístico y comprendido en su condición de sujeto biográfico.

De aquí derivarán la medicina antropológica, la medicina psicosomática anglosajona y, en definitiva, la conciencia creciente entre los médicos del siglo veinte de que la atención a los aspectos personales y sociales es imprescindible en de cualquier práctica clínica.

B) APARICIÓN DEL PRIMER CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA (1847)

En 1847 la *American Medical Association* (AMA), sobre la base del pensamiento de Thomas Percival, formuló el primer código de Ética Médica, que, con algunas variantes o reducciones colaterales posteriores, sirve a gran parte de los médicos norteamericanos y británicos para tomar decisiones con implicancias morales. El texto se divide en tres capítulos: los deberes del médico con el paciente y de éste

con el médico, los deberes de los médicos entre sí y con la profesión, y los deberes del médico con el público y de éstos con el médico.⁷⁸

En líneas generales, el artículo 1, *Duties of Physicians to their Patients*, enuncia la grandeza de la misión del médico y la responsabilidad que ello conlleva pues, en el ejercicio de su profesión, no tiene otro juez más que su conciencia; por tanto, deben atender a los enfermos a sabiendas de la importancia de su oficio teniendo presente que el bienestar, la salud y la vida de éstos depende de sus habilidades, atención y fidelidad. Asimismo, prescribe que el médico se debe comprometer a cuidar su conducta para que, en sus actos, la unidad entre ternura, firmeza y condescendencia con autoridad inspire en sus pacientes gratitud, respeto y confianza.

En casos de peligro, el Código de Ética exhorta al médico a brindar, en determinadas circunstancias, la información oportuna a familiares y amigos, incluso al propio paciente, siempre que sea absolutamente necesario. En todo momento, debe procurar que sus palabras o acciones no perturben la tranquilidad del enfermo grave en sus últimos momentos así como evitar todo aquello que desaliente al enfermo o deprima su espíritu.

Respecto a las obligaciones del paciente con el médico, el artículo 2 *Duties of Patients to their Physicians* exhorta a los enfermos a valorar la abnegada labor del médico y a elegir un médico que atienda a la familia en su conjunto, que posea buenos hábitos de vida, no partidarios de compañía, placer u otros quehaceres incompatibles con sus obligaciones profesionales. Asimismo, se consigna el deber del paciente de comunicar confiada e irrestrictamente las causas supuestas y síntomas de la enfermedad, teniendo siempre presente el deber de secreto profesional que acompaña al médico.

⁷⁸ AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Code of medical ethics of the American Medical Association*. Chicago: AMA press, 1847.

No hay mención a la necesidad del consentimiento del enfermo antes de la intervención médica pues aún impera el modelo de relación basado en la confianza, donde el consentimiento se otorga en la elección del médico que será depositario de la confianza del paciente y su familia. En cuanto a la información, es posible deducir que el médico poseía el llamado privilegio terapéutico mediante el cual se abstenía de dar información a los enfermos graves para no empeorar su estado anímico, aunque no hay una referencia expresa al respecto. También se puede deducir la licitud del engaño por benevolencia para evitar un empeoramiento de la condición del paciente terminal.

Su primer comentarista fue el norteamericano Worthington Hooker (1806-1867) y, entre otras cuestiones, criticó este engaño por benevolencia. Señaló que los que favorecen esta práctica parten de supuestos errados: que el contenido de la información silenciada es perjudicial para el enfermo y que este ocultamiento se lleva generalmente de manera eficaz. Asimismo, precisa algunas consecuencias nefastas de la mentira: si el engaño se descubre o se sospecha, el efecto sobre el paciente es mucho peor que la reacción ocasionada por una declaración franca y completa de la verdad; se destruye la confianza en el médico en particular y crece la desconfianza en la profesión médica en general, incluso, se puede incrementar el efecto negativo sobre la enfermedad mental. Estas ideas tuvieron gran aceptación en muchas sociedades médicas.⁷⁹

3.4. INTRODUCCIÓN DEL SUJETO EN MEDICINA (INICIOS SIGLO XX)

La expresión "introducción del sujeto en Medicina" fue creada por Víctor von Weizsäcker⁸⁰ para designar uno de los rasgos más esenciales del saber y el quehacer médico del siglo XX: la metódica consideración de la realidad individual del enfermo – y, como consecuencia de ello, de la diversa relación del enfermo con

⁷⁹ Cfr. HOOKER, Worthington. *Physician and patient*. New York: Baker and Scribner, 1849. pp. 357 y ss.

⁸⁰ Viktor. Von Weizsäcker es el máximo representante y el más destacado arquitecto de la mentalidad antropológica y de la concepción del enfermo como persona. Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Ciencia, técnica..., op. cit.*, pp. 309-310.

el grupo social a que pertenece, en el empeño de diagnosticar y tratar técnicamente la afección que sufre.⁸¹

Según Pellegrino, el mosaico primigenio compuesto por diferentes componentes filosóficos expresados en el *Corpus Hipocraticum* empezó a ser cuestionado alrededor de los años sesenta como parte del cambio de valores morales en los Estados Unidos de América, generado por una serie de transformaciones sociales: mejor nivel de educación, expansión de la participación democrática a los movimientos en pro de los derechos civiles, pro feministas y al activismo de los consumidores; declinación de los valores compartidos por la comunidad; acentuación del énfasis de los diferentes orígenes étnicos y desconfianza generalizada con respecto a cualquier autoridad o institución.⁸²

De otro lado, la medicina misma sufrió fuertes cambios debido a la especialización, fragmentación, institucionalización y despersonalización del cuidado de la salud. Esta situación fue acompañada del crecimiento de los problemas de ética médica a raíz del incremento de la capacidad tecnológica para usos de investigación y experimentación científicos.

Consideramos, a continuación, algunos acontecimientos relevantes que, de una u otra forma, influyen poderosamente en la necesidad de tomar en cuenta al enfermo, no solo en cuanto sujeto con requerimientos terapéuticos sino como persona con capacidad de decidir entre diferentes opciones, según su propio sistema de creencias.

⁸¹ Sin perjuicio de ello, LAÍN ENTRALGO advierte otras notas diferenciales de la medicina contemporánea, posteriores a la segunda guerra mundial, a saber: a) La molecularización, la metódica resolución de explicar en términos de biología molecular todos los momentos estructurales de la enfermedad. b) La personalización, el intento de entender cuanto pasa en la vida del enfermo, en su condición de persona. c) La ecologización, que engloba los dos puntos anteriores, y propone entender el hecho cósmico y humano de la enfermedad teniendo en cuenta los tres momentos esenciales de la total instalación del hombre en la realidad: el ambiental, histórico y social. d) La formalización, esto es, la aproximación mental al hecho de la enfermedad mediante los recursos del conocimiento simbólico de la realidad visible (álgebra, análisis factorial, etc.). Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Ciencia, técnica..., op. cit.*, pp. 284 y ss.

⁸² Cfr. PELLEGRINO, Edmund, *op. cit.*, pp. 76-77.

A) DE LA AUTONOMÍA POLÍTICA A LA AUTONOMÍA PRIVADA

Aunque su influencia no fue decisiva en la aparición del consentimiento informado, consideramos relevante apuntar, como lo recuerda Simón Lorda, que el paso de la Modernidad por la filosofía política terminó destruyendo el paternalismo sociopolítico e introduciendo la necesidad del consentimiento informado de los ciudadanos como fuente de legitimidad del poder político.⁸³

En efecto, a partir de las teorías del contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII), el modelo de gobierno monárquico fue paulatinamente sustituido por la democracia representativa, mediante la cual el poder político recae en el gobernante no por mandato divino sino por voluntad de los ciudadanos: esta cesión solo tiene validez porque es realizado con el consentimiento individual, libre y voluntario de los que quedarán sometidos.⁸⁴

No obstante lo anterior, la Modernidad, si bien reconfiguró la ciencia y la Medicina, sustituyendo las teorías del naturalismo por la moderna filosofía de la ciencia y la Medicina, no afectó la ética médica y la forma tradicional de la relación médico-paciente, anclada en la ética naturalista griega y el paternalismo de los médicos hipocráticos. Así, aunque la vida privada –como opuesta a vida pública– es una conquista de la Modernidad⁸⁵, las formas típicas de la relación privada (tal es el caso de la familia, que constituye una estructura social que sustenta la vida privada y se encuentra profundamente influenciada por las estructuras públicas) han sabido resistir los cambios ideológicos profundos acerca

⁸³ Cfr. SIMON LORDA, Pablo, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

⁸⁴ Cfr. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de...*, *op. cit.*, pp. 144 y ss.; SIMON LORDA, Pablo, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

⁸⁵ Para mayores detalles, Cfr. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de...*, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

de la legitimidad del gobernante y la participación de los ciudadanos en la configuración de los Estados y el manejo del poder político.⁸⁶

En el paternalismo familiar se puede evidenciar, pues, la estructura política de la Edad Antigua y Media anclada en el naturalismo; de la cual es también heredera la relación médico-enfermo, que asumió el mismo esquema de relaciones patriarcales clásicas: el Padre-médico, omnipotente y protector; la Madre-enfermera, sumisa y acogedora y el Niño-obediente y dependiente. Esta forma de concebir la RMP alcanzará su nueva configuración recién entre los años 60-70.⁸⁷

B) SURGIMIENTO DE NUEVOS ENFOQUES EN MEDICINA

La "rebelión del sujeto" no quedó reducida al campo de la neurosis y se expandió a otras enfermedades internas no neuróticas. A modo de ejemplo, Laín Entralgo cita algunos aportes científicos importantes⁸⁸:

- Hacia 1918 Groddeck, Deutsch y Ferenczi emprenden el estudio y tratamiento psicoanalítico de ciertas enfermedades orgánicas e internas.
- En 1928 L. Von Krehl, reconocido clínico y fisiopatólogo, afirmó –en una conferencia– que la futura evolución de la medicina consistiría en el ingreso de la personalidad del enfermo en el quehacer médico, como objeto de investigación y estimación.
- La obra de V. Von Weizsäcker, máximo representante de la mentalidad antropopatológica. De sus escritos se desprende una severa exigencia: que el médico –ante el enfermo– se haga seriamente, estas preguntas: ¿por qué ahora? (porqué la enfermedad en este momento de su vida); ¿por qué aquí? (porqué enferma esta parte orgánica concreta de su cuerpo); ¿por

⁸⁶ Por eso afirma Gracia que los cambios que acompañan a las revoluciones liberales y democráticas no solo traen como consecuencia una nueva forma de concebir al individuo sino también a la familia. Cfr. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de...*, op. cit., pp. 143 y ss.

⁸⁷ Cfr. SIMON LORDA, Pablo, op. cit., pp. 42-43.

⁸⁸ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., pp. 230 y ss.

qué así? (porqué este cuadro clínico y no otro) y si la plena verdad del hombre está en la realización de su vida en estado de salud ¿qué verdad suya evidencia la no-verdad que existencialmente es el proceso de la enfermedad?

- De 1934 a 1939 la aparición en Estados Unidos –que posteriormente se expandió al todo el mundo– de una "medicina psicosomática", no como una especialidad sino como un modo integral de considerar toda la medicina. Esta concepción surge a partir de la aparición de una psicología conductista que analiza la relación entre los cambios físicos y corporales, la influencia del psicoanálisis y de la realidad de enfermar en una sociedad tan estresante como la norteamericana.
- La aparición de médicos (Rof Carballo, 1972; F. Vega Díaz, 1973) que tratan de vincular sistemáticamente los resultados de la investigación científico-natural de las funciones orgánicas y del proceso de la enfermedad, por una parte, y una concepción formalmente antropológica de la vida humana y la enfermedad, por otra.

C) LA TÉCNICA Y LA MASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

En 1965, el Presidente norteamericano Lyndon Baines Johnson aprobó, entre otros, dos programas de salud financiados por el Estado que dieron cobertura a dos grandes bloques sociales:

- i. Medicare, programa de seguro de salud para personas mayores de 65 años (o menores, en determinados supuestos) que brinda una ayuda con los gastos de cuidado de salud, aunque no cubre todos los gastos médicos ni la mayoría de los gastos de cuidado a largo plazo.⁸⁹
- ii. Medicaid, brinda protección médica y de hospital a las personas con ingresos limitados y que tienen muy pocos o ningunos recursos. Cada

⁸⁹ Detalles sobre su cobertura actual en *The official U.S. Government Site por Medicare* [ref. de 12 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.medicare.gov/>.

estado tiene sus propias reglas sobre quién tiene derecho y lo que cubre *Medicaid*.⁹⁰

Estos programas si bien facilitaron el acceso al sistema sanitario a un gran número de norteamericanos, significaron la pérdida cada vez más pronunciada de la relación personal entre el médico y el paciente y la masificación del servicio sanitario, donde el médico atiende, diagnostica y establece un tratamiento en un reducido espacio de tiempo, desconociendo así la subjetividad del enfermo. En efecto, el enfermo no estaba *allí* o mejor dicho, allí estaba pero reducido a ser un nombre, edad, sexo, tal y como lo reconoce Gregorio Marañón en 1935:

Yo no he tenido, en toda su trascendencia, idea del valor del elemento constitucional de la Medicina, como cuando hube de leer mis primeras historias clínicas: aquellas recogidas con tanta minucia, pero con tan mal método, en los últimos años de los estudios médicos y en los primeros de la vida profesional y hospitalaria. Se describían en ellas los síntomas, los análisis (químicos y bacteriológicos) y, a veces, las lesiones, es decir, la enfermedad; pero el enfermo no estaba allí. Ni una alusión a cómo era la persona que sustentaba la enfermedad.⁹¹

Paralelamente, surgieron una serie de nuevas técnicas sanitarias (diálisis renal, unidades de cuidado intensivo, técnicas de soporte vital, trasplantes, etc.) destinadas a pacientes muy graves y de las cuales dependía su supervivencia, a veces en condiciones precarias. La decisión sobre cuándo y a quién aplicarlas era de gran relevancia (sobre todo cuando el número de plazas disponibles era menor que el de candidatos a ocuparlas) y resulta lógico que los interesados quisiesen participar en esta decisión. La práctica terapéutica contemporánea se despersonaliza: gracias a la enorme eficacia diagnóstica y terapéutica de las técnicas despersonalizadoras (scanner, endoscopias, determinaciones bioquímicas, etc.), se produce la medicación causal o sintomática, situando al paciente ante el médico como un nombre o un número y no como un sujeto.

⁹⁰ Detalles sobre su cobertura actual en *Medicaid*. *Keeping America healthy* [ref. de 12 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.medicaid.gov/>.

⁹¹ Citado por LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Ciencia, técnica..., op. cit.*, pp. 286.

Esta situación fue acompañada del crecimiento de los problemas de ética médica ocasionados por el incremento de la capacidad tecnológica para usos de investigación y experimentación científicos que implicaba riesgos evidentes sobre la vida y salud de los pacientes.

Para Gracia, a partir de este momento, el enfermo deja de ser paciente para convertirse en agente, asume su condición de adulto responsable que (salvo en determinados casos) debe tomar las decisiones que afectan a su propio cuerpo.⁹²

4. PRIMACÍA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

En la última mitad del siglo XX, la configuración ética de la relación médico-paciente ha cambiado sustancialmente. Durante siglos el médico, como poseedor de unos conocimientos científicos y específicos sobre el cuidado debido de la salud (*lex artis*), ha desempeñado un rol activo y altamente influyente en la relación con el enfermo⁹³, mientras que a éste se le otorgaba, en líneas generales, la calidad de sujeto pasivo, dada su incapacidad –desde el punto de vista clínico– motivada por el sufrimiento, invalidez y dependencia que originaba la enfermedad padecida.

⁹² En el ámbito académico, se ha llegado así al empleo de la expresión "relación clínica" (o de "relación sanitaria"), que deja de lado expresiones como "paciente" (que evoca la condición de sujeto pasivo). También suele emplearse los términos "usuario" o "cliente" de "servicios sanitarios" para definir al enfermo, en la relación clínica. Sin embargo, consideramos que estos términos reducen al enfermo a un mero consumidor, olvidando la naturaleza personal y de dependencia que –aunque en menor grado– aún se percibe respecto del médico. Cfr. LÁZARO, José y GRACIA GUILLÉN, Diego. La relación médico-enfermo a través de la historia. *Anuario del Sistema Sanitario de Navarra*. 2006, vol 29, suplemento 3. pp. 7-17.

⁹³ La palabra "enfermo" proviene del latín *infirmus*, que significa sin firmeza, débil, referido no sólo a la fortaleza física sino también a la espiritual o moral. Cfr. PALOMARES BAYO, Magdalena; LÓPEZ Y GARCÍA, Javier. *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica; estudio de su evolución jurisprudencial*. Granada: Comares, 2002. p. 3.

Esta tendencia va cediendo ante la aparición de un ámbito cada vez más extenso de autonomía de los individuos en las decisiones relacionadas con su cuerpo y su salud, manifestado de manera concreta en las regulaciones jurídicas que reconocen al paciente un cúmulo de derechos frente al quehacer del médico, convirtiendo a aquél en un sujeto activo en las decisiones con implicancias sanitarias. Entre ellos destacan el deber de recabar, en cualquier actuación en el ámbito de la salud, el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez recibida la información oportuna, que le permita adoptar una decisión que respete su jerarquía de valores personales.

Esta forma de entender el rol del enfermo en la relación clínica es una consecuencia de los cambios anotados precedentemente, que ha dado lugar al llamado principio de autonomía del paciente, cuya manifestación jurídica más importante es el consentimiento informado.

A continuación, para una mejor comprensión del tema que nos ocupa y el giro copernicano ocurrido en la forma de concebir la relación médico-paciente, definiremos el concepto de autonomía –diferenciándolo del de libertad– y presentaremos las primeras regulaciones jurídicas que, sobre la base de esta nueva concepción, le dan contenido al consentimiento informado.

4.1. LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

Como consecuencia de los acontecimientos ocurridos a partir de la Segunda Guerra mundial, la experimentación con seres humanos, la masificación de los servicios sanitarios y el vertiginoso avance tecnológico y científico, el valor de la dignidad del ser humano *per se* ha sido relativizado. Se hace necesario, pues, el establecimiento de un conjunto de criterios o lineamientos que aseguren el valor del ser humano por encima del progreso técnico y científico, sin que lo convierta

en inviable, sobre todo en los campos directamente vinculados con la vida/muerte del hombre.⁹⁴

Como veremos más adelante, será a partir de la aparición del Informe Belmont que se empezará a considerar el Principialismo o Bioética de los Principios como la concepción más aceptada y utilizada en la resolución de casos con implicancias serias sobre la vida y la integridad del ser humano, reforzada por la doctrina y jurisprudencia norteamericana del *informed consent*.

Este paradigma teórico propugna la aplicación del principio de autonomía, que implica el máximo respeto por las opiniones, juicios, valores, criterios y derechos del paciente o sujeto de investigación, junto a los principios de beneficencia, no-maleficencia y justicia.

A) PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: AUTONOMÍA Y LIBERTAD

Conforme lo señala Junquera, nos encontramos en una etapa de inflación en el uso del término *autonomía*. Sobre todo en cuestiones de bioética, se hace referencia continua a expresiones como "autonomía del ser humano", "autonomía del paciente", "derecho a la autonomía", etc. Algunos autores lo consideran como la faceta moderna del término "libertad". Esta simplificación conlleva a una reducción importante del significado de ambos términos que tienen sus raíces en el ámbito de la moral.⁹⁵

Dado este contexto, previamente a reflexionar sobre el principio de autonomía y su concepción actual en el marco de la bioética contemporánea predominante,

⁹⁴ Cfr. FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 125-130.

⁹⁵ Cfr. JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. El paciente y su capacidad de decidir en el ordenamiento español. En: JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael (dir.). *Bioética y bioderecho: Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*. Granada: Comares, 2008. pp. 129 y ss.

conviene realizar una breve precisión sobre estos conceptos estrechamente vinculados.

La palabra "autonomía" procede del latín *autonomía*, y este del griego *αὐτονομία* (*auto/nomos*, es decir, el que se da a sí mismo sus propias leyes). Para la Real Academia de la Lengua, la autonomía está definida como condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie.⁹⁶

En la política, hace referencia a la capacidad que tiene la sociedad política para administrarse a sí misma. En el plano filosófico, nos remite a la ética, como opuesto al término "heteronomía" –código de conducta emanado de un legislador que no es el mismo sujeto– e implica la capacidad genérica de autodeterminación o de autogobierno en el momento de establecer las normas rectoras del obrar humano.⁹⁷

Según Junquera, este concepto comienza a elaborarse en la Edad Media a raíz de las polémicas suscitadas por las distintas tendencias filosóficas acerca de la conciencia de los individuos y de la necesidad de que, en el campo de la moral, cada uno se rija por su propia conciencia. Su afirmación como principio es el resultado de la reivindicación de la libertad del hombre frente a todo poder (político, religioso, social). Como ha sido esbozado en los apartados precedentes, tiene su máxima expresión entre los siglos XVII - XVIII y es utilizado como paradigma de la revolución liberal. En el siglo XIX Kant definirá la autonomía como la capacidad de autonormarse, de darse leyes a sí mismo, constituyéndose en fundamento de la filosofía moral.⁹⁸

⁹⁶ Autonomía. f. Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [ref. de 12 de julio de 2012]. Disponible en: <http://rae.es/rae.html>.

⁹⁷ Cfr. ABELLÁN SALORT, José Carlos. *Bioética, autonomía y libertad*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2006. p. 32.

⁹⁸ Cfr. JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

En esta misma línea, Stuart Mill desarrolla una teoría política basada en la autonomía moral, donde todo hombre es soberano sobre su cuerpo, sobre su mente y sobre sí mismo. El límite a esta soberanía es prevenir el daño a otros. En su sociedad ideal, la función de la ley es crear las condiciones que le llevarán a estar cada vez menos relacionada con la aplicación de una determinada moralidad. La autonomía es un bien intrínseco que debe ser respetado y fomentado.⁹⁹

A mayor abundamiento, algunos filósofos contemporáneos, como es el caso de Marina¹⁰⁰, advierten diversos significados actuales de la palabra autonomía:

- Como capacidad de autonormarse o autogestionarse a través de la posibilidad de controlar y administrar recursos, medios, modos y fines de actuación.
- Como capacidad absoluta de autodeterminación, que implica una ausencia de coacción externa, poder conseguir cualquier objetivo personal, los propios propósitos bajo la lógica de "el fin justifica los medios".
- Como autosuficiencia, entendida como la capacidad para realizarse como persona, existencialmente hablando, motivando, en muchos casos, el éxito de los llamados "manuales de autoayuda", libros con los que la gente se siente confortada o reforzada al advertir que pueden alcanzar la autonomía.
- Como seguridad y medio para alcanzar la felicidad, en tanto que existe la posibilidad que nos garantice que las cosas vayan de acuerdo a nuestras preferencias, sin estar inmersos en el azar del destino o de los deseos de los demás.

En relación con término "libertad", la Real Academia de la Lengua la define de dos formas: como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera

⁹⁹ Cfr. ABELLÁN SALORT, José Carlos. "El Principio de Autonomía en la Bioética Personalista". Director: José Miguel Serrano Ruiz-Calderón. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2003. pp. 98 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. MARINA, José Antonio. *El misterio de la voluntad perdida*. Barcelona: Anagrama, 1997. p. 147 y ss.; *Ibid.*, pp.245 y ss.

o de otra, y de no obrar; por lo que es responsable de sus actos; y como la contravención desenfrenada de las leyes y buenas costumbres.¹⁰¹

Por su parte, en la historia del pensamiento, la libertad se ha entendido de dos formas: o bien como la manera propiamente humana de radicarse en el *ser*, es decir, de asumir inteligentemente su condición finita, o como independencia respecto de la realidad. En el primer supuesto, la libertad no es una ley en sí misma, sino que está regulada por la realidad propia del mismo *ser* limitado y finito. La cultura moderna y contemporánea, sobre todo a partir de la Ilustración entiende la libertad en su segunda acepción, es decir, como autonomía absoluta, incluso de sus propios límites naturales.¹⁰²

Respecto a este tema, López Quintás hace una distinción, a nuestro entender, clara: la libertad supone la libre elección y ésta, a su vez, un grado de autonomía que será necesario conciliar o limitar con normas externas y con deberes de solidaridad para alcanzar la verdadera libertad. Por ejemplo, al explicar la relación entre la censura y la libertad, este autor precisa que, sorprendentemente, la censura fomenta la libertad, o mejor aún, "un tipo de censura hace posible un tipo de libertad [...] Si marco los límites en que debe moverse mi conferencia, renuncio a la libertad de maniobra, la libertad de actuar en cada momento según mi capricho [...] Fue una opción libre, impulsada desde mi interior, por el convencimiento de que la renuncia a este tipo de libertad me iba a deparar un modo de libertad superior".¹⁰³ Nos encontramos ante dos modos de libertad de valor distinto, jerarquizado y se ha concedido primacía al más relevante. Ello ha implicado una renuncia pero ésta no supone una "represión" sino una "plenificación". La libertad humana es, pues, más que el libre arbitrio (libertad de obrar).

¹⁰¹ Libertad. (Del lat. *libertas*, -*ātis*) / Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [ref. de 12 de julio de 2012]. Disponible en: <http://rae.es/rae.html>.

¹⁰² Cfr. Barrio Mestre citado por ABELLÁN SALORT, José Carlos. "El Principio de ..., *op. cit.*, pp. 56-57.

¹⁰³ LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. *El arte de pensar con rigor y vivir de forma creativa*. Madrid: APCH, 1993. pp. 313-314.; *Ibid.*, *loc. cit.*

En líneas generales, la autonomía es una dimensión o aspecto básico de la libertad de las personas que se identifica con su capacidad para autodeterminarse, su aptitud para darse a sí mismo la norma de conducta. La libertad no equivale ello. Toda norma recta promueve también la libertad, aunque no proceda de la voluntad propia.¹⁰⁴

Ahora bien, frente a estas diferencias esenciales, la sociedad contemporánea tiende a hacer equivalentes los conceptos de libertad y autonomía, entendiendo ambos como la capacidad ilimitada para actuar y autogobernarse.

B) FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

No obstante que Beauchamp y Childress se cuidaron de establecer un orden lexicográfico entre los principios bioéticos, el principio de autonomía tiene un rol preponderante en su sistema, como en toda bioética contemporánea.¹⁰⁵

Según su formulación inicial, este principio intenta encontrar un significado de la autonomía que sea adecuado para examinar, sobre todo, las decisiones de las personas en el ámbito biomédico (sanidad e investigación científica), centrado en el consentimiento y rechazo informados. El individuo autónomo obra libremente de conformidad con un plan de acción elaborado por sí mismo. Para que se dé esta situación es necesario, en la mayoría de los casos, que ocurran dos condiciones:

- Que exista libertad externa, es decir, que la persona debe carecer de elementos, situaciones o sujetos externos que lo condicionen o limiten.

¹⁰⁴ Cfr. BARRACA MAIRAL, Javier. El consentimiento informado a la luz de la humanización de la medicina: de los valores a la persona concreta. En: ABELLÁN SALORT, José Carlos (coord.). *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: Aspectos biojurídicos*. Madrid: Difusión, 2007. pp. 21 y ss.

¹⁰⁵ Seguimos en este apartado lo expuesto por FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

- Que exista libertad interna, es decir, que la persona pueda obrar con intención, a sabiendas de lo que hace o deja de hacer.

Concretamente, el principio de respeto por la autonomía puede formularse de dos maneras: positiva y negativamente. En su formulación positiva, el principio de respeto por la autonomía exige, en el ámbito de las ciencias biomédicas, un trato respetuoso a los pacientes o sujetos de investigación en la comunicación de informaciones, revelar toda la información que se considere oportuna para una adecuada toma de decisiones, y favorecer sus decisiones autónomas, adoptadas de forma voluntaria, sobre la base de una comprensión adecuada de la información proporcionada.

Negativamente, este principio exige que las acciones autónomas de las personas no sean sometidas por otras personas a controles externos que puedan limitarlas o impedirles.

Se trata de un principio *prima facie*, es decir, que obliga en principio o en igualdad de condiciones, pero que puede ser postergado por otras consideraciones morales en casos conflictivos, por ejemplo, en el caso de personas con autonomía disminuida (menores de edad, enfermos mentales, etc.), en casos de urgencias médicas o de seguridad ciudadana. Sin embargo, muchas de estas excepciones deben ser contenidas en normas jurídicas que las respalden para asegurar su primacía.

4.2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA PRIMACÍA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

En el plano jurídico, la autonomía del paciente tiene su manifestación más importante en la aparición del consentimiento informado. Este se ha ido gestando

de manera diferente, según se trate del ámbito clínico o de la experimentación con seres humanos.¹⁰⁶

Según lo veremos en el capítulo siguiente, en el caso de la atención sanitaria, la doctrina del CI hunde sus raíces en la jurisprudencia norteamericana, es regulada jurídicamente, por primera vez de manera nítida, en la Carta de Derechos de los Pacientes de la Asociación Americana de Hospitales (*American Hospital Association*) y tiene una de sus manifestaciones más significativas en la *Patient self-Determination Act* (1990).¹⁰⁷

Por su parte, en el ámbito de la investigación científica, el CI tiene su origen en la normativa que aparece ante la magnitud de los hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial en materia de experimentación con seres humanos. Ello se ve agravado por la experimentación o investigación encubierta de algunos profesionales sanitarios, quienes, bajo apariencia de búsqueda del mayor bienestar del paciente o el ejercicio de la *lex artis* médica, abusan de la confianza otorgada, encubren su afán científico y ponen en riesgo u ocasionan un perjuicio real en la vida, integridad o salud corporal o psíquica del sujeto sometido a la investigación.

Aunque nuestro tema se centra en la relación clínica, consideramos importante abordar los primeros textos jurídicos que regulan de manera unificada el CI en la investigación científica por cuanto, algunos de éstos –como el informe Belmont– se han convertido, quizá sin pretenderlo, en fundamento teórico de la concepción actual acerca de la primacía del principio de autonomía y la relevancia del CI en la asistencia sanitaria.

¹⁰⁶ En líneas generales, exponemos el itinerario jurídico expuesto por SIMON LORDA, Pablo, *op. cit.*, pp. 72 y ss.; MANSON, Neil C; O'NEILL, Onora. *Rethinking informed consent in bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. pp. 1 y ss.

¹⁰⁷ *Vid infra*. Primera Parte, capítulo 2, apartado 7.

A) CÓDIGO DE NÚREMBERG (1946)

Debido a las experimentaciones masivas –no consentidas– con seres humanos realizadas durante la Segunda Guerra Mundial, el derecho alemán vio la necesidad de otorgar al consentimiento un carácter primario, vinculándolo estrechamente a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, contenidos en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn.

El Tribunal de Núremberg (1945-1946) encargado de juzgar, entre otros, los experimentos realizados en seres humanos en diferentes campos de concentración nazi durante la Guerra, elaboró un informe que recibió la denominación de Código de Núremberg (1946), cuyo artículo 1º afirma que:

El consentimiento voluntario del ser humano es absolutamente esencial.

Esto quiere decir que la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza; y deberá tener información y conocimiento suficiente de los elementos del correspondiente experimento, de modo que pueda entender lo que decide. Este último elemento exige que, antes de aceptar una respuesta afirmativa por parte de un sujeto experimental, el investigador tiene que haberle dado a conocer la naturaleza, duración y propósito del experimento; los métodos y medios conforme a los que se llevará a cabo; los inconvenientes y riesgos que razonablemente pueden esperarse; y los efectos que para su salud o personalidad podrían derivarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad de evaluar la calidad del consentimiento corren de la cuenta de todos y cada uno de los individuos que inician o dirigen el experimento o que colaboran en él. Es un deber y una responsabilidad personal que no puede ser impunemente delegado en otro.¹⁰⁸

¹⁰⁸ TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Código de Núremberg [ref. de 2 de febrero de 2012]. Disponible en: <http://www.unav.es/cdb/intnuremberg.html>

En este marco, atendiendo a la creciente protección jurídica de los derechos fundamentales contra los ataques originados por los poderes públicos y la evidente insuficiencia del sistema legal para proteger al ciudadano de las agresiones efectuadas por particulares, adquiere relevancia la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales no son derechos públicos subjetivos eficaces sólo frente al Estado, sino que también pueden ser opuestos a particulares, por lo que los poderes públicos deben garantizar su ejercicio.¹⁰⁹

B) DRUG AMENDENTS ACT (1962)

El crecimiento acelerado y poco regulado de la investigación biomédica a partir de la segunda mitad del siglo XX dejó de lado la pregunta por la ética en la experimentación en el ser humano. Si bien es cierto que el Código de Núremberg afirma que el consentimiento del sujeto es esencial en la experimentación, en la práctica, a pesar de ser ampliamente aceptado por la comunidad internacional, se consideraba aplicable sólo a los hechos ocurridos en un régimen nazi, imposible de acontecer en gobiernos democráticos.¹¹⁰

Bajo esta premisa, se torna necesario, con miras a salvaguardar la dignidad de los sujetos o pacientes utilizados en la investigación o experimentación biomédica, sentar las bases jurídicas para asegurar la existencia de su consentimiento informado, la corrección del diseño de la investigación y el desarrollo de procedimientos adecuados de control.

Estados Unidos fue el primer Estado en establecer una regulación administrativa al respecto. Los antecedentes se dan con la apertura de *The Clinical Center of the*

¹⁰⁹ Cfr. LÓPEZ-CHAPA, Sara. *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*. Barcelona: Bosch, 2007. pp. 34-37.

¹¹⁰ En este punto, seguiremos lo señalado por FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press, 1986. pp. 202 y ss.; BERG, Jessica; APPELBAUM, Paul; PARKER, Lisa; LIDZ, Charles. *Informed consent: Legal theory and clinical practice*. New York: Oxford University Press, 2001. pp. 253 y ss.

National Institutes of Health (NIH) en 1953 que se encargó de formular unos lineamientos generales en torno a la obtención consentimiento informado del sujeto de investigación, cuya aplicación se restringía al caso de los voluntarios-no pacientes, siempre que no exista la posibilidad de una afectación grave.

La necesidad de este proceso regulatorio se ve potenciada, en 1962, por la crisis de la talidomide (*thalidomide tragedy*) en Europa, un fármaco sedativo que, además de ser dañino para la mujer embarazada, generó gran número de deformaciones congénitas en los fetos. El resultado fue la aprobación por el Congreso de la Ley de Enmiendas sobre fármacos (*Drug Amendments Act 1962*) en la que se estableció la obligación legal de obtener el consentimiento informado de los sujetos antes de ser sometidos a experimentación o investigación alguna.

En este mismo año se inició la revisión de los procedimientos regulatorios de la *Food and Drug Administration* (FDA), que se encargaba de verificar, aprobar y controlar el uso de nuevos medicamentos en Estados Unidos. En 1973 se aprueba la nueva normativa pero cargada de zonas ambiguas, que se alejan de la claridad y precisión evidenciada en la Ley de Enmiendas sobre medicamentos.

C) DECLARACIÓN DE HELSINKI (1964)

A la vista de los sucesos desencadenados durante la Segunda Guerra Mundial y a la luz del informe sobre los "Crímenes de Guerra y la Medicina" recibido en la II Asamblea General, la Asociación Médica Mundial (*World Medical Association*) vió la necesidad de de establecer normas éticas para los médicos del mundo. Nombró para tal efecto un Comité de Estudio para preparar un Código Internacional de Ética Médica. Se presentó un proyecto a la Sesión del Consejo del primer semestre de 1949, que fue aprobado, con algunas enmiendas, durante la III Asamblea General de la AMM en Londres, en octubre 1949 con el título de "Código Internacional de Etica Médica". Incluye a ellos la Declaración de

Ginebra (1948), que constituye un estatuto de deberes éticos para los médicos, una versión adaptada del Juramento Hipocrático.

Posteriormente, de 1949 a 1952, ante las denuncias de las violaciones de la ética médica y los crímenes cometidos por facultativos durante las guerras y otras actividades ilícitas promovidas por médicos, la AMM vió la necesidad de implementar un comité permanente de Ética Médica, en cuyo seno, en 1953 se plantea la idea de elaborar un documento que recoja un conjunto de principios éticos para la investigación médica en seres humanos.

El primer proyecto fue presentado en 1961 y revisado posteriormente hasta su aprobación durante la 18ª Asamblea General, en Helsinki en 1964 con el título de Principios Éticos para las Investigaciones Médicas en Seres Humanos (Título original, *The Declaration of Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*), más conocida como "Declaración de Helsinki" y fue presentada como una propuesta de principios éticos orientativos para los médicos y a otras personas que realizan investigación médica en seres humanos. Este documento resalta la protección de los derechos humanos en la investigación médica, especialmente, en el aspecto del deber de información a los sujetos acerca de los riesgos y ventajas de participar en la investigación. Asimismo, precisa que la participación en los mismos debe ser voluntaria y libre de coacción.¹¹¹ Posteriormente, este documento fue sometido a diversas revisiones, adiciones, aclaraciones, rectificaciones y actualizaciones terminológicas.¹¹²

¹¹¹ ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. Declaración de Helsinki (1964) [ref. de 15 de enero 2012]. Disponible en: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/index.html>. Cfr. MANSON, Neil C; O'NEILL, Onora. *op.cit*; pp. 6 y ss.

¹¹² Las modificaciones al primer documento corresponden a las siguientes Asambleas Generales de la AMM: 29ª Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, octubre 1975; 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983; 41ª Asamblea Médica Mundial, Hong Kong, septiembre 1989; 48ª Asamblea General Somerset West, Sudáfrica, octubre 1996; 52ª Asamblea General, Edimburgo, Escocia, octubre 2000; Nota de Clarificación del Párrafo 29, agregada por la Asamblea General de la AMM, Washington 2002; Nota de Clarificación del Párrafo 30, agregada por la Asamblea General de la AMM, Tokio 2004; 59ª Asamblea General, Seúl, Corea, octubre 2008.

Su impacto a nivel internacional fue evidente. En el campo de la experimentación con seres humanos, impluso la creación de Comités Éticos en diversos países para controlar los proyectos de investigación, ha sido recomendada por la OMS y citada por muchos laboratorios internacionales, sociedades de especialidades médicas, comité de ministros del Consejo de Europa, entre otros.

D) EL INFORME BELMONT (1979)

No obstante las regulaciones existentes, continuaron los abusos en la experimentación o investigación con seres humanos pertenecientes a grupos vulnerables, que fueron denunciados paulatinamente a través de diversas publicaciones (Hery K. Beecher, M.H. Papsworth, Jay Katz, *New York Times*). Entre ellos destacaron: el *Jewish Chronic Disease Hospital Case*, que inyectaba células cancerígenas en ancianos para verificar su reacción inmunológica (conocido entre 1964-1965); El *Willowbrook State School Hepatitis Study*, que infectaba artificialmente el virus de la hepatitis a niños con discapacidad mental para estudiar la etiología y epidemiología de la enfermedad (conocido en 1971); y el *Tuskegee Syphilis Study*, donde 400 ciudadanos de color del Estado de Alabama no fueron curados –aunque se conocía el remedio– para conocer y estudiar la evolución natural de la enfermedad (con una duración de 1932-1972).¹¹³

Frente a estos hechos, en 1974, el Congreso de los Estados Unidos constituye la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, cuyo objetivo era establecer los principios éticos mínimos que deben respetarse en toda investigación.¹¹⁴ Entre sus miembros y adjuntos

¹¹³Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, pp. 161 y ss.; BERG, Jessica; APPELBAUM, Paul; PARKER, Lisa; LIDZ, Charles, *op. cit.*, pp. 255 y ss.

¹¹⁴ Diversas son las comisiones, establecidas por el Presidente o el Congreso norteamericano, conformadas durante cuarenta años con la finalidad de obtener el consejo de expertos sobre temas específicos relacionados con temas bioéticos. Aunque difieren en su composición, metodología, áreas de trabajo, comparten el compromiso de realizar un cuidadoso examen y análisis de las consideraciones éticas que subyacen en las actividades realizadas en Estados

figuran Tom L. Beauchamp, Albert Jonsen, Robert Levine, Stephen Toulmin. El resultado de su trabajo (1974-1978) está compuesto por 19 informes, de los cuales nos interesa rescatar *The Belmont Report on Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, el llamado Informe Belmont, dedicado a reflexionar sobre los principios éticos fundamentales en investigación.¹¹⁵

Este documento define la expresión "principios éticos básicos" como aquellos criterios generales que sirven como base para justificar muchos de los preceptos éticos y valoraciones particulares de las acciones humanas. Para la ética de la experimentación con seres humanos se reconocen tres principios relevantes:

- i. *El respeto a las personas.* Este principio incluye por lo menos dos convicciones éticas: La primera, que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos. Para ello es necesario reconocer la autonomía de la persona¹¹⁶ y brindarle protección para que pueda ser ejercitada libremente; y la segunda, que todas las personas cuya autonomía está disminuida tienen derecho a esta protección. Por tanto, se concluye que en la mayoría de las investigaciones en los que se emplean sujetos humanos, el respeto a las personas exige que los sujetos entren en la investigación voluntariamente y con la información adecuada.

Unidos norteamericanas, relacionadas con la ciencia, la medicina y la tecnología. Actualmente se le denomina *The Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues* [ref. de 23 febrero de 2012]. Disponible en: <http://bioethics.gov/cms/history>.

¹¹⁵ Cfr. THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report on Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1978.

¹¹⁶ Una persona autónoma es un individuo que tiene la capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y de obrar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía significa dar valor a las consideraciones y opciones de las personas autónomas, y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones a no ser que éstas sean claramente perjudiciales para los demás. Mostrar falta de respeto a un agente autónomo es repudiar los criterios de aquella persona, negar a un individuo la libertad de obrar de acuerdo con tales criterios razonados, o privarle de la información que se requiere para formar un juicio meditado, cuando no hay razones que obliguen a obrar de este modo. Cfr. THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *op. cit.*, pp. 4-6.

- ii. *Beneficencia*. Se trata éticamente a una persona no sólo respetando sus decisiones y protegiéndolas de daño, sino también esforzándose en asegurar su bienestar. Esta forma de proceder cae dentro del ámbito del principio de beneficencia. Expresiones complementarias de los actos de beneficencia son: (1) No causar ningún daño, y (2) maximizar los beneficios posibles y disminuir los posibles daños. Este principio se ampara en la máxima hipocrática *primum non nocere*. El problema planteado por estos imperativos es decidir cuándo buscar ciertos beneficios puede estar justificado, a pesar de los riesgos que pueda conllevar, y cuándo los beneficios deben ser abandonados debido a los riesgos que conllevan.¹¹⁷

- iii. *Justicia*. ¿Quién debe ser el beneficiario de la investigación y quién debería sufrir sus cargas? Este es un problema que afecta a la justicia, en el sentido de "equidad en la distribución", o "lo que es debido". Se da una injusticia cuando se niega un beneficio a una persona que tiene derecho al mismo, sin ningún motivo razonable, o cuando se impone indebidamente una carga. Otra manera de concebir el principio de justicia es afirmar que los iguales deben ser tratados con igualdad.¹¹⁸

La aplicación práctica de los principios generales enunciados lleva a la consideración de los siguientes requerimientos: consentimiento informado, valoración de beneficios y riesgos, selección de los sujetos de investigación. Nos detendremos brevemente en el consentimiento informado.

El informe define el consentimiento informado como una manifestación del respeto a las personas mediante la cual se exige que se proporcione a los sujetos,

¹¹⁷ El término "beneficencia" se entiende frecuentemente como aquellos actos de bondad y de caridad que van más allá de la obligación estricta. En este documento, beneficencia se entiende en sentido más radical, como una obligación. *Ibid.*, pp. 6-8.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 8-10.

en la medida de sus capacidades, la oportunidad de escoger lo que les pueda ocurrir o no. Establece, en líneas generales, que todo procedimiento de consentimiento informado debe constar de tres elementos: información, comprensión y voluntariedad.

Sobre el contenido, recoge una serie de puntos específicos que deben asegurarse para que la persona esté informada de manera suficiente: el procedimiento de la investigación, sus fines, riesgos y beneficios que se esperan, procedimientos alternativos (cuando el estudio está relacionado con la terapia), y ofrecer al sujeto la oportunidad de preguntar y retirarse libremente de la investigación en cualquier momento de la misma. Se propusieron otros puntos adicionales, tales como la forma en que se debe seleccionar a los sujetos, la persona responsable de la investigación, etc. No obstante lo anterior, reconoce que la simple enumeración de puntos no da una respuesta a la pregunta de cuál debería ser el criterio para juzgar la cantidad y la clase de información que debería ser facilitada.¹¹⁹ Entre otras cosas, precisa que la información sobre los riesgos no debe ser nunca ocultada para asegurar la cooperación de los sujetos, y a sus preguntas directas sobre el experimento deberían siempre darse respuestas verdaderas.

Respecto de la comprensión, determina que el modo y el contexto en los que se comunica la información es tan importante como la misma información e invita a los investigadores a adoptar medidas especiales cuando la capacidad de comprensión está limitada severamente.

En relación con la voluntariedad, recuerda que el acuerdo de participar en un experimento constituye un consentimiento válido si ha sido dado

¹¹⁹ Juzga como inadecuados que los niveles de información se adecuen a los estándares del médicos de cabecera o los que ejercen en instituciones o al estándar de la persona razonable. Propone el criterio del "voluntario razonable": la medida y naturaleza de la información debería ser tal que las personas, sabiendo que el procedimiento no es necesario para su cuidado ni quizás tampoco comprendido por completo, puedan decidir si quieren tomar parte en el progreso del conocimiento. *Ibid.*, pp. 11 y ss.

voluntariamente. Este elemento del consentimiento informado exige unas condiciones libres de coerción e influencia indebida.¹²⁰

Un año después, este informe sirve de fundamento a la obra *Principles of Biomedical Ethics* (Principios de ética biomédica) de Tom L. Beauchamp y James F. Childress (1979), que recoge, desarrolla y amplía a toda la actividad biomédica, los principios enunciados en el Informe Belmont (1978), pero divide el principio de beneficencia en dos: el principio de no maleficencia (*primun non nocere*) y el principio de beneficencia *strictu sensu*, contenido en el Juramento Hipocrático ("llevaré adelante ese régimen, el cual de acuerdo con mi poder y discernimiento será en beneficio de los enfermos").¹²¹

Como ya hemos mencionado al inicio de este apartado, la doctrina contenida en este libro, se constituye como el fundamento actual del principialismo o Bioética de los Principios, la concepción más aceptada y utilizada en la resolución de casos con implicancias bioéticas.

E) PAUTAS ÉTICAS INTERNACIONALES EN INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA (1983)

El Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) es una organización internacional no gubernamental que tiene relaciones oficiales con la OMS. Fundado en 1949 bajo el auspicio de la OMS y la UNESCO.

¹²⁰ Se da coerción cuando se presenta intencionadamente una exageración del peligro de la enfermedad con el fin de obtener el consentimiento. La influencia indebida, por contraste, ocurre cuando se ofrece una recompensa excesiva, sin garantía, desproporcionada o inapropiada o cualquier ofrecimiento con el objeto de conseguir el consentimiento. Del mismo modo, incentivos que ordinariamente serían aceptables pueden convertirse en influencia indebida si el sujeto es especialmente vulnerable. *Ibid.*, pp. 14.

¹²¹ Cfr. BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of biomedical ethics*. New York: Oxford University Press, 2009 y la edición en español; *id.* *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Masson, 1998.

A finales de 1970 se inicia el establecimiento de sistemas de salud en algunos países recientemente independizados. El CIOMS, en colaboración con la OMS, empezó a preparar pautas para indicar el modo en que los principios éticos establecidos por la Declaración de Helsinki para guiar la conducta de la investigación biomédica en seres humanos, debían ser aplicados de manera efectiva, particularmente en los países en desarrollo, considerando sus circunstancias socioeconómicas, leyes y otras regulaciones, así como sus disposiciones ejecutivas y administrativas. Esta actividad culminó en 1982, con la "Propuesta de Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos".

El vertiginoso avance en medicina y biotecnología, las nuevas prácticas de investigación y experimentación en poblaciones vulnerables y el inicio de la pandemia de VIH/SIDA, con las consiguientes propuestas para realizar ensayos de vacunas y medicamentos a gran escala para su tratamiento, provocaron nuevos dilemas éticos que desencadenaron una revisión de los principios ya establecidos. Se obtuvo como resultado dos conjuntos de pautas: las *Pautas Internacionales para Revisión Ética de Estudios Epidemiológicos*, en 1991, y las *Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos*, en 1993.¹²²

Posteriormente, ante el requerimiento de realizar experimentos en personas de bajos recursos para intentar controlar del problema del VIH/SIDA, a través de medicamentos y vacunas cuyo costo pudiesen afrontar los países más pobres y, ante los desacuerdos de corte ético entre los expertos, se propuso la actualización de las Pautas de 1993. Sobre la base del documento elaborado en el año 2000, titulado *Biomedical Research Ethics: Updating International Guidelines. A Consultation* (Ética de la investigación biomédica: Una consulta para la actualización de las pautas internacionales), se elabora un nuevo texto en el año 2002, que sustituye al de 1993 y está destinado a orientar, especialmente a los

¹²² CONSEJO DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE LAS CIENCIAS MÉDICAS y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos* [ref. de 14 de agosto de 2012]. Disponible en: <http://www.cioms.ch/>

países de escasos recursos, en la definición de pautas nacionales sobre ética de la investigación biomédica, aplicando estándares éticos en condiciones locales, y estableciendo o redefiniendo mecanismos adecuados para la evaluación ética de la investigación en seres humanos.

4.3. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LA ACTUALIDAD

Según afirma Abellán Salort¹²³, la bioética secular contemporánea está marcada por un enfoque prácticamente procedimental, dirigido a dar soluciones concretas –aunque muy diversas para casos análogos– en un contexto caracterizado por la tolerancia casi absoluta provocada por la existencia de un pluralismo ideológico, filosófico y moral; la creencia de que no existe una forma de garantizar que lo moralmente desviado sea necesariamente equivocado; un escepticismo general respecto a la posibilidad que exista una verdad objetiva sobre el hombre; y, finalmente, la convicción de que es imposible el acuerdo moral entre visiones diferentes, provenientes de tradiciones filosóficas, religiosas y morales muy distantes de las occidentales.

Las materias que trata esta disciplina son de diferente índole: aborto, diagnóstico prenatal, técnicas de reproducción asistida (FIV), control de natalidad, relaciones médico-paciente, investigación y terapia genética, políticas económico-sanitarias, eugenesia, eutanasia, experimentación con células madre, clonación, entre otros.

Sin duda, la forma más acabada de esta bioética procedimental es aquella fundamentada en los principios de autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia, de origen norteamericano. Como ya hemos señalado, se trata de la bioética de los principios que sirve de pauta para el *decision-making* en la praxis de los profesionales sanitarios.

¹²³ Cfr. ABELLÁN SALORT, José Carlos, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

Para Abellán Salort, el éxito del principialismo está en su coherencia con dos ideas:

- i. El único absoluto moral que puede servir de pauta operativa práctica es el máximo respeto a la autonomía del ser humano, sobre todo desde el desarrollo y difusión del CI.
- ii. Dada su gran aceptación en los ordenamientos contemporáneos y su consiguiente protección jurídica, en un esquema de prioridad fáctica, el principio de autonomía prevalece sobre los demás principios en la mayoría de los casos.

Dado que el análisis y la crítica de esta teoría excede el propósito de este trabajo, nos limitaremos a advertir, con Abellán Salort que la preponderancia del principio de autonomía es "fruto de la adopción por la filosofía y la legislación de nuestra época de un concepto autonomista de la libertad", de origen kantiano, que fundamenta su contenido en el consenso y, por tanto, es incapaz de establecer normas *erga omnes* en un contexto éticamente plural que protejan la vida humana desde sus primeros estadios de desarrollo o en los últimos momentos de su existencia, dejando abierta la posibilidad de cometer graves atentados contra la dignidad humana.¹²⁴

¹²⁴ Mayor profundidad en el análisis, consultar ABELLÁN SALORT, José Carlos. "El Principio de Autonomía en la Bioética Personalista", *op.cit.*, pp. 7 y ss.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL *INFORMED CONSENT* EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

El *informed consent* tiene su origen en los tribunales norteamericanos, quienes van manifestando de manera gradual –principalmente a mediados del siglo XX– su interés y preocupación por el respeto de la voluntad del paciente, debidamente informado, en la toma de decisiones clínicas que involucren una afectación de su derecho a la integridad o a la intimidad, en el marco de las demandas por *tort of battery* (agresión ocasionada por el contacto dañoso u ofensivo producido deliberadamente) que protege el derecho a la integridad corporal del paciente y, posteriormente, por *negligence*, haciendo referencia al elemento consentimiento-autodeterminación.¹²⁵

1. ANTECEDENTES

A partir del siglo XVIII, primero en Gran Bretaña y luego en Estados Unidos, los Tribunales han emitido algunas sentencias que reconocen la importancia del consentimiento y la información en el ámbito sanitario pero no como una exigencia jurídica sino como parte de la práctica médica de la época. Las

¹²⁵ Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

sentencias más relevantes de esta etapa son: *Slater v. Baker & Stapleton* (1767) y *Carpenter V. Blake* (1871).¹²⁶

1.1. SLATER V. BAKER & STAPLETON (1767)

Slater v. Baker & Stapleton (1767) fue el primer caso judicial en Gran Bretaña que condenó a unos médicos por realizar una operación sin contar con el asentimiento del paciente.¹²⁷

Baker, médico, y Stapleton, boticario, son denunciados por Slater debido a que, no solo rechazaron la petición del paciente de retirar los vendajes colocados para curar una fractura de pierna, sino que, al considerar que estaba mal curada, volvieron a fracturar la pierna y le instalaron un aparato ortopédico inventado por ellos.

El Tribunal falla a favor del paciente resaltando que el mero consentimiento a un procedimiento quirúrgico es un prerrequisito para que un médico pueda realizarlo, sin riesgo de actuar con negligencia médica:

[...] the evidence is, that the callous of the leg was broke without the plaintiff's consent; but there is no evidence of ignorance or want of skill, and therefore the action ought to have been trespass vi & armis for breaking the plaintiff's leg without his consent. All the surgeons said they never do anything of this kind without consent.

[...] it appears from the evidence of the surgeons that it was improper to disunite the callous without consent; this is the usage and law of surgeons: then it was ignorance and unskillfulness in that very particular, to do contrary to the rule of the profession, what no surgeon ought to have done; and indeed it is reasonable

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 116 y ss.

¹²⁷ *Ibid.*

*that a patient should be told what is about to be done to him
[...]*¹²⁸

Apela a la práctica médica de los cirujanos para demostrar que la actuación médica (romper la pierna del paciente sin su consentimiento) no era apropiada ni acorde a al uso de las reglas de la profesión.

1.2. CARPENTER V. BLAKE (1871)

Levantia S. Carpenter interpone demanda por negligencia y mala praxis contra Dr. Z. H. Blake, debido a que el demandado no siguió la línea de tratamiento más adecuado y recomendable por la práctica quirúrgica para atender la dislocación del brazo de la demandante, quedándole una protuberancia visible en la articulación del codo.

La Corte Suprema de New York falla a favor de la demandante, resaltando, aunque no de manera directa, la importancia de la información veraz que debe brindar el médico cirujano al momento de obtener el consentimiento válido del paciente. En este caso, el otorgamiento de información defectuosa originó la invalidez del consentimiento y la consiguiente responsabilidad civil por las consecuencias negativas en la salud del afectado ocurridas como consecuencia del uso de métodos novedosos que no eran requeridos por la situación:

Although it is the right of a surgeon to give up the care of a dislocated limb at any time, especially with the patient's assent, yet if he insists upon that assent as a shield from liability for any negligence of which he may have been guilty, or for any malpractice committed, it is competent for the plaintiff to show, if she can, that her consent was obtained by representations that were false, and if shown to be false, the consent is no protection to

¹²⁸ 95 E.R. 860 (2 Wilson, K. B. 359, 1767).

*the defendant against liability for damages that had occurred before the consent was given.*¹²⁹

Técnicamente, el Tribunal pone de relieve que, en algunos casos, es deber del médico brindar cierta información al paciente para advertirle acerca de los efectos colaterales del tratamiento médico, para que tome las precauciones debidas en su domicilio, a sabiendas de las complicaciones que pudieran presentarse.

Estas precauciones informativas no tienen por finalidad proteger el consentimiento del paciente. La sentencia las recoge como prácticas médicas habituales, cuya ausencia o defecto desencadenan una demanda por negligencia o mala praxis médica.¹³⁰

2. PRIMERA ETAPA: PRIMACÍA DEL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

En esta primera etapa, el conjunto de sentencias citado recoge la preocupación de los jueces norteamericanos por determinar si la intervención médica con carácter terapéutico, fue realizada con el consentimiento expreso del paciente. Reserva el consentimiento implícito para los casos de urgencias o cuando se pueda probar que el paciente voluntariamente lo ha manifestado.

Aún no se considera esencial que el médico informe al paciente sobre su situación clínica (diagnóstico, tratamiento, alternativas, riesgos, etc.) de manera previa a recabar el mencionado consentimiento.

¹²⁹ 60 Barb. 488 (N.Y.Sup.Gen.Term, 1871).

¹³⁰ Cfr. PERNICK, Martin, *op. cit.*, p. 12

2.1. PRATT V. DAVIS (1906)

Parmelia J. Davis –víctima de ataques epilépticos– interpone una demanda calificada como agresión física contra el Dr. Edwin H. Pratt por practicarle una histerectomía sin su consentimiento. El médico argumenta que éste era innecesario porque el objetivo de la intervención coincidía con la operación de extracción de ovarios, previamente autorizada por la paciente. Además, la práctica médica entendía como correcta la realización de la segunda operación luego de haberse realizado la primera.

La Corte Suprema de Illinois resuelve a favor de la demandante, señalando que la autorización para la realización de una intervención quirúrgica invasiva en un sujeto mentalmente capaz debía ser expresa, manifiesta y consciente. Preciso que el consentimiento implícito (*implied consent*) debía limitarse a los casos de urgencia o aquéllos en los que el paciente libre y voluntariamente deja en manos del médico la adopción de las medidas oportunas:

[...] where the patient is in full possession of all his mental faculties and in such physical health as to be able to consult about his condition without the consultation itself being fraught with dangerous consequences to the patient's health, and when no emergency exists making it impracticable to confer with him, it is manifest that his consent should be a prerequisite to a surgical operation

[...]

Where the patient desires or consents that an operation be performed, and unexpected conditions develop or are discovered in the course of the operation, it is the duty of the surgeon, in dealing with these conditions, to act on his own discretion, making the highest use of his skill and ability to meet the exigencies which confront him, and in the nature of things he must frequently do this without consultation or conference with any one, except, perhaps, other members of his profession who are assisting him [...] Emergencies arise, and when a surgeon is called it is sometimes found that some action must be taken immediately for the preservation of the life or health of the patient, where it is impracticable to obtain the consent of the ailing or injured one or of any one authorized to speak for him. In such event, the surgeon

*may lawfully, and it is his duty to, perform such operation as good surgery demands, without such consent.*¹³¹

En esta sentencia se destacan dos puntos importantes: por un lado, se requiere el consentimiento previo como requisito para una intervención quirúrgica; y, por otro, se establecen dos excepciones a esta regla, a saber: la sumisión voluntaria del paciente al criterio del médico y la imposibilidad de obtener el consentimiento ante una situación que pone en riesgo su vida o su salud. En este segundo caso, no se dan parámetros para determinar qué se puede considerar un riesgo a la salud, por lo que se entiende que queda en manos del médico su determinación.

2.2. MOHR V. WILLIAMS (1905)

Anna Mohr interpone una demanda calificada como agresión física (*assault and battery*) contra Dr. Cornelius Williams. La paciente acudió al médico para ser operada del oído derecho. Durante la intervención, luego de ser inducida en estado de inconciencia, el médico advierte que el oído izquierdo necesitaba una intervención médica y decide practicarla sin conocimiento del diagnóstico ni consentimiento de la afectada.

La Corte Suprema de Minnesota señaló que el médico o cirujano, a quien acude un paciente para recibir un tratamiento específico, carece del derecho necesario para transgredir su integridad corporal, sin su previa autorización, aun cuando la operación haya sido realizada con destreza y habilidad por parte del médico. Sin perjuicio de lo expuesto, se tienen en consideración las situaciones de excepción a la regla, contenidas en *Pratt v. Davis*.

Asimismo, se afirma que el paciente debe ser el árbitro final en la decisión clínica tal y como lo reconoce el derecho natural a su individualidad. Para que el médico

¹³¹ 79 N.E. 562 (Ill. Dec 22, 1906).

actúe es necesario, pues, que haya recabado de manera previa el consentimiento del paciente:

*The patient must be the final arbiter as to whether he will take his chances with the operation, or take his chances of living without it. Such is the natural right of the individual, which the law recognizes as a legal one. Consent, therefore, of an individual, must be either expressly or impliedly given before a surgeon may have the right to operate.*¹³²

El caso fue considerado como una agresión física debido a que el médico realizó una intervención no consentida en el cuerpo de la paciente. La Corte opinó que la falta de intención maliciosa, la existencia de un resultado exitoso ni la opinión experta de dos médicos justifican la operación no autorizada en el cuerpo de un paciente.

2.3. ROLATER V. STRAIN (1913)

Mattie Inez Strain interpone demanda calificada como agresión física contra Dr. J. B. Rolater. La paciente tenía una lesión en el pie debido a la perforación provocada por un cuerpo extraño. Después de 60 días de ocurrido el incidente y ante la falta de mejoría evidente, se le recomendó realizar una operación para drenar la articulación y remover cualquier tipo de materia extraña que se pudiera encontrar. Durante la operación se fracturó y fue extraído un hueso que, al parecer, no era habitualmente parte de la anatomía humana, sin que exista acuerdo entre las partes sobre extracción alguna.

La Corte Suprema de Oklahoma da relevancia al consentimiento previo a un acto médico y afirma que, como en todo contrato, las partes deben limitar su comportamiento al acuerdo inicial. Dado que la paciente otorgó su consentimiento al drenaje de la articulación del dedo pulgar y no a la extracción

¹³² 104 N.W. 12 (Minn. Jun 23, 1905).

de ningún tipo de hueso, la intervención quirúrgica realizada por el médico deviene en ilegal:

It follows from this authority and upon reason and principle that if the contract was made between the patient and surgeon, that the patient had the right to insist upon a strict performance of it, that the removal of the sesamoid bone by the surgeon was without the consent of the patient, and was therefore unlawful and wrongful, and constituted a trespass upon her person.

[...]

"We would not hold under this evidence, as a matter of law, that there was such an emergency existing as authorized the surgeon to proceed in this operation, after the discovery of this bone in an unusual and unexpected place, as to authorize him to remove it without the consent of the patient."¹³³

Asimismo, consideró que no son aplicables las excepciones a la regla del consentimiento por cuanto la no realización del acto no consentido no ponía en riesgo la vida o la salud de la paciente. Que, a juicio de los expertos, se trate de un hueso que no sirve a ningún propósito ni podría causar una lesión significativa, no es un argumento suficiente para la no obtención del consentimiento del afectado. En este sentido, sólo caben las excepciones mantenidas en *Pratt v. Davis* y *Mohr v. Williams*. De igual manera, resulta irrelevante el hecho de que el médico actúe con habilidad o destreza, el mero hecho de actuar arbitrariamente lo hace civilmente responsable ante el paciente.

2.4. SCHLOENDORFF V. SOCIETY OF NEW YORK HOSPITAL (1914)

Mary E. Schloendorff interpuso demanda, calificada como agresión física, contra la *Society of the New York Hospital*. La paciente se sometió a una intervención con carácter diagnóstico (laparotomía exploradora), accediendo al uso de anestesia pero con la indicación expresa de no ser sometida a operación alguna. No obstante lo anterior, el médico extirpa un tumor fibroide hallado en su

¹³³ 137 P. 96 (Okla. Nov 11, 1913).

abdomen, que ocasionó la aparición de gangrena y la consiguiente amputación de varios dedos de su mano.

La Corte [Suprema] de Apelaciones de New York dictaminó que todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que es posible reclamar legalmente daños:

*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages. This is true, except in cases of emergency where the patient is unconscious, and where it is necessary to operate before consent can be obtained.*¹³⁴

Esta sentencia –estructurada por el juez Benjamín Cardozo sobre la base de las sentencias anteriores– utiliza por vez primera el término *self-determination* o autodeterminación como equivalente al principio moderno de respeto a la autonomía del paciente, que fundamenta la exigencia del consentimiento.¹³⁵ Asimismo, delimita las responsabilidades de algunos agentes sanitarios. Afirma que el médico que ejerce su profesión de manera caritativa es responsable personalmente por sus actuaciones y no el hospital en donde ejerce; y que las enfermeras pueden también tener responsabilidad indirecta en las intervenciones quirúrgicas.

3. SEGUNDA ETAPA: RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN

En este periodo, algunas de las sentencias emitidas por las diferentes cortes evidencian la necesidad de brindar al paciente una información veraz sobre su diagnóstico y las consecuencias de las intervenciones. Entre ellas podemos citar

¹³⁴ 105 N.E. 92 (N.Y.A.D. 1 Dept. Feb 23, 1912)

¹³⁵ Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, pp. 123-124.

Hunter v. Burroughs (1918), Kenny v. Lockwood (1932), Paulsen v. Gundersen (1935), Wall v. Brim (1943), Waynick v. Reardon (1952), Hunt v. Bradshaw (1955).¹³⁶

Si bien es cierto que no existe un criterio jurisprudencial único en torno la relevancia de la información para la toma de decisiones clínicas por parte de los pacientes, existen diferentes sentencias que evidencian la obligación que tiene el médico de informar al paciente sobre los riesgos e implicancias de la intervención quirúrgica, así como el establecimiento de un estándar de diligencia médica determinado a criterio de los expertos en la materia. A continuación citaremos las sentencias Hunter v. Burroughs (1918) y Hunt v. Bradshaw (1955) que recogen de manera clara estas aportaciones a la teoría jurisprudencial del *informed consent*.

3.1. HUNTER V. BURROUGHS (1918)

Benjamin B. Burroughs interpone demanda por negligencia contra James W. Hunter, Jr. A pesar de que el médico aseguró al afectado el éxito del tratamiento del eccema con rayos X utilizando un aparato eléctrico sobre su piel, éste ocasionó una serie de daños en las piernas y los tobillos del paciente.

La Corte Suprema de Apelación de Virginia establece que no es negligencia *per se* el error del médico de no alertar al paciente acerca del daño ocasionado por las posibles consecuencias negativas de usar un remedio: "*Failure of physician to warn a patient of danger of possible bad consequences of using a remedy is not negligence per se*".¹³⁷

¹³⁶ Cfr. MEISEL, Alan. The expansion of liability for medical accidents: From negligence to strict liability by way of informed consent. *Nebraska Law Review*.1977, vol 56, núm.1. p. 80.

¹³⁷ 96 S.E. 360 (Va., Jun 13, 1918).

Si, además de no informar al paciente sobre los riesgos expuestos, el médico asegura al afectado el éxito del tratamiento, sí será responsable y asumirá las consecuencias dañinas que acompañan a dicho procedimiento siempre que pueda probarse que, de haber conocido estos riesgos, el afectado hubiese rechazado el tratamiento.

De otro lado, se afirma que, dado el grado de complejidad en el tratamiento de la enfermedad, el estándar de diligencia debe ser establecido por profesionales expertos en el tema:

*As we shall presently see, such issues of fact, in so far as they involved the highly specialized art of treatment of the disease of the plaintiff by X-rays, were to be decided, if they could be decided at all, only by the standard fixed by such evidence as might be furnished by experts on the subject.*¹³⁸

En este caso, vemos que la Corte presta atención al contenido de la información que debe darse al paciente y las consecuencias que acarrea su ausencia, sobre todo si se ha garantizado el éxito del tratamiento. Asimismo, establece que el estándar para determinar la diligencia debida en cada caso debe ser establecido por personal experto en la materia y no por el paciente.

3.2. HUNT V. BRADSHAW (1955)

Charles S. Hunt interpone demanda por negligencia médica contra el Dr. Howard Bradshaw. A raíz de la operación realizada en el paciente para extraer un pedazo de metal situado en su cuello –sin haberle explicado los riesgos de la misma– la mano izquierda de éste queda incapacitada. Al advertir la inmovilidad del miembro, el afectado le preguntó al cirujano, quien le afirmó que "todo estaría bien". Pero, hasta esa fecha de la demanda, no se había recuperado.

¹³⁸ *Ibid.*

La Corte Suprema de Carolina del Norte señaló que el hecho de que un cirujano no haya explicado los posibles riesgos de la operación al paciente no lo sitúa *per se* en un actuar negligente. Por tanto, dar a conocer esta información no constituye en este caso requisito indispensable para la obtención del consentimiento del paciente ni hace al médico responsable civilmente si la omite. Tampoco es responsable si el procedimiento quirúrgico no resulta como lo espera el paciente, pues la obligación del médico es de medios y no de resultados:

*A physician is not a warrantor of cures. If the maxim 'res ipsa loquitur', were applicable to a case like this, and a failure to cure were held to be evidence, however slight, of negligence on the part of the physician or surgeon causing the bad result, few would be courageous enough to practice the healing art, for they would have to assume financial liability for nearly all the ills that flesh is heir to.*¹³⁹

De otro lado, precisó que el estándar de cuidado diligente del cirujano en un procedimiento quirúrgico es establecido por los expertos y no por el paciente u otras personas:

Proof of what is in accord with approved surgical procedure and what constitutes the standard of care required of the surgeon in performing an operation, like the advisability of the operation itself, are matters not within the knowledge of lay witnesses but must be established by the testimony of qualified experts.

[...]

*It is understandable the surgeon wanted to reassure the patient so that he would not go to the operating room unduly apprehensive. Failure to explain the risk involved, therefore, may be considered a mistake on the part of the surgeon, but under the facts cannot be deemed such want of ordinary care as to import liability.*¹⁴⁰

Nos encontramos ante una sentencia que no hace referencia directa a la necesidad del consentimiento sino a la delimitación de la información que debe recibir el

¹³⁹ 88 S.E.2d 762 (N.C. Aug 26, 1955).

¹⁴⁰ *Ibid.*

paciente previamente a la intervención. Sostiene que la naturaleza jurídica de los actos médicos pertenece a la obligación de medios y, por tanto, no todo error médico deviene en negligente; esta calificación será determinada por un conjunto de profesionales de medicina, en cada caso concreto.

4. TERCERA ETAPA: APARICIÓN DEL INFORMED CONSENT

El término *informed consent* surge a mediados del siglo pasado con la sentencia Salgo v. Stanford Jr. University Board Of Trustees Case (1957) en la que se reconoce la obligación del médico de informar al paciente acerca del diagnóstico y/o los riesgos e implicancias del tratamiento para que éste pueda otorgar su consentimiento libre y voluntario, de conformidad con su derecho a la autodeterminación.¹⁴¹

Olga Salgo –en representación de Martin Salgo– interpone demanda por negligencia médica contra Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, Stanford University Hospitals, Dr. Frank Gerbode, *et al.* Martin Salgo sufrió una parálisis permanente de las extremidades inferiores como consecuencia de una aortografía translumbar realizada para determinar el grado de arterioesclerosis que padecía, sin ser informado previamente de los riesgos que esta intervención implicaba.

En la sentencia, la Corte [Suprema] de Apelación de California advirtió que el médico tiene el deber de informar de todos los aspectos necesarios para formar las bases de un consentimiento inteligente del paciente frente al tratamiento propuesto. Precisó que este requerimiento es una lógica extensión del deber de información que tiene el médico de informar acerca del tratamiento y sus consecuencias, por lo que, de no hacerlo, se violarían sus deberes frente al paciente, incurriendo en responsabilidad médica:

¹⁴¹ Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, p. 125.

*A physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability if he withholds any facts which are necessary to form basis of an intelligent consent by patient to proposed treatment, and physician may not minimize known dangers in order to induce his patient's consent; but patient's mental and emotional condition is important, and in discussing element of risk a certain amount of discretion must be employed, consistent with full disclosure of facts necessary to informed consent.*¹⁴²

Este fallo introduce claramente un nuevo elemento en el derecho que venía exponiendo la jurisprudencia.¹⁴³ La atención no se centró en el otorgamiento o no del consentimiento previo a la intervención, sino, más bien, se resaltó la necesidad de determinar si la persona contó con la información suficiente en el momento de su otorgamiento. En otras palabras, no basta la mera autorización del paciente, es necesario que vaya precedida de una correcta información.

Al mismo tiempo, reconoce al médico un margen de discrecionalidad para manejar la información que brindará al paciente en los casos que ésta pueda agravar su salud, pero sin que ello limite proporcionarle aquella que es crucial para el otorgamiento de un *informed consent*:

The physician must place the welfare of his patient above all else and this very fact places him in a position in which he sometimes must choose between two alternative courses of action. One is to explain to the patient every risk attendant upon any surgical procedure or operation, no matter how remote; this may well result in alarming a patient who is already unduly apprehensive and who may as a result refuse to undertake surgery in which there is in fact minimal risk; it may also result in actually increasing the risks by reason of the physiological results of the apprehension itself. The other is to recognize that each patient presents a separate problem, that the patient's mental and emotional condition is important and in certain cases may be crucial, and that in discussing the element of risk a certain amount

¹⁴² 317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. of App. 1957).

¹⁴³ Se trata del primer caso que hace confluir la doctrina derivada de los casos de *battery* (Schloendorff y otros) en un caso de *negligence* (malpractice). Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

*of discretion must be employed consistent with the full disclosure of facts necessary to an informed consent.*¹⁴⁴

Surge así la doctrina del *informed consent* sobre la base del derecho a la autodeterminación, el mismo que, en casos anteriores, sólo fue utilizado para determinar si se cumplía o no con el requisito del consentimiento, y que, a partir de este momento, incluye la obligación de que el paciente cuente con la información suficiente previa al otorgamiento del mismo en el marco de una relación terapéutica.¹⁴⁵

5. CUARTA ETAPA: DETERMINACIÓN DEL ESTÁNDAR DE INFORMACIÓN

La sentencia del caso *Salgo v. Stanford Jr. University Board of Trustees Case* (1957) constituye un hito importante para consolidar la figura del *informed consent*, es decir, la obligación del médico de revelar al paciente algunos aspectos relacionados con su salud antes de que éste decida someterse a una intervención clínica.

No obstante lo anterior, quedó pendiente la delimitación de los contornos de la doctrina jurisprudencial que se había iniciado. Será después de tres años que las Cortes norteamericanas retomaran esta tarea. Uno de los puntos pendientes es la determinación de la cantidad y calidad de información que debe brindarse al paciente y a quién se le adjudicaría esta tarea.

Nos encontramos, pues, en el proceso de discernimiento judicial acerca del estándar de información que los médicos deben brindar a los pacientes para que éstos puedan tomar decisiones libres y conscientes sobre su salud: el estándar del profesional médico, el estándar de la persona razonable y el estándar subjetivo.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

5.1. ESTÁNDAR (DE LA PRÁCTICA) PROFESIONAL

En los inicios del proceso formativo de la doctrina del *informed consent* (1950-1960) las Cortes norteamericanas juzgaron que el nivel de información divulgada al paciente era, principalmente, un juicio médico razonable, ya se trate de una demanda de negligencia médica o de agresión. En este sentido, el estándar del profesional o del médico razonable es una figura o ficción que no nace en los Tribunales –aunque es utilizada por ellos– sino que tiene su origen en la práctica médica y ha servido para determinar el nivel de información que debe ser revelada al paciente para que pueda otorgar un consentimiento libre y consciente en cuestiones que afectan su salud.¹⁴⁶

Siguiendo la línea del caso *Salgo v. Stanford Jr. University Board of Trustees Case* (1957), la sentencia de la Corte Suprema de Kansas recaída en el caso *Natanson v. Kline* (1960) es la primera en abordar la discusión legal sobre el estándar de información que debe ser revelada al paciente antes de una intervención médica, inclinándose expresamente por el *professional standard*.¹⁴⁷

Irma Natanson interpone demanda por negligencia médica contra John R. Kline y St. Francis Hospital and School of Nursing, Inc. Mrs. Natanson fue sometida, sin contar con su consentimiento previamente informado, a un tratamiento de cobaltoterapia que le produjo graves quemaduras en el tórax.

La Corte Suprema de Kansas señaló que si bien el médico debe obtener el *informed consent* del paciente, esta obligación se limita a divulgar al paciente

¹⁴⁶ Cfr. BERG, Jessica; APPELBAUM, Paul; PARKER, Lisa; LIDZ, Charles, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

¹⁴⁷ Esta adhesión a lo establecido en el caso *Salgo* se refleja en el siguiente párrafo: "In our opinion the proper rule of law to determine whether a patient has given an intelligent consent to a proposed form of treatment by a physician was stated and applied in *Salgo v. Leland Stanford, Etc. Bd. Trustees, supra*. This rule in effect compels disclosure by the physician in order to assure that an informed consent of the patient is obtained". 186 Kan. 393, 350 P.2d 1093 (Kan. 1960).

sólo aquella información que un médico razonable daría en circunstancias similares:

*The duty of the physician to disclose, however, is limited to those disclosures which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances. How the physician may best discharge his obligation to the patient in this difficult situation involves primarily a question of medical judgment. So long as the disclosure is sufficient to assure an informed consent, the physician's choice of plausible courses should not be called into question if it appears, all circumstances considered, that the physician was motivated only by the patient's best therapeutic interests and he proceeded as competent medical men would have done in a similar situation.*¹⁴⁸

Sobre el contenido de la información, se precisó que el médico está obligado a proporcionar una razonable explicación al paciente acerca de la naturaleza y de las consecuencias probables del tratamiento recomendado, además de facilitarle una información adecuada respecto de los riesgos que, según sus conocimientos, puedan previsiblemente derivarse del mismo:

*In considering the obligation of a physician to disclose and explain to the patient in language as simple as necessary the nature of the ailment, the nature of the proposed treatment, the probability of success or of alternatives, and perhaps the risks of unfortunate results and unforeseen conditions within the body, we do not think the administration of such an obligation, by imposing liability for malpractice if the treatment were administered without such explanation where explanation could reasonably be made, presents any insurmountable obstacles.*¹⁴⁹

Esta obligación, entiende la Corte, se deriva del principio general de autodeterminación –esbozado en el caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914)– afirmando que si bien el médico puede considerar un tratamiento como deseable o necesario, la ley no le permite sustituir su propio juicio por el del paciente mediante el empleo de un engaño o artificio:

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

*Anglo-American law starts with the premise of thorough-going self-determination. It follows that each man is considered to be master of his own body, and he may, if he be of sound mind, expressly prohibit the performance of life-saving surgery, or other medical treatment. A doctor might well believe that an operation or form of treatment is desirable or necessary but the law does not permit him to substitute his own judgment for that of the patient by any form of artifice or deception.*¹⁵⁰

Como puede advertirse, esta sentencia define el *professional standard* como el estándar de información que un médico razonable debe comunicar al paciente para que este pueda brindar su consentimiento de una manera libre y consciente. Al igual que en casos anteriores, no está obligado a expresar en detalle toda posible consecuencia, sino aquello que sea imprescindible y no altere en demasía el estado emocional o mental del paciente, poniendo en riesgo su salud, según la forma como actuaría un médico razonable en circunstancias similares.

En este contexto, el médico será pasible de responsabilidad si presenta los hechos de manera tergiversada, siempre que induzca al paciente a tomar una decisión en particular o si le oculta información. Se reafirma que la decisión de llevar a cabo o no un procedimiento es del paciente, el cual puede consentirlo o rehusarlo, a pesar de que su vida dependa de ello.

Sin perjuicio de ser considerado el estándar con mayor injerencia en los Tribunales norteamericanos, se han verificado algunos problemas en su aplicación, que han perjudicado o distorsionado, de una u otra forma, la obtención de un consentimiento inteligente y libre por parte de los pacientes.¹⁵¹

En primer lugar, la sentencia *Canterbury v. Spence* –que veremos más adelante– nos advierte de la existencia de muchos casos en los cuales no existe una

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Cfr. MEISEL, Alan, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

costumbre o estándar profesional médico acerca de la información relevante que debe ser brindada al paciente a efectos de la obtención de un *informed consent*. En estas situaciones, el derecho de obtener información puede verse vulnerado por la práctica médica.¹⁵²

En segundo lugar, aun cuando existan estándares profesionales, éstos pueden ser establecidos por debajo del nivel de satisfacción de los requerimientos de los pacientes que desean participar activamente en la decisión médica acerca del cuidado de su salud. Tal es el caso del privilegio terapéutico, es decir, la posibilidad que la práctica médica concede a sus profesionales para reservarse información que afectará de manera relevante la salud del paciente. En muchas de estas situaciones, pacientes y médicos pueden tener diferentes criterios al momento determinar qué información es relevante para tomar una decisión clínica en un caso concreto.¹⁵³

Finalmente, en los casos judiciales, el paciente-demandante debe presentar un perito o testigo cualificado, es decir, un profesional médico experto o conocedor de los aspectos relacionados con el caso *sub-judice* para que determine el grado de diligencia debida (*standard of care*). El principal problema derivado de esta obligación es conseguir expertos que quieran participar en las demandas contra médicos debido fundamentalmente a la negativa de los médicos de testificar contra otros médicos.¹⁵⁴

5.2. ESTÁNDAR OBJETIVO O DE LA PERSONA RAZONABLE

Luego de más de diez años de mantener el modelo anterior, vistas las objeciones señaladas en el apartado anterior, algunas Cortes norteamericanas empiezan a

¹⁵² 464 F.2d 772 (C.A.D.C., 1972).

¹⁵³ Cfr. BERG, Jessica; APPELBAUM, Paul; PARKER, Lisa; LIDZ, Charles, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. BELLI, Melvin. Ancient therapy still applied: The silent medical treatment. *Villanova Law Review*.1956, vol 1. pp. 250-289. [ref. de 12 de diciembre de 2011] Disponible en: <http://heinonline.org/>

exigir a los médicos que brinden a los pacientes tanta información como una persona razonable quisiera obtener con miras al otorgamiento del *informed consent*.

Esta nueva formulación del deber de información del médico ha sido denominada como *reasonable person standard* u *objective standard*. Se trata, pues, de un modelo adecuado a los requerimientos de personas sin conocimientos médicos (*laypersons*) y es exigido legalmente por las Cortes (a diferencia del estándar anterior que se fundamentaba en la práctica médica) y orientado al paciente racional (su objetivo es brindar a las personas herramientas que les permitan tomar decisiones sobre su salud previa y debidamente informadas).

Algunas sentencias relevantes de esta etapa son: en materia de agresión física, *Berkey v. Anderson* (1969) y en los casos de negligencia médica, *Canterbury v. Spence* (1972), *Cobbs v. Grant* (1972), *Wilkinson v. Vesey* (1972) y *Truman v. Thomas* (1980).¹⁵⁵ A continuación abordaremos algunas de ellas.

A) *BERKEY V. ANDERSON* (1969)

La sentencia *Berkey v. Anderson* (1969) es la primera en abordar esta cuestión, perfilando los contornos del estándar de la persona razonable.

Bernard Berkey interpone demanda calificada como agresión física contra el doctor Frank M. Anderson y otros. B Berkey sufrió un accidente que le ocasionó una lesión en el cuello. Una vez atendido por el Dr. Anderson obtuvo una mejoría considerable que le permitió volver a trabajar hasta que sufrió un nuevo accidente en la misma zona. Dr. Anderson le propuso la realización de un mielograma para establecer un diagnóstico más acertado. Al ser un procedimiento nuevo, el paciente le pregunta sobre las implicancias de la intervención y el médico le

¹⁵⁵ Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, pp. 132-133.

explica que se trata de un procedimiento exploratorio, que la mayor molestia sería verse tumbado y atado a una mesa fría que se mueve. El paciente no conocía que era necesaria la punción lumbar ni las consecuencias secundarias. A raíz de la intervención, Berkey sufrió el síndrome de "foot drop" (pie caído).

La sentencia de la Corte de Apelaciones de California establece que es deber del médico no solo informar sobre el procedimiento médico a realizar sino que debe explicarlo al paciente de forma que este pueda razonablemente comprender la explicación: *"It involves the duty of a doctor to properly explain the contemplated procedure and the question whether the patient reasonably comprehended the explanation."*¹⁵⁶

Si el paciente no ha otorgado su consentimiento para la intervención médica de manera consciente y contando con información previa, el profesional sanitario incurre en *technical battery*, lo que automáticamente convierte al médico en responsable por los daños, independientemente del grado de diligencia empleado:

*If appellant did not give his informed or knowledgeable consent, the performance of the myelogram would constitute a technical battery [...] for which the defendant would be liable for all damages proximately resulting, whether the myelogram was or was not skillfully performed [...] and whether they could be anticipated or not [...].*¹⁵⁷

Recogiendo la jurisprudencia del caso *Salgo v. Stanford Jr. University Board of Trustees Case*, admite que el médico debe brindar al paciente toda la información necesaria para formar la base de un consentimiento inteligente y no está facultado para minimizar los peligros conocidos de un procedimiento u operación con el fin de inducir el consentimiento de su paciente. No obstante ello, reconoce que, al mismo tiempo, el médico debe velar por el bienestar de su paciente por encima de

¹⁵⁶ 82 Cal. Rptr. 67 (Cal.App. 1969).

¹⁵⁷ *Ibid.*

todo y este hecho lo coloca frente a dos opciones: por un lado, explicar detalladamente todos los riesgos existentes, pudiendo afectar desproporcionadamente la salud psíquica del enfermo o, por otro, reconocer que cada paciente presenta un problema diferente, que la condición mental y emocional del paciente es importante, por lo que al informar acerca de los riesgos, el médico deberá acudir a su discreción de manera compatible con la divulgación de la información necesaria para obtener un consentimiento informado.¹⁵⁸

Asimismo, sostiene que el deber de informar del médico no se configura en función del estándar de la práctica médica sino que es regulado por la ley, de la misma forma que su conducta profesional y la relación fiduciaria con el paciente.¹⁵⁹

B) *CANTERBURY V. SPENCE (1972)*

La sentencia más importante e influyente en este periodo –y en lo sucesivo– fue el fallo emitido por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, obtenido en el *Canterbury v. Spence Case* (1972).

Jerry W. Canterbury, interpone demanda por negligencia médica contra William Thornton Spence y the Washington Hospital Center. Jerry Canterbury, 19 años, fue sometido a una intervención médica (laminectomía) para contrarrestar una dolencia, sin ser informado que dicha operación acarrearía un 1% de riesgo de

¹⁵⁸ "At the same time, the physician must place the welfare of his patient above all else and this very fact places him in a position in which he sometimes must choose between two alternative courses of action. One is to explain to the patient every risk attendant upon any surgical procedure or operation, no matter how remote; this may well result in alarming a patient who is already unduly apprehensive and who may as a result refuse to undertake surgery in which there is in fact minimal risk; it may also result in actually increasing the risks by reason of the physiological results of the apprehension itself. The other is to recognize that each patient presents a separate problem, that the patient's mental and emotional condition is important and in certain cases may be crucial, and that in discussing the element of risk a certain amount of discretion must be employed consistent with the full disclosure of facts necessary to an informed consent". *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

sufrir una parálisis. Posteriormente, se cayó de la cama del Hospital y, unas horas después, sufrió una parálisis, que tras una segunda intervención, no pudo ser remediada.

Esta sentencia, luego de enumerar los problemas que surgen de la aplicación del estándar de información del médico razonable (mencionados en el apartado anterior) concluye que el contenido del deber de informar no puede ser determinado por aquellos que deben ser controlados sino por lo que el paciente razonable necesita, es decir, aquella información material que le posibilitaría tomar una decisión inteligente.

A lo largo de su razonamiento, separa, de una forma nítida, los dos elementos que constituyen la doctrina del *informed consent*, a saber: consentimiento e información.

Siguiendo la doctrina del caso *Schloendorff v. Society of the New York Hospital*, se centra en el concepto de autodeterminación (*self-determination*), que se fundamenta, a juicio de la Corte, en el derecho que asiste a cada ser humano, mayor de edad y con un juicio sano (*adult years and sound mind*) de determinar qué debe hacer con su propio cuerpo.

Atendiendo a la disparidad de conocimiento entre médicos y pacientes, el ejercicio de este derecho requiere que el médico brinde toda información que se pueda considerar razonablemente relevante, incluso antes que el paciente la requiera o formule una duda:

The average patient has little or no understanding of the medical arts, and ordinarily has only his physician to whom he can look for enlightenment with which to reach an intelligent decision. From these almost axiomatic considerations springs the need, and in

*turn the requirement, of a reasonable divulgence by physician to patient to make such a decision possible.*¹⁶⁰

Sobre la cantidad de información, precisa que el derecho del paciente a decidir por sí mismo establece los límites del deber de informar, es decir, que la realización de una elección inteligente requiere que el paciente posea la información que considere suficiente que ello:

*[...] the patient's right of self-decision shapes the boundaries of the duty to reveal. That right can be effectively exercised only if the patient possesses enough information to enable an intelligent choice. The scope of the physician's communications to the patient, then, must be measured by the patient's need, and that need is the information material to the decision. Thus the test for determining whether a particular peril must be divulged is its materiality to the patient's decision: all risks potentially affecting the decision must be unmasked.*¹⁶¹

Como consecuencia de lo anterior, se torna necesario dejar de lado el estándar del médico razonable para determinar el contenido de la información que debe ser proporcionada y asumir el criterio del riesgo material (*material risk*). En este caso, el médico deberá informar al paciente sobre todo aquello que agregue un valor (*attach a significance*) al riesgo de proseguir o no un tratamiento propuesto, utilizando como referencia el criterio de una persona razonable en la posición del paciente, según lo que el médico conoce o debe conocer de ella (*a reasonable person, in what the physician knows or should know to be the patient's position*).¹⁶²

El estándar de "lo razonable" implica, pues, que el médico sólo tiene la obligación de informar al paciente aquello que un hipotético paciente razonable quisiera conocer para tomar una decisión libre y consciente sobre el cuidado de su salud. Este estándar no es subjetivo (voluntad del paciente) ni tampoco depende de la valoración de la práctica médica sino que se mide en función de los riesgos

¹⁶⁰ 464 F.2d 772 (C.A.D.C., 1972).

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

materiales que la actuación clínica podría ocasionar. Ahora bien, la materialidad del riesgo será importante siempre que exista una relación de causalidad entre la ausencia de información y el daño producido.

Para determinar la cantidad de información que una persona razonable hubiera deseado, se atenderá a la figura del perito o testigo que, a diferencia del estándar del médico, no requiere ser cualificado sino que basta con un testigo lego en la materia:

*It is evident that many of the issues typically involved in nondisclosure cases do not reside peculiarly within the medical domain. Lay witness testimony can competently establish a physician's failure to disclose particular risk information, the patient's lack of knowledge of the risk, and the adverse consequences following the treatment. Experts are unnecessary to a showing of the materiality of a risk to a patient's decision on treatment, or to the reasonably, expectable effect of risk disclosure on the decision.*¹⁶³

En otras reflexiones adicionales, la sentencia aborda las dos excepciones que la jurisprudencia norteamericana venía aceptando a la exigencia legal del *informed consent*: la situación de urgencia y el privilegio terapéutico. En este último caso, traslada al médico la carga de la prueba para justificar la necesidad de dichas acciones.

A diferencia del estándar del médico razonable que es fáctico y/o empíricamente determinable, este modelo es hipotético, se construye en cada caso y se fundamenta sobre una ficción jurídica. Si bien es cierto que su implementación ideal exige que los médicos discutan con los pacientes las decisiones sobre su salud, también lo es que su determinación y aplicación práctica es un tema complicado.

¹⁶³ *Ibid.*

C) TRUMAN V. THOMAS (1980)

En la misma línea que la anterior, esta sentencia se considera de alguna manera como el final de la evolución de la teoría judicial del consentimiento informado.¹⁶⁴

Gary L. Truman, Jr., en representación de Rena Truman(+) interponen demanda por negligencia contra Claude R. Thomas. Rena Truman falleció de un cáncer de cérvix. Su hijo manifiesta que el médico no informó correctamente a la paciente sobre el riesgo que corría al rechazar sistemáticamente la práctica de una citología vaginal periódica como método de *screening*, si bien es cierto que en reiteradas oportunidades ofreció la realización de la prueba.

La Corte Suprema de California afirmó que, a pesar de la negativa del paciente a la ejecución de una intervención clínica, el médico mantiene el deber de informar sobre los riesgos potenciales de esta decisión:

*[...] the need for disclosure is not lessened because patients reject a recommended procedure. Such a decision does not alter "what has been termed the 'fiducial qualities' of the physician-patient relationship, since patients who reject a procedure are as unskilled in the medical sciences as those who consent."*¹⁶⁵

En este sentido, la obtención del *informed consent* se torna necesaria no solo en los casos de intervención directa sobre el paciente sino también en el caso que este proceda al rechazo de la actuación:

If a patient indicates that he or she is going to decline the risk-free test or treatment, then the doctor has the additional duty of advising of all material risks of which a reasonable person would

¹⁶⁴ Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, p. 138.

¹⁶⁵ 611 P.2d 902 (Cal., 1980).

*want to be informed before deciding not to undergo the procedure. On the other hand, if the recommended test or treatment is itself risky, then the physician should always explain the potential consequences of declining to follow the recommended course of action.*¹⁶⁶

Se trata, pues, de una sentencia polémica en la medida que se responsabiliza al médico no por la configuración de un acto médico negligente sino por la ausencia de información acerca de las consecuencias del rechazo a una prueba. Sin duda, la Corte intenta asegurar que los pacientes tomen decisiones libres e inteligentes basadas en la información que los médicos deben proporcionar de una manera comprensible.¹⁶⁷

5.3. ESTÁNDAR SUBJETIVO (ORIENTADO AL PACIENTE)

La aplicación del estándar objetivo puede ser insuficiente en aquellos casos en los que la información que requiere el paciente para tomar una y consciente difiere de la que una persona razonable desearía obtener. Por ejemplo, si el afectado es alfarero o artesano, posiblemente desee saber si el tratamiento médico le producirá algún tipo de perturbación fina en las extremidades (como temblores leves en las manos o en las piernas), aspectos que una hipotética persona razonable podría no considerar relevantes. En estos casos, si bien es cierto que se cumplió con el deber legal de informar de acuerdo al estándar objetivo, los pacientes con necesidades informativas especiales pueden quedar fuera del ámbito de protección del *informed consent*.¹⁶⁸

Algunas Cortes norteamericanas reconocen esta dificultad y aplican como remedio el estándar subjetivo. Bajo este modelo, el médico está obligado a brindar la información que cada paciente concreto considera fundamental para tomar una decisión acerca del cuidado de su salud. De esta manera, el médico se

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, pp. 138-139.

¹⁶⁸ Cfr. BERG, Jessica; APPELBAUM, Paul; PARKER, Lisa; LIDZ, Charles, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

ve obligado a conversar con cada paciente acerca del tratamiento en cuestión para determinar las necesidades informativas en cada caso. Una sentencia paradigmática en este sentido se formula con ocasión del caso *Scott v. Bradford* (1980).¹⁶⁹

Norma Scotty Dale M. Scott interponen demanda por negligencia contra Vance A. Bradford. La señora Scott se somete a una histerectomía, recomendada por el doctor Bradford, debido a la presencia de varios tumores fibroides en su útero. Tras la operación tuvo problemas de incontinencia urinaria provocadas por la presencia de una fístula vesico-vaginal. Para corregir este daño tuvo que someterse a otras intervenciones quirúrgicas adicionales. Debido a esto acciona contra el demandado argumentando que si se le hubiera informado correctamente sobre los riesgos no hubiera procedido a realizarse la operación inicial.

La Corte Suprema de Oklahoma establece que el deber del médico de brindar la información pertinente al paciente sobre los riesgos de cualquier tratamiento es igual de importante que su destreza y el deber de cuidado que debe mostrar en su actuación. Si el consentimiento del paciente es defectuoso a causa de la falta de información, entonces el médico es responsable por los daños ocasionados. Por tanto, el médico incurrirá en negligencia no solo por actuar de manera no diligente en el desarrollo de su actuación profesional sino, también, por no cumplir adecuadamente con su deber de informar al paciente:

*Consent to medical treatment, to be effective, should stem from an understanding decision based on adequate information about the treatment, the available alternatives, and the collateral risks. This requirement, labeled "informed consent," is, legally speaking, as essential as a physician's care and skill in the Performance of the therapy. The doctrine imposes a duty on a physician or surgeon to inform a patient of his options and their attendant risks. If a physician breaches this duty, patient's consent is defective, and physician is responsible for the consequences."*¹⁷⁰

¹⁶⁹ Cfr. FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁷⁰ 606 P.2d 554 (Okl., 1980).

Rechaza el estándar de la práctica médica, que califica como paternalista, y establece que si el paciente es quien debe decidir, sólo él conoce la información que necesita en cada caso concreto para tomar una decisión inteligente. Es obligación del médico facilitarla de manera comprensible y acorde con los requerimientos del afectado:

*We decline to adopt a standard based on the professional standard. We, therefore, hold the scope of a physician's communications must be measured by his patient's need to know enough to enable him to make an intelligent choice. In other words, full disclosure of all material risks incident to treatment must be made. There is no bright line separating the material from the immaterial; it is a question of fact. A risk is material if it would be likely to affect patient's decision [...]*¹⁷¹

Este estándar de información ha gozado de una aceptación reducida por parte de los tribunales norteamericanos debido a la ausencia de parámetros objetivos para su determinación y aplicación. Bajo este modelo, resulta aún más complicado establecer cuál es la información relevante y determinar los límites en la responsabilidad del médico por la ausencia ésta en la configuración de la decisión del paciente.¹⁷²

6. CONSOLIDACIÓN ÉTICO-JURÍDICA DE LA DOCTRINA DEL INFORMED CONSENT

Sobre el fundamento de una doctrina jurisprudencial ampliamente aceptada, factores como la aparición de la Bioética, la elaboración de la Primera carta de Derechos de los Pacientes (1973), el informe sobre *Making Health Care Decisions* (1982) y el *Patient Self-Determination Act* (1990) son acontecimientos relevantes que permiten consolidar la figura del consentimiento informado en el contexto clínico norteamericano.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Cfr. BERG, Jessica; APPELBAUM, Paul; PARKER, Lisa; LIDZ, Charles, *op. cit.*, p. 49.

6.1. UNA NUEVA DISCIPLINA: BIOÉTICA

Paralelamente al cambio de paradigma en la relación clínica, los avances de la ciencia y la biotecnología generaron un replanteamiento del tema moral en las cuestiones médicas y científicas. Hace aproximadamente treinta años, sobretudo como reacción ante los descubrimientos científicos de la genética (ADN recombinante) y las tecnologías biomédicas (como las técnicas de fecundación in vitro), surge una nueva disciplina llamada *bioética*, estrechamente vinculada a la ética médica.¹⁷³

A) ALGUNOS HITOS EN LA HISTORIA DE LA BIOÉTICA

El término *bioética* es utilizado, por vez primera, en 1970 por Van Rensselaer Potter, profesor de Oncología de la Universidad de Wisconsin en su artículo titulado *Bioethics: The Science of Survival*, y posteriormente en otras obras como *Bioethics: Bridge to the Future* (1971).¹⁷⁴ En estos escritos, Potter quiere poner de manifiesto el peligro que corría todo el ecosistema por la ruptura entre el saber científico o *biological facts* y el saber humanístico, conformado por sus *ethic values*, ocasionada por el proceso científico-tecnológico indiscriminado que se venía experimentando.¹⁷⁵

¹⁷³ Una manifestación de esta evolución viene dada por la aparición, por una parte, de los Comités consultivos de Bioética en los Hospitales y otros centros sanitarios o de investigación, con el fin de asesorar y proponer un juicio ético que ayude a adoptar decisiones de la vida clínica con dificultades éticas; y por otra, en algunos Estados, la creación de Comités Nacionales de Bioética, que cumplen una función informativa y consultiva para las entidades encargadas de dictar leyes y normas con implicancias éticas. Asimismo, cabe advertir que, como consecuencia del proceso de globalización, han surgido comités u órganos especializados dentro de los grandes organismos internacionales (UNESCO, Consejo de Europa, etc.).

¹⁷⁴ En este apartado exponemos, en líneas generales, lo señalado por NOGALES NAHARRO, María de los Ángeles. *Propuesta ética para bioética desde una fundamentación iusnaturalista*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2005. pp. 17 y ss.

¹⁷⁵ Unos años antes (1933) Aldo Leopold, biólogo, escribió en *The Journal of Forestry*, de los Estados Unidos de Norteamérica, un artículo titulado *Ética de la conservación*. Dieciséis años después, vivida ya la explosión atómica, ese escrito, ampliado, fue publicado en la popular revista *Almanac* con el título de *La ética de la tierra*. Algunos consideran a este personaje como precursor de la Bioética, inspirador de la obra de Potter, en tanto que fue el primero en vislumbrar las bases de una nueva moral para la conducta humana, a través del desarrollo de una

Para este autor la *bioética* viene a configurar una nueva disciplina intelectual cuyo objeto formal sería el problema de la supervivencia de la humanidad, donde le corresponde a la ética no sólo abordar cuestiones derivadas del hombre sino también al conjunto de la biosfera y, en general, a cualquier intervención científica del hombre sobre la vida en general. Por tanto, le corresponde a la *bioética* unir la ética clásica y biología o ciencias de la vida para que todo el ecosistema pueda sobrevivir. Esta necesidad no definió sus problemas éticos específicos y el término dejaba abierto un significado amplio sin contenidos precisos.

El interés por los problemas relacionados con la biomedicina surge en New York en 1969. Willard Caylin, psiquiatra y Daniel Callahan, filósofo convocaron reuniones periódicas con miembros de la comunidad científica y filosófica interesados en las ciencias biomédicas, con el fin de analizar cuál debía ser la posición de la sociedad en general y de los profesionales en particular frente a los avances de ellas. En este contexto, fundan en *Hastings-on-the-Hudson* (New York) el *Institute of Society, Ethics and the Life Sciences*, conocido más tarde como *Hastings Center*, constituido actualmente como uno de los epicentros de la bioética mundial y que tiene como misión estudiar y formular normas, sobretodo en el campo de la investigación y experimentación biomédica. Su enfoque es eminentemente médico, ocupándose sólo de los asuntos relacionados con las ciencias médicas: reproducción humana asistida, distanasia, eutanasia, muerte digna, geneterapia, trasplantes, derechos del paciente, aborto, etc.

No cabe duda que la aparición del *Hastings Center* introdujo una amplia temática médica y médico-social en el debate bioético, ampliando los horizontes respecto de las perspectivas que Potter tenía en el campo médico, y ha contribuido a crear lineamientos sobre diversos problemas de bioética especial, que se vienen publicando en la revista *Hastings Center Report*.

Paralelamente al nacimiento del *Hastings Center* el Dr. Andre E. Hellegers, profesor ginecólogo-obstetra holandés especializado en fisiología fetal, llega a la Universidad de Georgetown para poner en marcha un programa de investigación interdisciplinaria en bioética. En 1970 como consecuencia de unos cursos de Teología Moral impartidos por Paul Ramsey, teólogo protestante, donde fue invitado Hellegers, se escriben dos volúmenes titulados *The Patient as Person* y *Fabricated Man*, que pueden considerarse las primeras publicaciones que difundieron la bioética en los Estados Unidos.

En este contexto, puede afirmarse que la bioética como disciplina académica surge en 1971 y las primeras publicaciones en el *Report* son fundamentales para conocer a sus iniciadores. Al éxito económico y social de la bioética contribuyen decisivamente las aportaciones económicas de la *Rockefeller Foundation* y la introducción de este término como referencia en las base de datos de bibliotecas y centros de documentación.¹⁷⁶

En 1972, por influjo de los estudios sobre la prevención de las discapacidades mentales congénitas financiados por la familia Kennedy, Hellegers funda en Washington D.C. *The Joseph and Rose Kennedy Institute for the study of human Reproduction and Bioethics* (a partir de 1979 se llamará *Kennedy Institute of Bioethics*), primer centro que llevará formalmente el nombre de "Instituto de Bioética", actualmente vinculado a la Universidad de Georgetown.

El interés por la bioética pasa de Estados Unidos a Europa. En los años sucesivos se abrirán centros similares, bajo este modelo: Sant Cugat del Vallés (España, 1975), Montreal (Canadá, 1976), Lovaina (Bélgica, 1983) Maastrich (Holanda, 1985), entre otros. Cabe destacar el trabajo de Francesc Abel, médico y sacerdote quien fundó en 1975, el Instituto Borja de Bioética, primer centro de Bioética en

¹⁷⁶ Cfr. NOGALES NAHARRO, María de los Ángeles. *Propuesta ética para bioética desde una fundamentación iusnaturalista*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2005. p. 37.

Europa, adscrito a la Facultad de Teología de Sant Cugat del Vallés, en Barcelona y fue el principal representante del Grupo Internacional de Estudios de Bioética de la Federación Internacional de Universidades Católicas fundado en 1981.

B) FORMULANDO UN CONCEPTO

La *Encyclopedia of Bioethics* de 1978 ha definido la bioética como el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y la atención de la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales.¹⁷⁷ Lo anterior supone que la bioética debe ser entendida como una dimensión aplicativa de la ética general al ámbito biomédico, no pudiendo separarse de la realidad del ser humano en relación con las tradiciones morales que le acompañan.¹⁷⁸

En este mismo sentido, Sgreccia precisa que lo específico de este estudio está constituido por la referencia a valores y principios morales, y por ello a la definición de criterios, juicios y límites de licitud o ilicitud. De ahí que la Bioética no pueda reducirse a una simple deontología médica (código normativo obligatorio para los miembros de un Colegio), ni a la medicina legal (normas jurídicas que regulan el ámbito sanitario), ni a la simple consideración filosófica (mera constatación de una serie de acuerdos en las prácticas habituales).¹⁷⁹

Al respecto, Aquilino Polaino señala que la bioética sería la respuesta de la ética tradicional a problemas contemporáneos surgidos en virtud de nuevos descubrimientos y aplicaciones de la tecnología. Pero esto no requiere un nuevo tipo de ética sino un estudio renovado en el modo de aplicar los principios a las

¹⁷⁷ Cfr. REICH, Warren (ed.). *Encyclopedia of Bioethics*. Prentice-Hall, 1971, citado por NOGALES NAHARRO, María Jesús, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁸ El concepto de bioética viene marcado por el entorno científico y utilitarista dominante en la cultura norteamericana médica y científica. Así por ejemplo, en las obras de Potter esta nueva disciplina es definida como derivada de la Biología, atendiendo a la necesidad de la reflexión sobre cómo emplear los recursos de las ciencias biológicas de manera que se pueda obtener, con su correcto uso, una mejor calidad de vida. Cfr. ABELLÁN SALORT, José Carlos, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁷⁹ Cfr. NOGALES NAHARRO, María de los Ángeles, *op. cit.*, p. 65.

nuevas situaciones.¹⁸⁰ Así entendido, la bioética no sería una ciencia aplicada de la ética sino una parte subjetiva que requiere especial atención en nuestra época. Esto sugiere que la metodología de estudio que corresponde es la de la Filosofía Ética y no la de otras ciencias, aunque aporten elementos relevantes pero no determinantes en el método de la Bioética. Por lo tanto, el nivel de autonomía funcional como disciplina práctica no puede presuponer –sin riesgo de perder sus elementos sustanciales– la ruptura con la fuente y base de su fundamentación última, metafísica, cual es una ética general formulada sobre la realidad ontológica del ser humano.¹⁸¹

C) FUNDAMENTACIÓN DE LA BIOÉTICA

Consolidada la bioética como aproximación científica interdisciplinaria y como disciplina académica, el debate sigue abierto en relación con el problema de su fundamentación, en el plano de la ética general y la teología moral.¹⁸² En efecto, como lo precisa Polaino-Lorente, la bioética, o mejor aún, quienes recurren a ella, necesitan entender que las normas por las que se regula, los fines que propone al quehacer médico y las directrices por las que opta en su tarea de orientar el ejercicio clínico deben estar fundamentadas.¹⁸³

Esta fundamentación recae directamente sobre muchas de las preguntas que el personal sanitario suele plantearse en el ejercicio de su actividad profesional, a saber: "¿cuál es la naturaleza de la persona que ahora estudio como paciente? ¿En qué medida estoy afectando su libertad personal al tomar esta decisión? ¿Debo tomarla solo, con él, consultar con su familia? ¿Cuál es, en última instancia, la finalidad que ordena mi actuación? ¿En qué manera frustró o posibilitó con mi

¹⁸⁰ Cfr. POLAINO LORENTE, Aquilino. Más allá de la confusión: razones para la prioridad de la bioética. En: POLAINO LORENTE, Aquilino (ed.) *Manual de Bioética general*, Madrid, RIALP, 1994. pp. 85 y ss.

¹⁸¹ La idea que la bioética es una parte de la Ética –más que un mero uso práctico– pero aplicada a ciertos campos de la actividad biomédica aparece en autores como Beauchamp, Childress, Walters, Pellegrino y Gorovitz. Cfr. POLAINO-LORENTE, Aquilino, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸² Cfr. ABELLÁN SALORT, José Carlos, *op. cit.*, pp. 36-37.

¹⁸³ Cfr. POLAINO LORENTE, Aquilino, *op. cit.*, p. 90.

actuación con mi actuación la autorrealización personal de mis pacientes? ¿Se oponen las decisiones adoptadas por el paciente a mi ética profesional? ¿Conoce el paciente todas y cada una de las consecuencias derivadas de la decisión que ha tomado? ¿Es realmente consciente de aquella decisión? ¿Contribuyo con mi actuación al recto desenvolvimiento de su personalidad? ¿Qué más puedo hacer por ella?"¹⁸⁴

A la natural dificultad que entraña responder a estas cuestiones, se añade el hecho que muchas decisiones que se adoptan suelen no estar bien fundamentadas con argumentos objetivos y son expresión del consenso de la mayoría o de un pequeño grupo con capacidad de decisión.

Así, fundamentar la ética del comportamiento humano es indispensable aunque se trate de una tarea compleja y dificultosa, en tanto que, como advierte Pellegrino, no está en absoluto claro dónde irá a desembocar la continua metamorfosis de la ética médica en los próximos años, dado el estado problemático en que se encuentra la filosofía y ética contemporánea. Sin embargo, lo cierto es que ninguna persona que tenga que tomar decisiones morales prácticas puede dejar de lado ambos saberes, ni siquiera los filósofos prácticos que son escépticos o nihilistas, sobre todo cuando su propia salud o bienestar está en juego.¹⁸⁵

En cualquier caso, en la bioética como en cualquier otro planteamiento ético, hay algo más que las cuestiones deontológicas de las que se trata. Normalmente, subyace un modo particular de entender al hombre, una antropología implícita, y si se profundiza aún más, se puede advertir una concepción determinada de Dios, es decir, una teología implícita.

Dada la gran repercusión que pueden tener estas cuestiones en la vida de cada persona, existe casi un consenso acerca de la necesidad de establecer

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 90 y ss.

¹⁸⁵ Cfr. PELLEGRINO, Edmund, *op. cit.*, p. 85.

determinados principios tanto para la reflexión bioética como para el obrar moral. Así, se han generado diversas corrientes que pretenden fundamentar la bioética, por ejemplo, el principialismo, la teoría de la jerarquización de principios, el paradigma casuístico, la ética del carácter y la ética comunitarista.¹⁸⁶

Actualmente, el Principialismo –que se fundamenta en cuatro principios: autonomía (capacidad para darse a sí mismo una norma de conducta), beneficencia (procurar el bien del paciente), no-maleficencia (no causar daño) y justicia (entendida como distributiva: dar a cada uno lo suyo)– mantiene una mayor aceptación, influencia y difusión a nivel mundial, mientras que los otros modelos, son paradigmas complementarios.¹⁸⁷

De los cuatro principios, la autonomía es el más recurrido en la discusión de problemas bioéticos constituyéndose, con mucha frecuencia, en el único principio rector en lo que se refiere a la protección de la persona humana, dejándose de lado su posible contradicción con los otros principios como el de beneficencia o la protección de otras dimensiones importantes de los seres humanos. La expresión jurídica de este principio es el consentimiento informado.

6.2. APARICIÓN DE LA PRIMERA CARTA DE DERECHOS DEL PACIENTE (1973)

Sobre la base de una teoría judicial consolidada y las reivindicaciones sociales que surgen a partir de la creación de programas como el *Medicare* y *Medicaid*,

¹⁸⁶ Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que la bioética, al tener este contenido ético-valorativo, se presenta como una consecuencia necesaria de los principios y valores que vienen informando la vida espiritual de los países occidentales desde hace unos siglos. Así entendido, "si con la Ilustración ha venido afirmándose el carácter autónomo y absoluto del individuo humano, tanto a nivel religioso como político, es lógico que esto llevara a la preeminencia de lo que podría denominarse "principio de libertad moral", que tiene en consideración que, dado que todo ser humano es un agente moral autónomo, como tal debe ser respetado por los que tienen posiciones morales distintas". Cfr. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Primum non nocere: El principio de no-maleficencia como fundamento de la ética médica*. Madrid: Real Academia Nacional de Medicina, 1990. pp. 63 y ss.

¹⁸⁷ Para mayor información sobre las teorías que fundamentan la bioética, cfr. FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

los ciudadanos norteamericanos comienzan a reclamar, como corolario del *right to health care*, los *rights in health care*¹⁸⁸, ser tratados como consumidores capaces de participar en el proceso de elección del producto que iban a consumir.¹⁸⁹

En este contexto, la *National Welfare Rights Organization* (NWRO), a petición de la *Comisión Conjunta de Acreditación Hospitalaria* (JCHA), una red privada de hospitales que se encontraba en proceso de revisión de su Reglamento, elabora un documento con 26 peticiones que vienen a conformar la versión preliminar de una carta de derechos de los pacientes. Sobre la base de este documento, se redacta el nuevo Reglamento elaborado por la JCAH, que constituye, a su vez, el fundamento de la Carta de Derechos del Paciente aprobada por la AHA el 8 de enero de 1973.

Está conformada por varios puntos que, en su mayoría, conforman lo que la doctrina judicial llamó *informed consent*, a saber:

- Derecho a la atención considerada y respetuosa
- Derecho a recibir información completa de su médico, en términos razonables y comprensibles, para otorgar el consentimiento antes del inicio de cualquier actuación médica, salvo en caso de urgencias.
- Derecho del paciente a rechazar el tratamiento
- Derecho a la confidencialidad de la información clínica

Así, queda reconocido, legalmente, el derecho a que cada uno asuma las decisiones que le afectan, rigiéndose por su propio sistema de valores y, por tanto, la beneficencia tradicional no puede ser aplicada sin conocer la voluntad del enfermo. La forma en que se concretó la respuesta médica a esta demanda de los enfermos fue el consentimiento informado.

¹⁸⁸ Cfr. ANNAS, George. A national bills' of patients' rights. *New England Journal of Medicine*. 1998, vol. 338, núm. 10, pp. 695-699.

¹⁸⁹ Este apartado sigue *grosso modo* lo expuesto por SIMON LORDA, Pablo, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

Este documento ha tenido una amplia repercusión, quizá –a juicio de Gracia y Lázaro¹⁹⁰– porque recoge de forma concreta la mentalidad predominante en las sociedades democráticas desarrolladas: la primacía del principio de autonomía.

En 1974, el Departamento Federal de Salud, Educación y Bienestar recomendó a todos los hospitales, aunque con poco éxito, la aceptación y respeto de esta Carta. En 1975, el Estado de Minnessota fue el primero en otorgar rango de ley a la Carta de Derechos de los Pacientes, sobre la base de la Carta de 1973.

6.3. MAKING HEALTH CARE DECISIONS REPORT (1982)

Una vez concluida la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* cuyo objetivo era establecer los principios éticos mínimos que deben respetarse en toda investigación con seres humanos (1978), el Congreso aprobó la conformación de una nueva Comisión llamada *The Presidential Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research* (1978-1983), encargada del estudio de las cuestiones éticas derivadas de las implicancias de la práctica e investigación médica.

El resultado de su trabajo está compuesto por varios documentos, entre ellos 9 informes, de los cuales nos interesa rescatar *Making Health care decisions. A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, dedicado principalmente a reflexionar sobre las implicaciones éticas de la exigencia del *informed consent* en la práctica médica.

¹⁹⁰ LÁZARO, José y GRACIA GUILLÉN, Diego. La relación médico-enfermo a través de la historia. *Anuario del Sistema Sanitario de Navarra*. 2006, vol. 29, suplemento 3. pp. 7-17.

El informe se encuentra dividido en cuatro partes.

- La primera, titulada *Values*, aborda la historia del *informed consent* en la ley y en la práctica médica y esboza, someramente, los cambios en la naturaleza del cuidado de la salud y las expectativas sociales relacionadas con la relación médico-paciente. Seguidamente, expone los valores que subyacen al *informed consent*.
- En la segunda parte, *Goals and realities*, se discute acerca de las obligaciones éticas y legales de los profesionales de la salud en contraste con la práctica clínica.
- La tercera parte titulada *Means*, explora diversos medios para encajar los objetivos con la realidad. La atención está dirigida a generar enfoques innovadores en materia de comunicación médico-paciente y toma de decisiones, práctica y teóricamente aceptables. Asimismo, se examinan las normas jurídicas junto con las actitudes y comportamientos modelados en la educación y práctica profesional médica con el fin de proporcionar a los pacientes una base eficaz para la participación en la toma de decisiones.
- Finalmente, el cuarto apartado, *Decisionmaking incapacity*, la Comisión establece principios y procedimientos aplicables para aquellas personas que deben tomar decisiones acerca de la salud de quienes no están en capacidad de tomar alguna o ninguna decisión por sí mismos.

Cada uno de los informes elaborados por esta Comisión constituyen un intento de ayudar a esclarecer y resaltar algunos aspectos relevantes para la toma de decisiones previamente informadas, recomendar mejoras de las políticas públicas en varios niveles (no sólo Federal); y ofrecer una referencia técnica a las personas involucradas en la toma de decisiones médicas.¹⁹¹

¹⁹¹ Cfr. PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *Summing up: Final report on study of the ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research*. Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1983. p.3.

6.4. PATIENT SELF-DETERMINATION ACT (1990)

El Congreso establece una enmienda a la *Social Security Act* con el fin de exigir a los proveedores de servicios de salud y organizaciones asociadas de los programas de *Medicare* o *Medicaid* que tomen las medidas necesarias para asegurar que los usuarios o paciente tengan la oportunidad de participar directamente en las decisiones que afectan su salud, particularmente, en la posibilidad de emitir *advanced directives* (instrucciones previas).¹⁹²

En líneas generales, prescribe la obligación de informar a las personas usuarias de los servicios sanitarios acerca de sus derechos bajo las leyes estatales (ya sea legal o reconocidas por los tribunales del Estado), a tomar decisiones sobre el cuidado de su salud, incluido el derecho de aceptar o rechazar un tratamiento médico o quirúrgico y el derecho de formular instrucciones previas de conformidad con las normas estatales vigentes.

En relación con las instrucciones previas, establece los siguientes deberes: (a) investigar periódicamente si las personas las han emitido y, de ser el caso, incorporarlas en las historias clínicas correspondientes para que puedan ser tenidas en cuenta al momento de la atención médica; (b) no impedir la prestación inicial de asistencia sanitaria en función de si existe o no un documento de instrucciones previas; y (c) asegurar que las instrucciones previas legalmente constituidas y documentadas sean implementadas en el Estados correspondiente.

¹⁹² Cfr. *Patient Self Determination Act of 1990*. H.R.4449.101st Congress (1989 - 1990). THOMAS Legislative information from the Library of Congress [ref. de 15 de julio de 2012]. Disponible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d101:h.r.04449>;

CAPÍTULO III

REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN ESPAÑA

Este apartado, luego de recoger una breve referencia a la incorporación jurídico-positiva del consentimiento informado en el Derecho Europeo, expone el conjunto normativo aplicable al ordenamiento jurídico español: por un lado, las Declaraciones emitidas por Naciones Unidas con carácter de recomendación para los Estados y, por otro, la legislación vinculante de carácter comunitario, estatal y autonómico, incluyendo su tratamiento jurisprudencial, en las partes que convienen a nuestro estudio (la naturaleza del consentimiento informado y su consideración como *lex artis ad hoc*).

1. MANIFESTACIONES INICIALES DEL INFORMED CONSENT EN EL DERECHO EUROPEO

A diferencia del ámbito norteamericano, el entorno europeo se ha caracterizado por la incorporación de la figura jurídica del consentimiento informado en el ámbito clínico, como parte de los derechos de los enfermos, a través de la regulación positiva en el marco de la Unión Europea.

1.1. RECOMENDACIÓN 779 SOBRE DERECHOS DE LOS ENFERMOS Y MORIBUNDOS (1976)

La Recomendación No. 779 sobre los derechos de los enfermos y moribundos (*On the rights of the sick and dying*) fue aprobada el 29 de enero de 1976 durante la 24ª sesión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, inspirado en el contexto socio-cultural por el que atravesaba esta región en aquella época y que ha sido recogido *grosso modo* en el preámbulo de esta norma: el avance científico, técnico y tecnológico que pone en peligro los derechos humanos fundamentales, la dignidad y la integridad de las personas; el tratamiento médico más deshumanizado a los pacientes; la dificultad de los pacientes para defender sus propios intereses, especialmente cuando son sometidos a tratamientos en grandes hospitales; la creciente importancia que adquiere el respeto por voluntad de la persona enferma en relación con el tratamiento al que tiene que someterse.

En este marco, se recomienda a los Estados Miembros, entre otras medidas, tomar todas las acciones necesarias para que toda persona enferma reciba atención y alivio eficaz a su sufrimiento; que los médicos tomen conciencia que el paciente tiene derecho a recibir información completa, si éste la requiere, acerca de su enfermedad y el tratamiento propuesto; y asegurar que todas las personas tengan la oportunidad de prepararse psicológicamente para afrontar el hecho de la muerte y de ser asistidos al efecto por el personal médico, enfermeras y auxiliares, psiquiatras, clérigos o trabajadores sociales especializados vinculados a los hospitales.

En este primer documento vemos que se recoge el deber del médico de informar al paciente sobre su estado, pero, con la salvedad de que éste la requiera.

1.2. CARTA DEL PACIENTE DE HOSPITAL (1979)

Durante la 18ª Asamblea General en Copenhague 1977, el Comité Hospitalario de la Comunidad Económica Europea –hoy, *The Standing Committee of the Hospitals of the European Union (HOPE-Hospitals for Europe)*– decidió realizar un estudio acerca de los derechos fundamentales de los pacientes en relación con la prestación del servicio en un hospital. Éste ha dado como resultado la Carta del Paciente de Hospital (*The Charter of the Hospital patient*) que fue aprobada durante la 20ª Asamblea General en Luxemburgo, en mayo de 1979.

Aunque estos lineamientos apuntaban al paciente de hospital, la Comisión confiaba –según lo expresa su preámbulo– en que este documento contribuiría a la evolución de una Carta de los Derechos de los pacientes en un contexto más amplio. Se trata de una declaración de los derechos individuales básicos de cada persona, dentro del entorno hospitalario. Se reconoce, por ejemplo, el derecho a una atención que respete su dignidad humana, el derecho de autodeterminación, el derecho a aceptar o rechazar la propuesta de diagnóstico o tratamiento, el derecho a la información, el derecho al respeto de su intimidad, el derecho a la libertad religiosa y filosófica. Con relación al tema que nos ocupa, el apartado cuarto reconoce que el derecho del paciente a la información pertinente sobre su situación, buscando siempre su mejor interés. Sin perjuicio de ello, advierte que la información debe permitir al paciente un mayor conocimiento de su situación real, que le dé la posibilidad de tomar sus propias decisiones o de participar en aquellas que tienen consecuencias sobre su bienestar.

Asimismo, recuerda que junto a estos derechos, se encuentran los deberes del paciente que incluyen un comportamiento razonable en todo momento, respeto y consideración por él, por los derechos de sus compañeros-pacientes, y la cooperación con el personal del hospital y de gestión sanitaria.

2. DECLARACIONES ELABORADAS EN EL ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS

Entre la normativa elaborada por Naciones Unidas en el ámbito sanitario tenemos la Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa (OMS/Europa, 1994) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).

2.1. DECLARACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE DERECHOS DE LOS PACIENTES (1994)

La Consulta europea sobre los Derechos de los Pacientes, que tuvo lugar en Ámsterdam durante los días 28 a 30 de marzo de 1994 bajo el auspicio de la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud (OMS/EURO), tuvo como objetivo definir los principios y estrategias para promover los derechos de los pacientes, dentro del contexto del proceso de la reforma de la atención sanitaria que está teniendo lugar en la mayoría de los países europeos.¹⁹³

El resultado de esta Consulta fue la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa (*A Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe*) que constituye un marco común europeo para la acción. Asimismo, se pretendía que fuera interpretada como un derecho añadido para los ciudadanos y pacientes a la hora de mejorar las relaciones con los profesionales de la salud y los gestores de los servicios sanitarios en el proceso de la atención médica.

Este conjunto de disposiciones se fundamenta, según lo precisa el punto primero, en el derecho de todos a ser respetados como seres humanos, a la

¹⁹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Oficina Regional para Europa (1984) [ref. de 1 de agosto de 2008]. Disponible en: <http://www.who.int/about/regions/euro/es/index.html>.

autodeterminación (no hace mención a la autonomía), a la integridad física y mental y a la seguridad de su persona, a que se respete su privacidad/intimidad, a que se respeten sus valores morales y culturales así como sus convicciones religiosas y filosóficas, a la protección de la salud mediante medidas apropiadas que prevengan enfermedades y garanticen la atención sanitaria y la oportunidad de lograr el más alto nivel de salud posible.

Con relación a la información, el punto 2.2 establece que el derecho de los pacientes a "ser informados en detalle sobre su salud, incluyendo los datos médicos sobre su estado; sobre los procedimientos médicos propuestos, junto a los riesgos potenciales y beneficios de cada uno de ellos; sobre alternativas a los procedimientos propuestos, incluyendo el efecto de no aplicar un tratamiento; y sobre el diagnóstico, pronóstico y progreso del tratamiento."

También se reconoce al personal sanitario el derecho de ocultar información al paciente: La información podrá ser ocultada a los pacientes de forma excepcional, cuando existan buenas razones para pensar que esta información les causaría un gran daño, sin ningún efecto positivo (punto 2.3).

Respecto al consentimiento, el tercer punto reconoce que:

3.1 El consentimiento informado del paciente es el requisito previo a toda intervención médica.

3.2 El paciente tiene el derecho a negarse o a detener una intervención médica. Las implicaciones de negarse a recibir o detener tal intervención deben ser cuidadosamente explicadas al paciente.

3.3 Cuando el paciente sea incapaz de expresar su voluntad y se necesite urgentemente llevar a cabo una intervención, se puede presumir el consentimiento del paciente, a menos que resulte obvio por una declaración de voluntades anticipadas previa que en dicha situación el consentimiento sería denegado.

3.4 Cuando el consentimiento de un representante legal sea requerido y la intervención propuesta sea urgentemente necesitada,

dicha intervención puede realizarse a pesar de que no se pueda conseguir dicho consentimiento del representante a tiempo.

3.5 Cuando se requiera el consentimiento legal del representante, los pacientes (ya sean menores o adultos) deberán estar también implicados en el proceso de toma de decisiones, al nivel máximo que permita su capacidad.

3.6 Si un representante legal se niega a dar su consentimiento y el médico u otro profesional de la salud opina que la intervención beneficia al paciente, entonces la decisión debe ser referida a un tribunal o alguna forma de arbitrio.

Según se desprende de la normativa citada, el principio general del consentimiento informado no se presenta como absoluto sino que cede ante el derecho del médico a ocultar información en caso considere que puede ocasionarle "un gran daño, sin ningún efecto positivo" o ante supuestos en los cuales no es posible recabar el mismo –del paciente o su representante legal– a causa de una urgencia. El conflicto entre la opinión médica y del representante legal será resuelto por un tercero. De esta manera, se evidencia ciertos rezagos paternalistas en la actuación médica que obedecen, en principio, a la práctica legítima de la *lex artis* médica.

Lo anterior no obsta para reconocer que esta declaración sirve de referencia para el establecimiento de normas que regulen el consentimiento informado de manera que se combinen de manera prudente la autonomía del paciente y el deber de cuidado del médico.

Otro aspecto interesante de esta declaración, lo encontramos en el punto 7 que establece las definiciones de los conceptos aplicados en este documento. Entre ellos, se encuentra el término "paciente", entendiéndolo por tal al "usuario de los servicios sanitarios, ya sea sano o enfermo".

Sin duda, consideramos como un acierto la redacción de un apartado que establezca los contenidos precisos de lo que se entiende por los conceptos empleados en normativas de carácter general, pues evidencia la preocupación del

legislador –en sentido amplio– por delimitar un tema y su aplicación, evitando de esta manera la ambigüedad, sobre todo si nos encontramos ante términos jurídicamente indeterminados o respecto de los cuales existen posiciones doctrinales diversas. Ahora bien, el significado legal, si bien abre la posibilidad a la medicina preventiva, también se pueden incluir casos que no son estrictamente terapéuticos (cirugía plástica, esterilización voluntaria, entre otros).

2.2. DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS (2005)

En octubre de 2005, la Conferencia General de la UNESCO aprobó la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos mediante la cual, por primera vez, los Estados Miembros se comprometen a respetar y aplicar los principios fundamentales de la bioética reunidos en un único texto.¹⁹⁴

Al abordar los problemas éticos que plantean la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas en sus vertientes relacionadas con el ser humano, la Declaración, como se infiere del propio título, fundamenta sus principios en las normas que rigen el respeto de la dignidad de la persona, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En este contexto, el artículo 5 recoge el deber de los Estados de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás.

En relación al consentimiento informado, el artículo 6.1 establece:

¹⁹⁴ Para mayor profundidad sobre el tema, cfr. GROS ESPIELL, Héctor; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coord.). *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Granada: Comares, 2006.

Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.¹⁹⁵

Esta Declaración, aunque no tiene efecto vinculante para los Estados sino que goza del carácter de recomendación, constituye una propuesta importante para reforzar la instauración internacional de principios comunes respecto a la nueva configuración de la relación médico-paciente, en la que éste adquiere un protagonismo responsable en el cuidado de su salud.

3. LEGISLACIÓN DE ORIGEN COMUNITARIO

Con relación a la legislación de origen comunitario que regula o hace mención al consentimiento informado, haremos referencia al Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (1996) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

3.1 CONVENIO EUROPEO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOMEDICINA (1996)

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina –también llamado Convenio de Oviedo– aprobado por el Consejo de Ministros del Consejo

¹⁹⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA-UNESCO. *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* [ref. de 29 de julio de 2008]. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180s.pdf>.

de Europa el 19 de noviembre de 1996, firmado en la ciudad de Oviedo el 4 de abril de 1997, entró en vigor en España a partir del año 2000.¹⁹⁶

Sobre la redacción del documento, es interesante advertir que no se hace ninguna alusión a la autonomía del paciente o al derecho de autodeterminación corporal, no obstante haber sido mencionado en otros documentos internacionales que han abordado los principios que orientan la regulación del consentimiento informado.

Respecto al objeto y finalidad, el artículo 1 establece que los Estados que se adhieran a este convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Para ello establece un tratamiento diferenciado entre aquellos sujetos que pueden dar su consentimiento y los que –por los motivos precisados en la norma– carecen de esta capacidad.

Asimismo, se establece como principio general la preminencia del interés y el bienestar del ser humano sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia (artículo 2).

En el marco de estos principios, esta norma distingue tres áreas de actuación biomédica, en las que el sujeto debe manifestar su consentimiento: intervenciones generales (artículos 5 a 9); experimentación (artículos 15 y 16)¹⁹⁷; extracción de

¹⁹⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, publicado en el BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

¹⁹⁷ CONVENIO DE OVIEDO. Artículo 19 [Regla general]. 1. La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable. 2. El consentimiento a que se refiere el artículo 5 deberá ser libre y explícitamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad.

órganos y tejidos de donantes vivos (artículo 19).¹⁹⁸ Para efectos de este trabajo, nos centraremos en la regulación del consentimiento en las intervenciones generales en el campo de la sanidad.

El artículo 5 exige como requisito *sine qua non* para toda intervención médica en el ámbito sanitario, el consentimiento libre e inequívoco de la persona afectada, luego de recibir una información adecuada acerca de la finalidad del acto, naturaleza, riesgos y consecuencias.¹⁹⁹ De igual forma, se reconoce el derecho a retirar dicho consentimiento libremente, en cualquier momento.

Respecto a la información, junto al derecho de toda persona de conocer toda la información obtenida sobre su salud y el respeto de su voluntad de no ser informado, el artículo 10 reconoce el derecho de los Estados a establecer excepciones a esta norma, en interés del paciente.²⁰⁰

¹⁹⁸ CONVENIO DE OVIEDO. Artículo 15 [Regla general]. La experimentación científica en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el presente Convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano.

Artículo 16 [Protección de las personas que se someten a un experimento]. No podrá hacerse ningún experimento con una persona, a menos que se den las siguientes condiciones: I) que no exista un método alternativo al experimento con seres humanos de eficacia comparable, II) que los riesgos que pueda incurrir la persona no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales del experimento, III) que el proyecto haya sido aprobado por la autoridad competente después de haber efectuado un estudio independiente acerca de su pertinencia científica, comprendida una evaluación de la importancia del objetivo del experimento, así como un estudio multidisciplinar de su aceptabilidad en el plano ético, IV) que la persona que se preste a un experimento esté informada de sus derechos y las garantías que la ley prevé para su protección, V) que el consentimiento a que se refiere el artículo 5 se haya otorgado libre y explícitamente y esté consignado por escrito. Este consentimiento podrá ser libremente retirado en cualquier momento.

¹⁹⁹ CONVENIO DE OVIEDO. Artículo 5 [Regla general]. Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

²⁰⁰ CONVENIO DE OVIEDO. Artículo 10 [Vida privada y derecho a la información]. [...] 2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada.

En el caso de las personas en situación de no poder otorgar su consentimiento, el artículo 6 establece como regla general la posibilidad de una intervención siempre que tenga por finalidad conseguir un beneficio directo sobre ella, precisando algunos requisitos adicionales que dependerán de las circunstancias particulares de la incapacidad.²⁰¹ Si se trata de menores o mayores de edad sin capacidad (según la ley), se requerirá el consentimiento de su representante o autoridad o de una persona o institución designada por la ley (consentimiento por representación). Éste podrá retirarse en cualquier momento y deberá intervenir u opinar la persona sin capacidad, en la medida de lo posible, según su grado de madurez.

Tanto en el caso de personas con trastornos mentales²⁰² o en situaciones de urgencia²⁰³, se podrá actuar sin su consentimiento, siempre que la ausencia de la intervención –de carácter indispensable– provoque serios peligros para su salud.²⁰⁴

²⁰¹ CONVENIO DE OVIEDO. Artículo 6 [Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.].1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo. 2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez. 3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. 4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5. 5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

²⁰² CONVENIO DE OVIEDO. Artículo 7 [Protección de las personas que sufran trastornos mentales]. La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos.

²⁰³ CONVENIO DE OVIEDO. Artículo 8 [Situaciones de Urgencia]. Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada.

²⁰⁴ Para una mayor información sobre el tema: Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María (ed). *El convenio de derechos humanos y biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento español*. Bilbao-Granada: Cátedra de Derecho y Genoma Humano etc., 2002; DÍAZ-AMBRONA

3.2. CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000)

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁰⁵, firmada y proclamada el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, es resultado de un procedimiento iniciado en 1999 que recoge por primera vez el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión.²⁰⁶

El 13 de diciembre de 2007 se produce la ratificación del Tratado de Lisboa²⁰⁷, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que, entre otros importantes aportes, consagra el carácter normativo de esta Carta, asignándole el mismo valor jurídico que a los demás Tratados de la Unión. El artículo 6.2 del mismo Tratado dispone su entrada en vigor el 1º de diciembre de 2009.²⁰⁸

BARDAJÍ, María Dolores; *et. al. Introducción a la medicina legal*. Madrid: Diaz de Santos, 2007; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Bioética práctica. Legislación y jurisprudencia*. Madrid: Colex, 2000.

²⁰⁵ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea [ref. de 29 de julio de 2008]. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_es.htm.

²⁰⁶ Para mayor profundización sobre el tema, cfr. MATÍA PORTILLA, Francisco. Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas. *Revista Española de Derecho Europeo*. 2011, núm. 39. pp. 253-275.

²⁰⁷ Tratado de Lisboa, publicado en el DOUE 306 de 17 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

²⁰⁸ TRATADO DE LISBOA. Artículo 1.8. El artículo 6 se sustituye por el texto siguiente:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.
2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.
3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones

Mediante Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, publicado en el BOE de 31 de julio de 2008, se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa; y se dispone su vigencia a partir del día siguiente de su publicación. Al parecer, como apunta Gordillo²⁰⁹, esta norma colocó a la Carta en una "posición jurídica inusual": antes de la entrada oficial establecida por Lisboa, el legislador incorpora el contenido de la Carta en el ordenamiento jurídico español.

A partir de esta fecha, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución española reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en esta Carta.

En cuanto a su contenido, recoge esencialmente los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta Social Europea del Consejo de Europa y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, así como en otros convenios internacionales a los que se han adherido la Unión Europea o sus Estados miembros.

En relación al tema que nos ocupa, en el artículo 3 que regula el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, se precisa la obligación de respetar, en el marco de la medicina y la biología, el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley.

constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

²⁰⁹ Cfr. GORDILLO PÉREZ, Luis. Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH. *Revista Española de Derecho Europeo*. 2011, núm. 38. pp. 173-203.

Adicionalmente, en este mismo apartado resulta interesante advertir que se establecen una serie de límites a la práctica e investigación biomédica, a saber: la prohibición de las prácticas eugenésicas y, en particular, las que tienen por finalidad la selección de personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro o la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

4. LEGISLACIÓN NACIONAL

En este apartado revisaremos los antecedentes y la normativa estatal vigente, la LBRAP. Asimismo, haremos una mención genérica a la regulación autonómica. También, por ser un tema relevante de nuestra investigación, haremos referencia al tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado y su consideración como *lex artis ad hoc*.

4.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La normativa anterior a la LBRAP se divide en dos etapas: la normativa pre-constitucional y la que surge a partir de la Constitución de 1978, a saber: la Carta de derechos y deberes del paciente del Instituto Nacional de la Salud - INSALUD (1984); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (1986) y el Código de Ética y Deontología médica de la Organización Médica Colegial Española (1999).

A) NORMATIVA EN LA ETAPA PRECONSTITUCIONAL

A diferencia de lo sucedido en el Derecho Comparado, en España no existe una jurisprudencia, doctrina o legislación que regule el derecho del paciente a consentir o no un tratamiento médico propuesto hasta casi finales del siglo XX. La tradición médica era abiertamente paternalista, posiblemente por factores históricos, sociales, religiosos y políticos.

En esta línea, los primeros intentos por sistematizar la deontología médica española en los años 30 y 40 fueron deudores de este paradigma de la relación médico-paciente que se encuadraban en la moral católica de la época. Por ejemplo, el Código de Deontología Médica de Luis Alonso Muñoz (1934), en relación con los deberes del médico, establecía: "a) debe ser cauto en formular el diagnóstico y en manifestarlo y mucho más en el pronóstico, ciencia noble y útil, pero también oscurísima y difícil [...] b) Bondadoso, afable, caritativo y correctamente alegre. c) De no transigir con los caprichos del enfermo que le sean perjudiciales, en rechazar cualquier sugestión contraria a la moral y en imponerse para que sean observadas sus prescripciones".²¹⁰

Por ello es comprensible que la casi totalidad del personal sanitario en ejercicio no haya conocido en estas épocas más referente de comportamiento ético correcto que el paternalismo tradicional. Los deberes establecidos en la ética hipocrática, cuyo incumplimiento venía acompañados de una sanción moral, estaban recogidos en el Código de Ética y Deontología Médica de 30 de marzo de 1979, que establecía el derecho de los pacientes a recibir información sobre el diagnóstico, pronóstico y posibilidades terapéuticas de su enfermedad; y al deber del médico de facilitárselo con las palabras más adecuadas.²¹¹

Sobre las normas de carácter deontológico, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de marzo de 1959, reconoció al deber deontológico de información del médico la categoría de principio aplicable a todos los colegios Médicos y le otorgó la condición de principio moral, ético y lógico indiscutible. En este sentido, ante la intervención quirúrgica de un paciente sin su consentimiento, por tener la sospecha de estar ante una enfermedad grave, se afirmó que la más elemental cautela exigía esperar hasta efectuar las comprobaciones necesarias –según el estado de la ciencia– y contar con la autorización expresa del paciente mayor de edad y en pleno juicio, como dueño

²¹⁰ SIMON LORDA, Pablo, *op. cit.*, 132 y ss.

²¹¹ Cfr. LÓPEZ-CHAPA, Sara, *op. cit.*, p. 42.

de su integridad física y, de ser el caso, solicitar otras opiniones para garantizar el acierto en el tratamiento adoptado.²¹²

Mediante Orden de 7 de julio de 1972, publicada el 19 de julio, se aprobó el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, cuyo artículo 148.4 establece que los enfermos tendrán el derecho a "autorizar, bien directamente o a través de sus familiares más allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su estado de gravedad."

De otro lado, el apartado c) del artículo 13 del Real Decreto 2082/1978 de 25 de agosto, publicado el 1º de septiembre, sobre Normas Provisionales de Gobierno, Administración y Garantías de los Usuarios de los Servicios Hospitalarios, señalaba como derechos del enfermo: La previa conformidad y consentimiento expreso y escrito del enfermo y, en caso de su menor edad o imposibilidad, de sus parientes más próximos o representante legal, para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida o de las que necesaria o previsiblemente se deriven lesiones o mutilaciones permanentes, a menos que la urgencia y gravedad del caso hagan indispensable, a juicio del facultativo o facultativos, la aplicación o intervención inmediatas.²¹³

Como puede apreciarse, en ambas normas, el derecho del paciente a consentir cualquier intervención médica estaba reservado a casos excepcionales (grave riesgo para la salud o la vida) que entrañaban un grave riesgo para su salud.²¹⁴

²¹² Cfr. BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*. Barcelona: Bosch, 2003. p. 71-72.

²¹³ Este Real Decreto fue declarado nulo por la Orden de 30 de septiembre de 1987, publicada el 21 de octubre, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo dictada con fecha de 5 de mayo de 1987, que declaraba su nulidad por carecer del informe preceptivo del Consejo de Estado.

²¹⁴ Cfr. SIMON LORDA, Pablo, *op. cit.*, p. 140.

B) NORMATIVA EN LA ETAPA CONSTITUCIONAL

En 1978, la entrada en vigor de la Constitución Española introduce una mención específica a la protección de los derechos fundamentales y del derecho a la salud, lo que produce un cambio paulatino en la jurisprudencia española, hasta considerar que la intervención médica realizada sin informar previamente al paciente sobre las posibles consecuencias, implicaba una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a la libertad y a la autodeterminación (artículo 9.2 CE), al respeto de su dignidad (artículo 10.1 CE) y el derecho a la protección de la salud, que debe ser organizada y tutelada por los poderes públicos (artículos 43.1 y 2 CE).

B.1) Carta de derechos y deberes del paciente de INSALUD (1984)

La Carta de derechos y deberes del paciente del Instituto Nacional de la Salud - INSALUD (1984) fue el primer intento de regular el derecho a la información en este ámbito.²¹⁵

El artículo 4º de este documento reconocía el derecho del paciente a recibir la información oportuna y el consiguiente deber de información del médico: El paciente o su representante tiene derecho a recibir información completa y continuada, verbal o escrita, de todo lo relativo a su proceso, incluyendo diagnóstico, alternativas de tratamiento y sus riesgos y pronósticos, que será facilitada en un lenguaje comprensible. En caso de que el paciente no pueda o no quiera manifiestamente recibir información, ésta deberá proporcionarse a los familiares o personas legalmente responsables.

²¹⁵ Cfr. LIZARRAGA BONELLI, Emilio. La información y la obtención del consentimiento en la nueva ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En: GONZÁLEZ SALINAS, Pedro; LIZARRAGA BONELLI, Emilio (coords.). *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002*. Madrid: Aranzadi, 2004. pp. 265 y ss.

Según se desprende del citado texto, la Administración Sanitaria reconocía un derecho-deber de información, pero no hacía referencia específica a la necesidad de ser comunicada previamente al otorgamiento del consentimiento.

B.2) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Dos años después se promulga la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, publicada el 29 de abril, cuyo artículo 10 recoge, por primera vez, el deber de información del médico como requisito para el otorgamiento del consentimiento del paciente. Bajo el título de "Derechos frente a las distintas administraciones públicas sanitarias"²¹⁶ la ley concede a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público²¹⁷ o vinculados a él, el derecho a la información oportuna sobre su situación clínica: "(5) a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento."

Asimismo, se torna necesario su consentimiento previo antes de la realización de cualquier intervención propuesta por el médico:

(6) A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo

²¹⁶ Los apartados 5, Ap. 5, 6, 8, 9 y 11 del artículo 10 LGS fueron eliminados por disposición derogatoria única de Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

²¹⁷ Con relación a esta terminología, cabe resaltar la evolución que ha transformado al paciente en un consumidor o usuario de los servicios sanitarios, según la terminología empleada en los artículos 9 y 10 LGS. Ello puede conllevar una serie de consecuencias. En este sentido, ante la inexistencia específica sobre esta materia, puede ser de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –ordenada actualmente por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, que establece el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias– que, por mandato constitucional del artículo 51, establece normas relativas al derecho básico que asiste a los consumidores y usuarios a la información correcta sobre los productos o servicios, siendo nula su renuncia previa (artículo 2), así como las características que debe presentar dicha información: cierta, eficaz, veraz y objetiva en la que deben reseñarse los riesgos previsibles (artículo 13). Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio. *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid: Colex, 1997. pp. 22-23.

consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención", salvo en los siguientes casos:

Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.

Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

En todo caso, podrá "(9) negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria".

Si bien se trata de un avance respecto de la legislación vigente sobre la materia hasta ese momento, ha sido objeto de diferentes críticas por contener una regulación insuficiente e imprecisa. De manera genérica, destacamos las siguientes observaciones:²¹⁸

Primero, la regulación separada de los conceptos, por un lado el consentimiento (derecho a consentir) requerido en cualquier contrato y, por otro, la información (necesidad de la información previa para un recto otorgamiento del consentimiento) han dificultado la apreciación de su carácter unívoco por parte del personal sanitario y de los Tribunales. Así pues, ha sido necesario que la jurisprudencia precise la vinculación entre ambos elementos. A este respecto, se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997 (Sala de lo Penal) en la que se establece que:

La información –en una razonable exégesis del artículo 10 de la Ley General de Sanidad– ha de ser suficiente, esclarecedora, veraz y adecuada a las circunstancias, o, si se quiere, en palabras de la Corte de Casación francesa «simple, aproximativa, inteligible y leal», sin que su formulación y la de la consiguiente manifestación

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 22 y ss.; Cfr. GONZALEZ SALINAS, Pedro. El alcance del carácter básico de la ley reguladora de la autonomía del paciente y su influencia en las leyes autonómicas sobre la misma materia. En: GONZÁLEZ SALINAS, Pedro; LIZARRAGA BONELLI, Emilio (coords.), *op. cit.*, pp. 15-41; LÓPEZ-CHAPA, Sara, *op. cit.*, pp. 44-49; JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

del consentimiento transformen la existencia de dicho binomio garantista del Derecho a la Salud en una exigencia con caracteres de requisito *ad solemnitatem* ni, por contra, sus trámites formales reduzcan la operatividad de aquél a la de un puro trámite burocrático estandarizado, devaluando así la integración del deber de informar y el correlativo derecho a recibir información en lo que se ha dado en llamar *lex artis ad hoc*.²¹⁹

Segundo, se ha hecho hincapié en la falta de definición del contenido y forma de la información que debe ser aportada por el personal sanitario. Por ejemplo, en el caso de la información sobre los riesgos, no es posible determinar con precisión si se debe comunicar todas las implicancias derivadas de un tratamiento, incluso aquellas que ocurran en el 1% de los casos. Esta situación se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1998 en la cual se determina que no se ha incumplido el deber de información dado que las lesiones producidas como consecuencia de la información médica efectuada eran "infrecuentes y difícilmente previsibles".²²⁰

Tercero, se ha advertido la inapropiada regulación de las excepciones del derecho a consentir, así como la falta de claridad al precisar los requisitos que determinan la capacidad o incapacidad del menor o del incapacitado de hecho o psíquico.²²¹

²¹⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 1188/1997 de 3 de octubre de 1997.

²²⁰ El recurso de casación que resolvía la demanda de indemnización por responsabilidad médica, señaló "Que lo ocurrido, según se desprende del dictamen pericial, no fue sino una complicación infrecuente, pero abundantemente descrita en la literatura médica [...] complicación ésta que es difícilmente previsible [...]". STS (Sala de lo Civil) núm. 1055/1998 de 10 de noviembre de 1998.

²²¹ Sobre la capacidad del menor para decidir, la ha sido la primera norma española que regula esta situación, estableciendo que "Artículo 7 [Excepciones a la exigencia del consentimiento y otorgamiento del consentimiento por sustitución]. [...] 2. Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución: [...] d) En el caso Ley 21/2000 de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica (Cataluña) de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento.

Finalmente, conviene precisar que la jurisprudencia desarrollada en relación a los apartados comentados ha tenido presente principalmente el aspecto patrimonial de la lesión del derecho al CI, es decir, si su ausencia ha generado el derecho a indemnización por parte del paciente, sin entrar a desarrollar la naturaleza del derecho afectado.²²²

Actualmente, los apartados relativos al consentimiento y a la información previa han sido derogados por la LBRAP que revisaremos a continuación, quedando vigentes los apartados que regulan o afectan el consentimiento del paciente en sentido amplio:

- El derecho básico que sustenta el principio de respeto por la autonomía del paciente, a saber: el respeto a la personalidad, a la dignidad humana y a la intimidad, sin que se pueda ser discriminado.
- Ser informado sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y a elegir el médico y los demás sanitarios conforme a ley.
- Ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos pueden ser utilizados en un proyecto docente o de investigación, sin que afecten a su salud y para los que deberá otorgar su autorización por escrito.
- Participar en las actividades sanitarias y utilizar las vías de reclamación y propuestas de sugerencias.

²²² Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 956/1998 de 16 de octubre de 1998, núm. 313/1999 de 13 de abril de 1999; núm 239/2000 de 7 de marzo de 2000. En esta última, que resuelve una demanda por indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil, el Tribunal precisa que: "Para que el consentimiento prestado sea eficaz es indispensable que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiese comunicado cuáles eran las características de la intervención a la que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas, número de punciones, complicaciones que podían ocurrir durante la extracción o 'a posteriori' [...]. Sentada la ineludibilidad de la información y del consentimiento escrito y no constando que ello se verificase, debe establecerse a quien fuese imputable dicha negligencia y las consecuencias de la misma."

B.3) Código de Ética y Deontología médica de la OMCE (1999)

La Organización Médica Colegial de España (OMCE) promulgó su primer código en 1978 al amparo de la Constitución de 1978, que establece el reconocimiento y la necesidad de regular los colegios profesionales y el ejercicio de los profesionales titulados. Fue actualizado en 1990 y, posteriormente, en 1999. La última actualización corresponde al año 2011.²²³ Desde sus inicios mantiene la finalidad de establecer el conjunto de principios y reglas éticas que deben de inspirar y guiar la conducta profesional del médico, confirmando su compromiso con el ser humano y la sociedad en su conjunto, a quienes presta sus servicios.²²⁴

En relación al consentimiento y al deber de información contenido en el Código de 1999 –que es el que nos interesa como antecedente de la actual regulación del CI– el artículo 10 regulaba el derecho de los pacientes a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla. Asimismo, se comprometía a respetar la decisión del paciente a no ser informado. En estos casos, se procedería a comunicar los extremos oportunos al familiar o allegado que haya sido designado por el enfermo para tal fin. En el caso de que las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo, el médico le proporcionará información suficiente y ponderada a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas.

Recoge el deber de respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o el tratamiento, con la obligación de

²²³ La reforma fue elaborada por la Comisión Central de Deontología Médica, aprobada por la Asamblea General el 9 de julio de 2011 y representa el primer Código de Deontología Médica del siglo XXI.

²²⁴ Cfr. ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL ESPAÑOLA. Código de Ética y Deontología Médica de 1999 [ref. de 1 de agosto de 2008]. Disponible en: <http://www.unav.es/cdb/ccdomccdm1999.html>.

informarle de manera comprensible las consecuencias que puedan derivarse de su negativa.

En el caso de la incapacidad para el otorgamiento del consentimiento (minoría de edad, incapacidad o urgencia) y no siendo posible recabarlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

Resaltó el compromiso que asume el médico con el paciente al iniciar la atención médica y la posibilidad que tiene aquél de suspenderla si sucede una pérdida de confianza. Asimismo, si bien tiene el deber de respetar la voluntad del paciente, se establecía la obligación del médico de atenderlo si éste necesita de su atención por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de algún tratamiento. Esta restricción de la voluntad del paciente se da sólo para casos en los que la intervención involucre un alto riesgo para el enfermo.

Entendemos, pues, que esta norma de carácter deontológico intentaba encajar de alguna manera el respeto a la autonomía de los pacientes y el principio de beneficencia, propio de la actividad médica, manteniendo aún el estándar de actuación de la ética médica clásica.

4.2. LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE

Conforme se desprende de la Exposición de Motivos, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica pretende completar y mejorar las previsiones que la LGS enunció como principios, dando

un trato especial al llamado "derecho a la autonomía del paciente".²²⁵ Destaca la importancia que tienen los derechos de los pacientes, plasmados en la legislación internacional y otras recomendaciones sobre la materia, especialmente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa (1994) y el Convenio de Oviedo (1997).

Para la determinación del contenido y redacción de los principios fundamentales de la ley, ha tenido como fuente el Documento final del Grupo de Expertos en información y documentación clínica de 26 de noviembre de 1997, creado por la Sub-Secretaría de Sanidad y Consumo del Ministerio de Sanidad en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.²²⁶

Sobre estos cimientos, el legislador ha dividido la LBRAP en seis capítulos (23 artículos), que regulan los principios generales, el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad²²⁷, el respeto a la autonomía del paciente, la historia clínica, el informe de alta y otra documentación clínica.²²⁸

²²⁵ Mayor información sobre la génesis de la Ley, Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. Valladolid: Lex Nova, 2007. pp. 42 y ss. (quien, en caso de conflicto, postula una interpretación histórica que atiende a la voluntad del legislador pues, según afirma citando a Díez Picazo y Ponce de León, la libertad absoluta del intérprete no parece que sea defendible); GONZÁLEZ SALINAS, Pedro; LIZARRAGA BONELLI, Emilio (coord.), *op. cit.*, pp. 225 y ss.

²²⁶ Publicado en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*. Vol. 21, No 3, septiembre-diciembre 1998. Editado por el Departamento de Salud del Gobierno de Navarra [ref. de 28 de enero de 2012]. Disponible en: <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol21/n3/salud3.html>

²²⁷ Con relación al derecho a la intimidad (capítulo III, artículo 7). Se establece como regla general el respeto por la confidencialidad de los datos respecto de la salud del paciente y que nadie puede tener acceso a ellos sin autorización previa. En el caso de los Sistemas de Información en Salud Pública, la ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece que, cuando sea estrictamente necesario para la tutela de la salud de la población, las Administraciones sanitarias no precisarán obtener el consentimiento de las personas afectadas. LGSP [Capítulo IX Sistemas de información en Salud Pública]. Artículo 41.2. Las Administraciones sanitarias no precisarán obtener el consentimiento de las personas afectadas para el tratamiento de datos personales, relacionados con la salud, así como su cesión a otras Administraciones públicas sanitarias, cuando ello sea estrictamente necesario para la tutela de la salud de la población.

²²⁸ Además de definir los conceptos de Documentación e Historia clínicas regula el contenido, uso y derecho de acceso a la historia clínica y su custodia, la conservación de la documentación

Para efectos de nuestra investigación, expondremos brevemente algunas consideraciones sobre los aspectos directamente relacionados con el consentimiento y la información y su ámbito de aplicación.

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CARÁCTER DE LEY BÁSICA

El artículo 1º establece como finalidad de la norma la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

Sobre el ámbito de aplicación, la disposición final primera le otorga a esta normativa la condición de *básica*, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1 y 16 de la Constitución²²⁹, lo cual constituye una novedad en cuanto a técnica legislativa, pues a pocas normas estatales se les ha atribuido dicha condición. Este hecho determina, en principio, que las normas autonómicas dictadas previamente –y las que se establezcan en el futuro– sobre la misma materia, se deberán ajustar al contenido material y formal establecidos por la misma.²³⁰

Por otro lado, a diferencia del Convenio de Oviedo, la LBRAP no distingue diferentes manifestaciones de la actividad bio-sanitaria, sino que se dirige sólo a regular las intervenciones generales en el ámbito de la sanidad. Para los otros casos (experimentación e investigación médica, trasplante de órganos, técnicas de

clínica, el informe de alta del paciente, la emisión de certificados médicos (capítulo V-VI, artículos 23).

²²⁹ CE. Artículo 149 [Competencias del Estado].1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. [...] 16ª Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.

²³⁰ Cfr. GONZALEZ SALINAS, Pedro. El alcance..., *op. cit.*, pp. 15 y ss.

reproducción asistida, etc.), la Disposición Adicional Segunda dispone su aplicación supletoria frente a la regulación específica de estas materias.²³¹

B) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PRINCIPIOS BÁSICOS

Con relación a los principios generales, el artículo 2 establece como principios básicos orientadores de la actividad sanitaria la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad.

Asimismo, sobre la base del artículo 5 del Convenio de Oviedo²³², se reconoce como principios básicos de la actividad sanitaria, entre otros, los siguientes: el requerimiento, con carácter general, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios, obtenido después de haber recibido una información adecuada; el derecho del paciente o usuario a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles; el derecho de todo paciente o usuario a negarse al tratamiento²³³, excepto en los casos determinados

²³¹ A manera de ejemplo, citaremos algunas normas vigentes sobre las diferentes materias en las que se regulan las condiciones en las que debe prestarse el consentimiento informado de los sujetos: Ley 14/2006, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, que regula los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionados con las técnicas de reproducción asistida; Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios (ensayos clínicos) y el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que regula los ensayos clínicos con medicamentos; Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos y el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; Ley 29/1980, de 21 de junio, reguladora de las autopsias clínicas y el Real Decreto 2230/1982, que la desarrolla; Real Decreto 1566/1998, de 17 de julio, que establece los criterios de calidad en radioterapia, el Real Decreto 1976/1999, de 23 de diciembre, que establece los criterios de calidad en radiodiagnóstico y el Real Decreto 1841/1997, de 5 de septiembre, que establece los criterios de calidad en medicina nuclear; entre otros.

²³² El artículo 5 del Convenio de Oviedo establece, como regla general, que las intervenciones en el ámbito de la sanidad sólo podrán efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

²³³ Como lo advierte RODRÍGUEZ LÓPEZ con PLAZA PENADÉS, el derecho a negarse al tratamiento una vez informado es una mención relevante pues ello supone que solo pueden limitarlo el derecho a la vida –como bien mas fundamental de la persona– o un grave e

en la Ley. Este conjunto de derechos y facultades que, en líneas generales, forman parte del consentimiento informado, serán desarrollados nuevamente por el legislador en otros artículos de la misma ley.

De otro lado, como aparente contrapartida a estos derechos del paciente, la ley reconoce el deber de todo paciente o usuario de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria. Cuando la falta de datos veraces amenaza o pone en peligro la relación de confianza entre el médico y el paciente, Sánchez-Caro y Abellán recomiendan advertir inmediatamente de tal circunstancia. De persistir esta conducta, el médico puede suspender la continuidad de sus servicios, sin conculcar el derecho a la asistencia sanitaria del paciente o usuario.²³⁴

Para efectos de nuestra investigación, de los principios enunciados, nos centraremos en el respeto a la autonomía de la voluntad.

El artículo 2 de la LBRAP hace referencia a la autonomía de la voluntad de la persona como principio que debe ser respetado en toda intervención sanitaria de carácter asistencial, de lo que se deduce que el sujeto beneficiario de la actividad médico-sanitaria no es sólo un paciente como parece afirmar el título de la Ley, sino cualquier persona o usuario que lo solicite aunque goce de salud efectiva. Tal es el caso de algunos servicios sanitarios de prevención o promoción de la salud. De hecho, la garantía del respeto por la autonomía de la voluntad –de las decisiones individuales– es uno de los objetivos comunes de las acciones de

irreparable daño a la salud que puede ir unido a la imposibilidad de emplear un tratamiento alternativo diferente del específicamente prohibido. Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica*. Madrid: DILEX, 2004. pp. 47 y ss.; PLAZA PENADÉS, Javier. La ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información, consentimiento y documentación clínica. *Diario jurídico Aranzadi*. 2003, núm. 562. pp. 1-2.

²³⁴ Cfr. SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. *Derechos del médico en la relación clínica*. Madrid: Comares, 2006. pp. 24 y ss.

coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas sanitarias establecidos por la Exposición de Motivos de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud.²³⁵

La expresión *autonomía de la voluntad* que designa *grosso modo* la facultad que tienen las personas para adoptar decisiones libres y conscientes que afecten sus bienes o intereses particulares, sin intervención de terceros, proviene de la doctrina emanada del Derecho Civil.

Según De Castro y Bravo²³⁶, la autonomía privada juega un papel en el origen, afianzamiento y organización del Antiguo Régimen o Derecho de los Señores. Los derechos y obligaciones propios de los diferentes tipos de feudalismo existentes (vinculación de tierras, personas, familias, incluso a futuro) tenían como última justificación y base jurídica el respeto a la palabra dada solemnemente. Esta regulación afirma de modo general la regla: *modus et conventio vincunt legum* (modo y convenio son la ley vigente) frente a la proclamación del ordenamiento del Emperador.²³⁷

En la ilustración, se defiende la autonomía privada, sin atender a que se trata de un principio que sirvió de base al Antiguo Régimen. Reaccionan violentamente

²³⁵ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Exposición de Motivos. Apartado Primero. "Por todo ello, esta Ley establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud: [...] c) Y, por último, participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, y para permitir el intercambio de conocimientos y experiencias."

²³⁶ Con relación al desarrollo histórico, en líneas generales, atendemos a lo expuesto por DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España. Volumen III: El negocio jurídico y la persona jurídica*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008. pp. 11 y ss.

²³⁷ Digesto 2, XIV, 18: "Los pactos convenidos contra las reglas de Derecho civil no son considerados válidos". KRIEGER, Albert; HERMANN, Emil y OSENBRÜGGEN, Eduard. *Cuerpo del Derecho Civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino. Vol. 1: Instituta-Digesto*. García del Corral, Idelfonso (trad.) (comp.) Barcelona: Jaime Molinas, 1889. pp. 284-285 [ref. de 15 de marzo de 2012] Disponible en: <http://archive.org/details/cuerpodelderech00unkngoog>

contra lo que consideraban una organización anquilosada, compuesta de innumerables vínculos y ataduras que estorbaban al desarrollo y el progreso social. Creen ingenuamente –según De Castro y Bravo– que la supresión de estas viejas vinculaciones bastaba para el establecimiento de la igualdad jurídica entre los miembros de los diferentes estamentos sociales para que reine siempre la libertad. Consideran que la función del Derecho estatal es servir a la voluntad individual y, en su caso, a completarla o suplirla, conforme a lo que pueda presumirse querido. Esta forma de concebir el Derecho se expresa en el axioma: *voluntas facit legem*, que verá su expresión jurídica en la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 (artículos 4, 5 y 7)²³⁸ y en la regulación de los contratos (tal es el caso del artículo 1255 del Código Civil español). Esta concepción será confirmada científicamente, con la Pandectística del siglo XIX (primera generación), que se construye en torno a los conceptos de derecho subjetivo y de negocio jurídico y de la que es deudor crítico Emilio Betti.²³⁹

El nuevo contexto económico-social desencadenado durante el siglo XIX, lleva al pandectismo (segunda generación) a desarrollar un nuevo sentido de la soberanía de la voluntad. El Derecho entra en la dinámica comercial y ve la necesidad de atender con preferencia la seguridad del tráfico jurídico. Se habla, entonces, de la autonomía de la voluntad pero no como sinónimo de respeto a la libertad individual, sino como un instrumento eficaz para la circulación de bienes y servicios y el desarrollo del comercio, atendiendo más a lo declarado por las partes que a lo querido por ellas. Esta nueva forma de enfocar la autonomía se

²³⁸ DECLARACION DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO (26 agosto 1789). Artículo 4°. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Artículo 5°. La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena.

Artículo 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.

²³⁹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, p. 14.

expresa en la regla romana: *leges vigilantibus scripta sunt* (las leyes privadas son para quienes están vigilantes).²⁴⁰

La concepción moderna del normativismo positivista teóricamente reduce la voluntad individual al supuesto de hecho de la norma, que ocasiona –como cualquier otro precepto– el funcionamiento del aparato estatal. En la práctica, ha servido para potenciar la "mercantilización" del Derecho privado, sirviendo a los intereses de lo que De Castro y Bravo llama "el gran capitalismo" (tráfico de bienes y servicios), compaginando el carácter formal cerrado del Derecho con una valoración exacerbada de la autonomía privada. En este campo, el Derecho estatal se reduce a la condición de supletorio respecto del acuerdo de voluntades, presumiendo su carácter dispositivo, no imperativo. Las reglas convencionales –derivadas de la autonomía privada– quedan axiomáticamente fuera del control estatal. Se da valor coactivo a las reglas establecidas por las grandes empresas (condiciones generales de contratación) dejando de lado los derechos de las minorías; los derechos subjetivos fueron tenidos como absolutos, no censurables a pesar de su ejercicio abusivo. Se afirma, pues, una supremacía ilimitada de la autonomía privada, incluso a nivel internacional (autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional privado).²⁴¹

Sin perjuicio de lo expuesto, De Castro y Bravo reconoce que las tendencias mencionadas han sido siempre limitadas por consideraciones de orden moral o social: buena fe, condena del fraude y del abuso de derecho, responsabilidad objetiva y por actos propios, clausula *rebus sic stantibus* (estando o mientras sigan así las cosas), equivalencia de prestaciones.

²⁴⁰ Digesto, 42, VIII, 24: "Pero yo fui vigilante, hice mi mejor condición y el derecho civil se escribió para los que vigilan, y por esto no se me reclama tampoco lo que recibí." Cfr. KRIEDEL, Albert; HERMANN, Emil y OSENBRÜGGEN, Eduard. *Cuerpo del Derecho Civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino. Vol. 2: Instituta-Digesto*. García del Corral, Idelfonso (trad.) (comp.) Barcelona: Jaime Molinas, 1892. p. 402.

²⁴¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

De otro lado, el mundo moderno, como signo de los tiempos, se caracteriza por la injerencia del Estado en la gestión de servicios de carácter público: se confía en la Administración para que planifique y proporcione a las masas lo necesario para su existencia (alimentación, vivienda, electricidad, transporte), entrando incluso a regular las posibles externalidades negativas generadas por el mercado (monopolios, oligopolios, concentración de precios, leyes anti-dumping, etc.). Por su parte, las grandes empresas también solicitan la intervención estatal para favorecer sus negocios e incluso regular sus etapas de crisis (leyes concursales, refinanciamiento de deudas, etc.).²⁴²

Este progresivo ensanchamiento de la esfera administrativa unido a la pluralidad de ideologías imperantes en nuestro siglo ha hecho visible que la crisis de la autonomía privada no es tanto externa, sino interna: se ve en la necesidad, ella misma, de solicitar la intervención estatal para evitar su uso abusivo (normas de protección de consumidores y usuarios, arrendamientos urbanos, publicidad y competencia desleal, etc.), y paralelamente sigue reclamando nuevos espacios de actuación que se refleja en un ensanchamiento de su esfera de influencia (la problemática en torno a la identidad sexual, eutanasia, la fecundación in vitro, el vientre de alquiler, venta de órganos, el aborto como método de planificación personal y familiar, etc.).²⁴³

▪ **Precisión Terminológica**

Como afirma Díez-Picazo²⁴⁴, hablar de "autonomía de la voluntad" nos puede llevar a cometer un equívoco, pues, el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona, que es la esencia del ordenamiento jurídico.²⁴⁵

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil. Vol.1: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid: Tecnos, 2005. p. 379

²⁴⁵ En el mismo sentido REVERTE NAVARRO, Antonio. Comentario al artículo 1255 del Código Civil. En: ALBADALEJO, Manuel y DIEZ ALABART, Silvia (dirs). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII - Vol. 1 A. Artículos 1254 a 1260 del Código*

Ferri sostiene que quienes hablan de autonomía de la voluntad en realidad desconocen el significado y alcance de la autonomía privada (como facultad normativa entre particulares). Autonomía y voluntad son conceptualmente distintos: la autonomía supone fundamentalmente una esfera individual más o menos extensa de libertad para que el particular pueda elegir y tomar decisiones relacionadas con sus intereses particulares. Nuevamente, el término voluntad se puede considerar como un hecho psíquico interno que implica un querer o facultad de decisión, que puede ser más o menos libre. En este sentido, se entiende que la voluntad será autónoma si se manifiesta libremente y sin interferencias; y heterónoma cuando actúa sometida a una presión exterior, siempre que este acto sea a la vez querido (tal es el caso de los contratos de adhesión).²⁴⁶

La autonomía consiste, pues, en una potestad de autorregulación de las relaciones jurídicas entre particulares. El sujeto de la autonomía es el individuo, no la voluntad, que se configura como un requisito del acto autónomo (que ha de ser siempre libre y voluntario), pero no se identifica con él.²⁴⁷

▪ **La autonomía de la voluntad en el Derecho Privado**

Desde un punto de vista institucional, la autonomía privada ostenta la calidad de principio general del Derecho porque se trata de una de las ideas fundamentales que inspira la organización del Derecho Privado español que protege el respeto por la persona, su reconocimiento como ser de fines y le permite realizarse plenamente. Asimismo, se trata de un principio a tener en cuenta tanto en la labor de interpretación jurídica como en la aplicación supletoria en caso de ausencia de ley y en defecto de costumbre. Solo así la persona puede crear relaciones

Civil. Madrid: Edersa, 2004 [ref. de 2 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/262372>.

²⁴⁶ Cfr. FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Sancho Mendizábal, Luis (trad.) Granada: Comares, 2001. pp. 5-11.

²⁴⁷ *Ibid.*

jurídicas de todas clases y establecer libremente, en principio, su regulación, siempre que no exista norma que se lo prohíba.²⁴⁸

Algunos autores iusprivatistas, prefieren la expresión "autonomía privada" antes que el empleo de "autonomía de la voluntad" para designar este poder de autodeterminación de la persona.²⁴⁹

Para Emilio Betti, los intereses que el derecho privado tutela –tengan o no contenido patrimonial– existen independientemente de que sean jurídicamente tutelables por el Derecho. Se mueven en el ámbito de la iniciativa individual o privada. Ésta sirve no solo para desear ciertos fines sino también para que la persona pueda proveerse de los medios efectivos adecuados –ya sean personales, económicos o sociales– para conseguirlos. Entre ellos destaca el negocio jurídico. Se trata, pues, de actos que brotan de la iniciativa privada, regulan los intereses recíprocos de los particulares y, que en definitiva, son actos de la autonomía privada, es decir, "actos de autodeterminación, de autorregulación de los intereses propios entre los mismos interesados. Autorregulación que en la conciencia social es ya considerada como obligatoria para las partes, antes aún de que el acto ascienda a la dignidad de negocio jurídico".²⁵⁰

En definitiva, se trata –afirma este autor– de un criterio vinculante, una regla de conducta que reclama ser observada y que, de no ser así, se acompaña en la vida social de sanciones más o menos enérgicas o seguras, tanto de carácter específico (medidas de autotutela), como de carácter genérico (pérdida o disminución del crédito social). En este sentido, la sanción que otorga el Derecho se presenta como un agregado emanado del reconocimiento jurídico del poder normativo de la autonomía. Surge la figura jurídica del negocio jurídico para reconocer y poner

²⁴⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pp. 380-381.

²⁴⁹ Cfr. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Pérez, A. Martín (trad.) Granada: Comares, 2000; FERRI, Luigi, *op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Santos Briz, Jaime (trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. pp. 4-11.

²⁵⁰ Cfr. BETTI, Emilio, *op.cit.*, pp. 43 y ss.

a disposición de los particulares un instrumento que ayude a sus intereses en la vida de relación con otros sujetos. Naturalmente, como reconoce Betti, "la necesidad de negocios entre individuo e individuo sólo se aprecia en aquellos ordenamientos económico-sociales que reconocen a los individuos una esfera de bienes de su pertenencia, o sea: en ordenamientos fundados en el reconocimiento de la propiedad individual".²⁵¹

Por su parte, Ferri precisa que, al hablar de autonomía de la voluntad, puede entenderse que la causa de los efectos jurídicos es la voluntad real o psicológica de los sujetos (defensores del "dogma de la voluntad"), en oposición a quienes consideran que es la manifestación o declaración de la voluntad del individuo la generadora de los efectos jurídicos. En teoría del negocio jurídico –según afirma– la autonomía privada no es expresión de una mera facultad o licitud, sino una manifestación de poder creador (potestad normativa), siempre dentro de los límites establecidos por las normas jurídicas. No obstante lo dicho, precisa que este problema de la relación entre voluntad y declaración, no es el problema de la autonomía privada, como tampoco lo es su simple vinculación a la iniciativa privada. Para este autor, la autonomía privada designa el poder atribuido por la ley a los individuos de crear normas jurídicas en determinados campos a ellos reservados.²⁵²

De otro lado, De Castro y Bravo ha criticado la denominación "autonomía privada" pues no corresponde con su sentido etimológico (*nomos*: ley; *autos*: propio, mismo) pero reconoce que es útil para evocar el significado de la cuestión central para el Derecho privado: el poder de autodeterminación de la persona.

De forma más inmediata, lo define como "aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Para mayor precisión sobre los efectos jurídicos del empleo de los términos autonomía de la voluntad, autonomía privada, iniciativa privada o libertad contractual. Cfr. FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Sancho Mendizábal, Luis (trad.) Granada: Comares, 2001.

le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social". Precisa que el reconocimiento de esta autonomía es una exigencia que lleva consigo la condición humana, por eso no es aceptable considerar que se trata de una oportunidad para que actúe el Estado (concepción normativista) ni que sea una cuestión que interese solo a las partes intervinientes (concepción individualista).²⁵³

Sin perjuicio de lo expuesto y del debate doctrinal en torno a su naturaleza, lo cierto es que, como afirma Díez-Picazo, la autonomía de la voluntad evoca el poder de ordenación de la esfera privada de todo individuo, entendiendo por tal "el conjunto de derechos, facultades, relaciones, etc. que ostente o que se le hayan atribuido, aunque no se quiere decir con ello que el poder sea total y absoluto".²⁵⁴ En este sentido, el Derecho regula los límites y excluye algunos ámbitos personales del poder normativo de la autonomía.

Nos encontramos, pues, que la autonomía privada se remite necesariamente a una esfera individual en la que el particular puede, libremente, autorregularse y penetrar en los ámbitos relacionados con la circulación de los bienes y la prestación de los servicios entre individuos, dentro de los límites que positiva o negativamente establece el Derecho.

▪ **Exteriorización y límites de la autonomía privada**

Según Díez-Picazo, la autonomía privada, como poder normativo y de autodeterminación de la persona, puede manifestarse en tres ámbitos:²⁵⁵

²⁵³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

²⁵⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, p. 379.

²⁵⁵ *Ibid.*, pp. 381-385.

- i. El patrimonio (entendido como el conjunto de derechos que poseen valor pecuniario), que abarca los poderes jurídicos sobre bienes y relaciones jurídicas de naturaleza económica.
- ii. El derecho subjetivo, que implica la concesión de un poder jurídico sobre bienes de todo tipo y la garantía estatal para el libre goce y disfrute de los mismos, necesario para la realización de los fines e intereses de la persona.
- iii. El negocio jurídico, que es el acto mediante el cual se dicta una reglamentación autónoma para regir las relaciones jurídicas o se crean, extinguen o modifican las mismas.

El problema de la autonomía privada es el problema de los límites, pues no nos encontramos ante un poder con carácter absoluto. La naturaleza humana y el respecto por la persona como un fin en sí mismo exigen el reconocimiento de un ámbito de autorregulación y autodeterminación personal, pero el orden social precisa limitar este poder normativo para lograr una convivencia equilibrada (bien común). Así, las restricciones que el legislador establezca no pueden ser tan estrechas que anulen la autonomía ni tan amplias que perturben el orden social.²⁵⁶

El artículo 1255 CC establece los siguientes límites: la ley, la moral y el orden público.²⁵⁷ A simple vista, se puede ver el problema de interpretación que presentan estos conceptos y su dependencia del contexto histórico, cultural y económico, de tal forma que, corresponderá a la prudencia del legislador en el caso de la ley o a la discreción de los jueces, interpretar y/o determinar el contenido de estos términos en cada norma o caso concreto, con el riesgo de inseguridad jurídica que ello conlleva.²⁵⁸

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1255 [Pactos, cláusulas y condiciones del contrato]. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

²⁵⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pp. 381-382.

La ley, con carácter imperativo, tiene capacidad para limitar los diferentes ámbitos de manifestación de la autonomía privada: los derechos sobre el patrimonio (expropiación forzosa), la constitución de relaciones jurídicas (prohibiéndolas –artículo 1654 CC– o imponiéndolas bajo la modalidad de contratos forzosos) y el contenido de las relaciones creadas por la autonomía (prohibiendo determinado contenido –artículo 1691 CC– o imponiéndolo).

Respecto a la moral como límite a la autonomía privada –el Código Civil emplea el término *buenas costumbres* en los artículos 1116, 1271, 1328– no puede interpretarse que se trate de la práctica relativa a un credo religioso particular, debido al reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de creencia y religión (artículo 16 CE). Tampoco que haga referencia a la ética de cada individuo, pues el Derecho tiende siempre a criterios objetivos de justicia, cuya aplicación no depende de los juicios éticos personales. De Castro y Bravo afirma que se trata de la "conducta moral y exigible en la normal convivencia de las personas estimadas honestas".²⁵⁹

En relación al orden público, aunque el Código Civil no disponga nada acerca de su carácter imperativo, toda actuación contraria será declarada nula. Díez-Picazo advierte su confusión con el uso coloquial de este término (situación de tranquilidad y paz exterior) y con la asimilación a las leyes imperativas que tienen carácter de orden público pues el mismo cuerpo normativo establece diferencias entre ambos conceptos (artículos 1255 y 594).²⁶⁰ Según Ferri, el orden público y las buenas costumbres son criterios residuales aplicables en ausencia de normas imperativas o, mejor, en el margen de libertad que dejan éstas.²⁶¹

²⁵⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Anuario de Derecho Civil*. 1982, vol 4, núm. 35. p. 987.

²⁶⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, p. 383.

²⁶¹ Citado en *ibid.*, p. 384.

En reiterada jurisprudencia²⁶², el Tribunal Supremo ha establecido que

el orden público está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada, y de otra, una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.²⁶³

En este marco, el orden público se constituye como la función atribuida a los principios generales de Derecho en el ámbito de la autonomía privada para limitar su desenvolvimiento, en la cual se incluyen también los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

▪ **La autonomía de la voluntad en el ámbito sanitario**

La aprobación de la LBRAP ha consolidado una importante reforma jurídica en la relación clínica, en concreto, en el tratamiento y respeto por la autonomía de la voluntad del paciente o usuario y la salvaguarda de sus derechos y deberes, que, como señala Berrocal Lanzarot, viene a cubrir un vacío legal en toda una serie de puntos que son capitales para avanzar hacia un sistema sanitario con una atención más personalizada y humana.²⁶⁴

²⁶² STS (Sala de lo Civil) núm. 496/2000 de 18 mayo de 2000, núm. 120/2006 de 21 de febrero de 2006, de 31 de diciembre de 1979, de 5 de abril de 1966.

²⁶³ STS (Sala de lo Civil) núm. 54/2002 de 5 febrero de 2002.

²⁶⁴ Cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana. La autonomía del individuo en el ámbito sanitario. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva ley 41/2002, de 14 de noviembre. *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales. Nueva Época*. 2004, núm. 0. pp. 227-298.

Como ha sido mencionado previamente, el modelo de relación médico-paciente paternalista fundamentado en los principios de la ética hipocrática atendía a las necesidades del paciente desde una relación de confianza en la cual, el enfermo depositaba en el médico, por razón de su ciencia y experiencia, las decisiones relacionadas con la mejora de su salud deteriorada.²⁶⁵ Actualmente, la ley ha reforzado el reconocimiento del derecho de autodeterminación de la persona sometida a cualquier actuación en el ámbito de la sanidad, haciéndolo consciente de su co-responsabilidad en el cuidado de su salud.

Esta nueva concepción genera un plano de relación democrático y horizontal entre el médico y el paciente, que pasa de un modelo moral de código único (el del médico) a un modelo plural, que respeta los diferentes códigos morales de cada persona.²⁶⁶ Se ha producido, pues, un ensanchamiento de la esfera de libertad individual en la que puede desenvolverse el poder normativo emanado de la autonomía de la voluntad o autonomía privada del individuo: ahora puede tomar decisiones relacionadas con su salud que afectan su vida e integridad física. Incluso, afirma Alventosa del Río, estas decisiones pueden afectar otros bienes de la personalidad, pues esta autonomía implica –en este ámbito– una esfera reservada a la voluntad del individuo, único legitimado para decidir qué riesgos asume o a qué bienes renuncia en relación a su proyecto vital.²⁶⁷

El efecto suscitado por la ley ha sido, en suma, potenciar el ejercicio de la autonomía de la voluntad reservada al ámbito privado, trasladándola al ámbito de decisiones sobre su salud que implican una intervención sobre la vida y la

²⁶⁵ *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 1, apartado 2.4.

²⁶⁶ Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001. p. 33.

²⁶⁷ Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. El derecho a la autonomía de los pacientes. En: Cabanillas Sánchez, Antonio, *et. al.* (coords.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo 1*. Madrid: Civitas, 2003. pp. 173 y ss.

integridad física de la persona y que, a su vez, pueden llegar a afectar profundamente otros ámbitos de la vida.²⁶⁸

Esta potestad normativa no es absoluta. Además de los límites establecidos en la LBRAP, son de aplicación supletoria las limitaciones establecidas en el artículo 1255 del Código Civil en lo que fuere pertinente y las restricciones a los derechos a la vida e integridad física que son tutelados por el Derecho. En palabras de Díez-Picazo, "la vida es indudablemente el bien básico de la persona, fundamento y asiento de todos los demás". El ordenamiento jurídico no puede reconocer al ser humano un poder absoluto sobre su propia vida, porque la vida no solo posee un valor individual, sino también familiar y social.²⁶⁹

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado que

El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.²⁷⁰

De lo anterior, el Tribunal concluye que no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de

²⁶⁸ Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *op. cit.*, pp. 173 y ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano. Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (II). *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 1994, núm. 133. p. 2.

²⁶⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pp. 333 y ss.

²⁷⁰ STC núm. 120/1990 de 27 de junio de 1990.

apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.

Asimismo, en el caso del derecho a la integridad personal, el hombre no tiene sobre su cuerpo y sus atributos corporales un pleno poder de disposición. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia admiten los llamados *actos de disposición sobre el propio cuerpo*, aunque, como afirma Díez-Picazo, la línea de licitud es muy difícil de determinar *a priori*. En este punto, tienen especial incidencia las convicciones establecidas en la conciencia social y su influencia en la concepción sobre el orden público, la moral y las buenas costumbres.²⁷¹

Esta disposición es posible dado que, a diferencia del derecho a la vida –del cual somos titulares independientemente de nuestra voluntad– el derecho a la integridad se encuentra en el ámbito de nuestra libertad y es modulado por nuestro consentimiento.²⁷² Sobre el alcance de este derecho, la jurisprudencia constitucional, ha precisado que el ámbito constitucionalmente garantizado *prima facie* protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.²⁷³

Ahora bien, más allá de ese genérico contenido protegido *ab initio* –y, por ende, susceptible de limitación– el constituyente delimitado con mayor precisión el alcance del derecho, incorporando la garantía contemplada en el art. 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las

²⁷¹ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pp. 337 y ss.

²⁷² Según PÉREZ ROYO, el derecho se define por la confluencia de dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo se relaciona con el consentimiento o su ausencia previa a una intervención sobre el cuerpo del titular del derecho; y, el segundo, implica la existencia de un menoscabo o lesión objetivamente verificable, producido por dicha intervención. La existencia de ambos elementos determina los límites del derecho a la integridad personal frente a otros con los que mantiene una conexión inmediata, como son: el derecho a la vida, el derecho a la salud o el derecho a la intimidad corporal. Cfr. PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 283 y ss.

²⁷³ En el mismo sentido, STC núm. 120/1990 de 27 de junio de 1990, fundamento jurídico 8º; STC núm. 117/1990 de 21 de junio de 1990, fundamento jurídico 6º; STC núm. 215/1994 de 14 de julio de 1994, fundamento jurídico 4.º y STC núm. 207/1996 de 16 de diciembre de 1996.

Libertades Fundamentales, a saber: la exigencia de que nadie pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Al respecto, Canoso Usera afirma que el derecho que protege la integridad personal implica la integridad en todas sus dimensiones: física, psíquica y moral, una suerte de inviolabilidad de la persona.²⁷⁴ Bajo esta concepción, el bien jurídico protegido abarca el cuerpo humano con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo la identidad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral. Dado el ámbito en que nos vemos, es fácil deducir que el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud pero su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues, según lo precisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dicho derecho resulta afectado por "toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular".²⁷⁵

Sin duda, el elemento nuclear de este derecho es el consentimiento del titular. Pero, al no tratarse de un derecho absoluto, es posible, en determinados casos, afectar la integridad de la persona sin su consentimiento. Tal es el caso de las excepciones planteadas por el mencionado artículo 9 de la LBRAP aplicable a situaciones que implican un grave riesgo para la vida del sujeto; o las sentencias del Tribunal Constitucional sobre alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre.²⁷⁶

²⁷⁴ Cfr. CANOSA USERA, Raúl. *El derecho a la integridad personal*. Valladolid: Lex Nova, 2006. pp. 89 y ss.

²⁷⁵ STC núm. 207/1996 de 16 diciembre de 1996; núm. 35/1996 de 11 de marzo de 1996.

²⁷⁶ Cfr. STC núm. 11/1991 de 17 enero de 1991; STC núm. 137/1990 de 19 julio de 1990; STC núm. 120/1990 de 27 junio de 1990.

C) DEFINICIONES LEGALES

Como paso previo a la exposición normativa, el artículo 3 realiza una delimitación conceptual (definiciones legales) previa de aquellos términos que empleará en su redacción, siguiendo el esquema de la Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa (1994).

Si bien se trata de un avance respecto de la legislación anterior, algunos autores han comentado que la redacción de algunas definiciones resulta insuficiente; incluso, advierten la existencia de conceptos jurídicos indeterminados como "personas vinculadas al paciente" que pueden inducir a errores en la interpretación del texto.²⁷⁷

Entre las definiciones relevantes para efectos de nuestra investigación destacamos las siguientes:

- **Consentimiento informado**

Se define como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.²⁷⁸

- **Información clínica**

Según la ley, este concepto hace referencia a "todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado

²⁷⁷ Cfr. ATELA BILBAO, Alfonso y GARAY ISASI, Josu. Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemática. En: GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (coords.). *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002*. Madrid: Aranzadi, 2004. pp. 43 y ss.; LIZÁRRAGA BONELLI, Emilio. La Información..., *op. cit.*, pp. 231 y ss.

²⁷⁸ Sobre la definición de consentimiento informado volveremos más adelante.

físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla".

A lo largo de la norma, el legislador emplea el término información con diversos sentidos: información clínica (artículo 3), información asistencial (artículo 4) referida en el marco de la información sanitaria (Capítulo II) e información epidemiológica (artículos 6, 12). No obstante la pluralidad de referencias, entendemos que la llamada información clínica pretende englobar tanto a la información asistencial como a la sanitaria, en la medida que ambas tienen por finalidad brindar los datos suficientes para que el paciente o usuario pueda brindar un consentimiento libre y consciente respecto a su salud.²⁷⁹

Por otro lado, conviene distinguir –como lo ha hecho la doctrina y alguna jurisprudencia– entre la información terapéutica o de seguridad y la información que debe recibir el paciente o usuario previamente al otorgamiento de su consentimiento. La primera está conformada por los datos necesarios para el desarrollo de una determinada terapia o tratamiento, y que por ello su prestación afecta de forma directa al mantenimiento o mejora de un determinado nivel de salud. En este sentido, comprende las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención.²⁸⁰

La segunda, llamada *asistencial o clínica*, encuadra en la definición legal, es decir, incluye cualquier tipo de dato o información sobre el estado físico y la salud de una persona, así como aquella relacionada con cualquier actuación o intervención en el ámbito de su salud.²⁸¹

²⁷⁹ Cfr. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. Intervención médica y consentimiento informado: algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente. En: MORILLAZ CUEVA, Lorenzo. *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson, 2010. pp. 63 y ss.; GALÁN CORTES, Julio César. *Responsabilidad civil médica*. Pamplona: Civitas, 2011. pp. 636 y ss.

²⁸⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 349/1994 de 25 de abril de 1994, núm. 758/2005 de 21 de octubre de 2005.

²⁸¹ Cfr. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

▪ **Intervención (o actuación) en el ámbito de la sanidad**

Se entiende por actuación en el ámbito de la sanidad a toda actividad realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación. Abarca todo acto humano voluntario y, por tanto, imputable. Además de este obrar querido, comprende la producción de un resultado mediante un movimiento corporal o inconsciente, en tanto se dé la posibilidad de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad, objetivamente imputable a la voluntad humana.²⁸²

▪ **Libre elección y servicio sanitario**

Se define como la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso. Esto supone la participación activa e informada en la toma de decisiones que afectan directamente la salud del paciente o usuario.

Por su parte, el concepto "servicio sanitario" hace referencia a la unidad asistencial con organización propia, dotada de los recursos técnicos y del personal cualificado para llevar a cabo actividades sanitarias.

▪ **Médico responsable**

Se define como médico responsable al profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e

²⁸² Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *op. cit.*, pp. 51-52.

información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de la obligación de informar de los otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales, de conformidad con los art. 4.3 y 10.2 LBRAP.

Asimismo, los artículos 5 y 9 LBRAP le confieren al médico responsable de la asistencia la facultad de determinar la falta de capacidad del paciente para tomar decisiones acerca de su salud, lo que habilita al profesional sanitario a intervenir al paciente sin haber obtenido su consentimiento informado, siempre que cuente con el consentimiento de su representante legal o, en su defecto, de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

▪ **Paciente y usuario**

El término "paciente" se define como la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud.

Conviene advertir que el artículo 9.2.b) utiliza el concepto "enfermo" –no paciente– al hacer referencia a aquellos casos en los que la persona no es capaz de expresar su consentimiento y es necesario realizar alguna intervención médica indispensable para la preservación de su salud. No obstante la propuesta presentada por un grupo parlamentario para su enmienda, el término se ha mantenido en la ley.²⁸³

De otro lado, por "usuario" se entiende la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria.

²⁸³ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

Según lo expresa Domínguez Luelmo²⁸⁴, la relevancia de incorporar el término "usuario" está relacionada con la figura del Defensor de los usuarios del Sistema Sanitario, que regulaban algunas leyes autonómicas. Tal es el caso de la Ley 1/1992, de 2 de julio, de Servicio de Salud del Principado de Asturias (actualmente están derogados los artículos relacionados por el Defensor de los Usuarios del Servicio de Salud); Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha; Decreto 88/2004, de 22 de octubre, regulador del Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de las Illes Balears (normativa derogada); Decreto 4/2003, de 14 de enero, que regula el régimen jurídico, estructura y funcionamiento del Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura (normativa vigente).

Sin duda, la inclusión del término usuario en esta ley básica ha consolidado la aplicación al ámbito sanitario del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), según veremos más adelante.

D) REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El capítulo IV de la LBRAP lleva por título el respeto de la autonomía del paciente (artículos 8 a 13) y centra su contenido en la regulación del consentimiento informado. La regla general es que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento verbal, libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información legalmente requerida, haya valorado las opciones propias del caso. Como se puede deducir, la autonomía del paciente o usuario en el ámbito sanitario se manifiesta a través del consentimiento informado.

²⁸⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Comentario al artículo 4 LBRAP. En: Cámara Lapuente, Sergio (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2011. pp. 1799 y ss.

El consentimiento informado, afirma González Morán²⁸⁵, en sentido estricto, no consiste en la explicación detallada a la persona de la naturaleza de su enfermedad y demás elementos necesarios para que aquella comprenda bien las ventajas e inconvenientes del tratamiento y del acto médico. Lo esencial es que esta información preceda necesariamente al consentimiento, que es un acto de voluntad por el cual se acepta o se rechaza las opciones o posibilidades presentadas por el médico.

Tampoco nos encontramos estrictamente ante un proceso, en el sentido de que el consentimiento se va construyendo a través de un conjunto de actos encadenados sino que se trata de un procedimiento de divulgación que ofrece los materiales de conocimientos adecuados e indispensables para la toma de decisión libre y responsable. De ahí que algunos autores precisan que es mejor hablar del "consentimiento del paciente previamente informado."²⁸⁶

Según se desprende del artículo 8.1 concordado con la definición legal establecida en el artículo 3 LBRAP, para que el consentimiento informado otorgado por el paciente o usuario sea válido es necesario que sea otorgado de manera libre, voluntaria, consciente, después de recibir la información adecuada y previo a la actuación sanitaria, en el marco de una relación sanitaria de confianza entre el médico y el paciente.

Para un mejor análisis de sus elementos constitutivos, nuestra exposición está dividida en tres partes: la información, el consentimiento y la exigencia de la buena fe o confianza.

²⁸⁵ Cfr. GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *De la Bioética al Bioderecho: Libertad, vida y muerte*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 267 y ss.

²⁸⁶ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario...*, op. cit., pp. 298 y ss.

D.1) La información

Es evidente que para que el consentimiento de un paciente o usuario cumpla con ser libre, voluntario y otorgado de manera consciente, en pleno uso de sus facultades, es necesario que éste posea la información clínica suficiente y comprenda sus alcances, de tal forma que se encuentre en aptitud de analizarla, valorar las diferentes opciones que se le propongan para el cuidado de su salud y decidir lo que considere más conveniente. En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional:

Para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.²⁸⁷

Se trata, en definitiva, primero, de ser informado adecuadamente y, posteriormente, en un segundo acto, consentir, decidir libremente.²⁸⁸ De hecho, la ley recoge el objetivo que debe tener presente el facultativo al momento de cumplir con su deber de información: ayudar a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad (artículo 4.2 LBRAP).

El contenido del deber de información esté regulado en el capítulo II de la LBRAP. Los artículos 4 y 5 establecen la definición, titularidad, contenido y

²⁸⁷ STC 37/2011 de 28 marzo de 2011.

²⁸⁸ Cfr. LIZARRAGA BONELLI, Emilio. La información..., *op. cit.*, p. 227.

forma del derecho a la información sanitaria. De manera genérica, se precisa que los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, salvo los supuestos exceptuados por la Ley.

Se dará, como regla general, verbalmente, de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. Comprenderá como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Asimismo, se reconoce el derecho del paciente a no ser informado.

El titular del derecho a la información es el paciente –y a quienes éste autorice expresa o tácitamente– y su médico responsable es el garante del cumplimiento de su derecho a la información. También son responsables de informar los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto.

En caso de incapacidad del paciente para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Sin perjuicio de lo expuesto, el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica²⁸⁹, debiendo dejar constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicar su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.²⁹⁰

²⁸⁹ Por estado de necesidad terapéutica se entiende la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.

²⁹⁰ La configuración de este deber de información es un aspecto central de nuestra investigación por lo que su contenido, forma y límites se abordarán con mayor profundidad en la tercera parte.

El artículo 6 regula el derecho de los ciudadanos la información epidemiológica, es decir, a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley.

D.2) El consentimiento

La ley exige como requisito de validez del consentimiento, que éste sea prestado de manera libre, voluntaria y consciente, luego de recibida la información adecuada, en los términos establecidos anteriormente (artículo 8 concordado con el artículo 2.2).

Albadalejo define el consentimiento como la concordancia de las dos (o más) voluntades declaradas de las partes que celebran un contrato y es imprescindible para su validez (artículos 1254 y 1261 CC).²⁹¹ El artículo 1258 estipula que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde entonces, obligan al cumplimiento de lo pactado y de todas las consecuencias derivadas del mismo, siempre que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

En el ámbito sanitario, Berrocal Lanzarot enuncia la especial relevancia de este artículo pues la necesidad de proporcionar al paciente una información adecuada para obtener el consentimiento tiene su fundamento en las reglas negociales de la buena fe y el uso social común.²⁹²

²⁹¹ Cfr. ALBADALEJO, Manuel. *Derecho civil II: Derecho de Obligaciones*. Madrid: Edisofer, 2008. pp.370 y ss.

²⁹² Cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana. El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. 2004, vol 5. pp. 55 y ss.

▪ **Sobre el consentimiento libre, consciente y voluntario**

El consentimiento se otorga de manera libre y consciente cuando no concurren algunos de los vicios de la voluntad enumerados en el artículo 1265 CC: error, violencia, intimidación o dolo. Esta libertad del paciente se basa en un doble principio: el de la dignidad de la persona que implica su libertad como uno de los bienes más importantes a respetar y el principio de que el propio individuo es el primer responsable de su salud. Con ello se afirma el binomio libertad-responsabilidad del paciente, previamente informado, cuestión clave para entender la libertad en su contexto y no caer en el liberalismo.²⁹³

A este respecto, la Audiencia Provincial de Barcelona ha precisado que "el deber de información aparece ligado indisolublemente al tema del consentimiento del paciente que, para que sea consciente y eficazmente formado y emitido; sin sombra de error sobre la naturaleza del acto, su necesidad o sus consecuencias, precisa de la concurrencia de aquél y la observancia de sus requisitos y alcance"²⁹⁴.

También se exige que sea voluntario, es decir, respetando el querer del sujeto, su voluntad interna individual, y debe cuidarse que se adecue a la voluntad declarada externamente, sobretudo en los consentimientos que se prestan de manera verbal o implícita (basados en la relación de confianza o *philía medica*).²⁹⁵

Según se desprende de la ley, esta voluntad debe ser previa a la intervención médica y actualizada constantemente, durante todo el proceso sanitario, de tal forma que el paciente o usuario pueda, en cualquier momento, revocar su consentimiento, por escrito (artículo 8). El hecho que se haya establecido esta formalidad de la revocación facilita, en el marco de la medicina llamada

²⁹³ Cfr. BERNAR BORDA, Andrés, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

²⁹⁴ SAP de Barcelona, núm. 207/2006 de 5 abril de 2006.

²⁹⁵ Cfr. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol.1: Introducción. Teoría del contrato*. Madrid: Tecnos, 2009. pp. 169 y ss.

defensiva, establecer límites a la posibilidad de entablar demandas judiciales por negligencia médica (actuar sin consentimiento del afectado), sobre todo cuando el consentimiento se otorga de manera implícita y no expresa.²⁹⁶

En cuanto a validez y eficacia, el consentimiento del paciente se extiende hasta donde haya sido informado. Si no se ofrece al paciente la información adecuada y comprensible que razonablemente precise para tomar una decisión sobre su salud, su consentimiento puede ser inválido.

▪ **Sobre la capacidad para expresar el consentimiento**

Es claro que el sujeto responsable de otorgar el CI es el paciente o usuario de los servicios sanitarios, pues está en mejor capacidad de conocer sus propios deseos, valoraciones, planes, objetivos, convicciones que configuran su proyecto vital, siempre que su capacidad de juicio y discernimiento lo permita dentro de los límites impuestos por la ley (artículo 9). En este sentido, coincidimos con Galán Cortés cuando afirma que resulta necesario que la ley limite las facultades de intervención de terceros, para evitar que una persona, contra su voluntad, asuma riesgos, renunciaciones y otras consecuencias no deseadas por el titular del derecho.²⁹⁷

Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 9 LBRAP regula diversos supuestos en los que, dada la incapacidad real y objetiva del sujeto que será sometido a la intervención para consentir, el consentimiento se puede otorgar por representación.²⁹⁸ En la línea mantenida por Berrocal Lanzarot, entendemos la

²⁹⁶ Una cuestión interesante en este punto es reflexionar sobre la condición de absoluta o relativa de esta voluntariedad, teniendo en consideración que, en el ámbito sanitario, puede resultar difícil actuar con independencia sustancial y procedimental en situaciones que, en gran medida, están gobernadas por la determinación externa (valores comunitarios, presiones familiares, situación económica, sistemas legales y autoridades morales o religiosas, indicaciones médicas).

²⁹⁷ GALÁN CORTÉS, Julio Cesar. *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 496-497.

²⁹⁸ Sobre el particular, SEOANE considera que se está dando una nueva etapa en el reconocimiento del principio de autonomía del paciente que presta mayor atención a la discapacidad y la dependencia, plasmada jurídicamente en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia

expresión utilizada en la ley (consentimiento por representación) no es fácilmente encajable con el ejercicio de un derecho de la personalidad. De ahí que, hubiera sido más adecuada la expresión consentimiento "por sustitución".²⁹⁹

Este artículo diferencia tres casos en los que procede esta forma de consentimiento (con la intervención de la persona incapacitada en la medida de lo posible): incapacidad de tomar decisiones a criterio del médico responsable; el estado físico o psíquico no permiten al paciente hacerse cargo de su situación; y la incapacidad declarada legalmente. Si carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Aquí surge el problema de determinar quiénes conforman en cada caso este grupo de personas.

En el caso de los menores de edad, se diferencia entre el paciente menor de edad que no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención y el emancipado o con dieciséis años cumplidos. En el primer caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haberse escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. En el segundo caso, no cabe el consentimiento por representación, salvo que se trate de una actuación de grave riesgo, a criterio del facultativo, en cuyo caso, será tomada en cuenta la opinión de los padres para adoptar la decisión correspondiente.

(LPAP), y su profuso y variado desarrollo legislativo y reglamentario de ámbito autonómico. Reconoce que en una primera etapa apareció la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), articulada en torno a la noción de discapacidad; en una segunda etapa, se promulga la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), que confiere protagonismo constitucional al régimen constitucional de la igualdad (arts. 1.1, 14 y 9º 2 CE). Sin embargo, considera este autor que es en una tercera etapa cuando la autonomía adquiere protagonismo mediante la LPAP y, sobre todo, de forma rotunda, con la firma del Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 (Resolución 61/106), y vigente desde el 3 de mayo de 2008, que garantiza la igualdad como contexto básico del ejercicio de los derechos, con el objeto de brindar un grado suficiente de autonomía para que cada persona pueda elegir y llevar a cabo su propio plan de vida. Cfr. SEOANE, José. Las autonomías del paciente. *Dilemata*. 2010, núm. 3. pp. 68-69 [ref. de 12 de julio de 2012]. Disponible en: <http://www.dilemata.net/>. Posteriormente, la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, sobre adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, constituye un importante aporte en este sentido.

²⁹⁹ Cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana. El consentimiento..., *op. cit.*, p. 69.

Sobre las restricciones en el derecho al CI, la ley establece algunos casos especiales otorgan esta facultad solo a los mayores de edad, según la regulación específica sobre la materia. Así, el artículo 9.4 establece que la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

D.3) La confianza

Como hemos visto en las etapas iniciales de esta investigación, la confianza es algo intrínseco a la relación médico-paciente.³⁰⁰ El solo hecho de buscar ayuda significa que el ser humano confía en que los médicos poseen capacidad para ayudar, proteger o restablecer la salud. No cabe duda que esta confianza puesta en el médico por el paciente, no es solo confianza en la ciencia, sino también confianza en su humanidad y sensibilidad.³⁰¹ Incluso, aquellos pacientes más "escépticos" se enfrentan con el hecho de que sólo por medio del médico es posible abordar cualquier cuestión relacionada con la medicina y la salud. En palabras de Pellegrino:

Es el médico quien interpreta y aplica el principio de autonomía. Mucho depende de la forma en que el médico presenta los hechos, qué hechos selecciona y acentúa, cuánto revela, cómo pondera los riesgos y beneficios, y en qué medida respeta o explota los temores y ansiedades de su paciente; en resumen, cómo usa su "poder como asclepiade". Todo paciente, hasta el más instruido e independiente, puede ser víctima o beneficiario de ese poder. Por consiguiente, el médico tiene la responsabilidad de ser sensible al estado de

³⁰⁰ En este apartado exponemos, en líneas generales, lo señalado por BERNAR BORDA, Andrés, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

³⁰¹ "La vostra esperienza, tuttavia, vi insegna che la fiducia riposta in voi dal paziente non è soltanto fiducia nella scienza, ma è anche affidamento alla vostra umanità e sensibilità." Cfr. JUAN PABLO II. Ai partecipanti al 96° congresso nazionale della Società Italiana di Chirurgia. Martes 18 de octubre de 1994 [ref. de 2 febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.vatican.va/>; BERNAR BORDA, Andrés, *op. cit.*, *loc. cit.*

dependencia, vulnerabilidad y temor del paciente y de no explotar ese estado, aun cuando crea que es lo mejor para este.³⁰²

En este sentido, el paciente se hace vulnerable y depende, en cierta medida, de la buena voluntad del médico, porque, en definitiva, la salvaguarda de su integridad –y de su vida– es la fidelidad del médico a la confianza inherente a la relación terapéutica.

Este acto de confianza, por parte del paciente, puede dividirse en dos momentos: primero en la existencia y utilidad del saber médico en sí, y luego, en que dicho conocimiento es poseído por aquel a quien se consulta. Bernar Borda hace la analogía con el transporte por avión: "Cuando nos montamos en un avión lo hacemos confiando en el piloto, dando por supuesto que tiene los mismos deseos que nosotros de efectuar con éxito la travesía. Pero no exigimos una entrevista con el piloto para tener seguridad, nos fiamos en el sistema de formación de pilotos"³⁰³. En el caso del médico, el paciente espera, además, un trato personal que se corresponde con lo que hemos denominado *philía médica*. Para que esta pueda desplegarse, el médico también necesita un margen de libertad para desplegar su saber profesional.

Esa posición en la relación, no confiere al médico un privilegio sino una mayor responsabilidad en el cumplimiento de su deber de cuidar la salud del paciente. Por eso, Pellegrino afirma que el médico debe ser una persona de integridad y cultivar la virtud de fidelidad a la confianza. "De hecho, la fidelidad es quizá la más fundamental de las virtudes del médico, tan indispensable como la beneficencia y la renuncia al propio interés".³⁰⁴

³⁰² PELLEGRINO, Edmund. La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*. 1990, núm. 108. p. 388.

³⁰³ BERNAR BORDA, Andrés, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

³⁰⁴ PELLEGRINO, Edmund. La relación..., *op. cit.*, pp. 388-389. "Por estas razones, para tomar decisiones moralmente justificables, habría que seguir la siguiente fórmula: la decisión no debe ser tomada por el médico en lugar del paciente ni por este independientemente del médico o de la comunidad. Desde el punto de vista fenomenológico, estos elementos de una decisión médica son inseparables. La condición moralmente óptima es aquella en la cual la decisión proviene del

Al respecto, el artículo 8 del recientemente modificado Código de Deontología médica (2011) recuerda que la asistencia médica exige una relación plena de entendimiento y confianza entre el médico y el paciente y establece, entre otros, el deber del médico de cuidar su actitud, lenguaje, formas, imagen y, en general, su conducta para favorecer la plena confianza del paciente.³⁰⁵

En el artículo 11 del mismo texto normativo se recoge, junto al compromiso del médico que acepta atender a un paciente, la facultad de suspender si llegara al convencimiento de no existir hacia él la necesaria confianza, asegurándole la continuidad de los servicios, facilitando que otro médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad del tratamiento.

Entendemos que esta confianza es tratada por el Derecho bajo la forma del principio de "buena fe" que rige las relaciones jurídicas. El Alto Tribunal, de manera indirecta, ha recogido esta situación, al hablar del pacto médico-paciente:

En el caso que nos ocupa la relación se presenta más bien como propiamente contractual, (...) lo que permite encuadrar la información médica omitida, (...) en el ámbito de la necesidad de actuar en forma acomodada la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, por estar inserta en el pacto médico-

médico y el paciente. Por su parte, el médico debe tomar la decisión "por y con el paciente"; "por" no significa "en lugar del paciente", sino "por sus intereses". Esta formulación preserva el derecho legal a la intimidad, el derecho moral a la autonomía y el derecho moral más profundo a la integridad de las personas." Más información: PELLEGRINO, Edmund y THOMASMA, David. *Las virtudes cristianas en la práctica médica*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2008.

³⁰⁵ Respecto al valor jurídico de estas normas deontológicas, el Tribunal Supremo ha precisado que si bien estas reglas carecen en sí mismas de fuerza coactiva, "no significa que no sirvan para configurar principios jurídicos que descansan sobre determinados valores o concepciones éticas, que inciden en la praxis médica y sirven para definir el contenido de los deberes profesionales que deben cumplirse en la actividad sanitaria. De este modo, las normas de deontología profesional y los estatutos de los colegios profesionales sirven de guía, y de modo decisivo, no solo para fijar los protocolos de actuación médica, sino especialmente para valorar la conducta del facultativo y su adecuación a la diligencia de un buen profesional, a los dictados, en suma de la *lex artis ad hoc*." STS (Sala de lo Civil) núm. 1267/2006 de 5 de diciembre de 2006.

enfermo, y ello exige la previa información, que es iniciativa exclusiva del médico, como requisito previo para que el enfermo pueda emitir un consentimiento, de conformidad a los artículos 18 y 22 del Código de Deontología Médica y de conformidad a los artículos 7.1, 1107 y 1258 del Código Civil, 43 y 51.1º y 2º de la Constitución.³⁰⁶

No hay acuerdo de voluntades que pueda desentenderse de esta necesidad de confianza en la relación médico-paciente. Sin embargo, es cierto que actualmente, asistimos al desarrollo de una ética médica basada en la desconfianza que se limita al respeto absoluto por la autonomía del paciente y el cumplimiento formal del deber del médico. Una ética con estas características lleva consigo que las partes de la relación clínica adopten una postura defensiva.

En efecto, la resultante de esta pérdida de confianza es la aparición de resguardos jurídicos de médicos y pacientes que los enfrentan continuamente ante los Tribunales: por un lado, los pacientes buscan relaciones estrictamente contractuales con el médico y depositan su confianza en el abogado que vela por el respeto de sus derechos y su autonomía; y por otro, los médicos, que se limitan a cumplir su parte de contrato, adoptando actitudes defensivas, sin buscar *strictu sensu* el bien de los pacientes.

Surge así la llamada *medicina defensiva* que se define como la aplicación de tratamientos, pruebas y procedimientos con el propósito principal de defender las actuaciones del médico de posibles críticas y demandas judiciales, más allá de lo requerido para el tratamiento o intervención médica del paciente.³⁰⁷ En este contexto, el consentimiento informado, se reduce a una formalidad (la firma del protocolo o formulario correspondiente) que evita reclamaciones judiciales por negligencia o mala praxis médica.

³⁰⁶ STS (Sala de lo Civil) núm. 849/2000 de 26 de septiembre de 2000.

³⁰⁷ Cfr. KESSLER, Daniel; MCCLELLAN, Mark. Do Doctors Practice Defensive Medicine? *The Quarterly Journal of Economics*. 1996, núm. 2, vol 11. pp. 353-390; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales. *Revista jurídica de Castilla y León*. 2004, núm. 3. pp. 169-171.

De hecho, algunos autores plantean ciertas reticencias respecto a la formulación del consentimiento informado mediante documentos o protocolos impreso de contenido genéricos pues entienden que no cumplen la finalidad de informar de manera real y efectiva al paciente, sino que sirven de para eximir al profesional sanitario de una posible responsabilidad.³⁰⁸

Esta situación es recogida por la Audiencia Provincial de Toledo como una consecuencia del aura de desconfianza que ha afectado en los últimos tiempos a la relación médico-paciente:

En la actualidad, debido al aumento de las reclamaciones formuladas contra el personal facultativo de grado superior y medio en las diferentes órdenes (penal o civil, o meramente disciplinaria) se ha creado un nuevo marco de relación del que se hacen eco los autores conocidos bajo la expresión "medicina defensiva": fenómeno que se ha traducido en perniciosas consecuencias para todos en general (facultativos, pacientes y beneficiarios del sistema de asistencia sanitaria).³⁰⁹

El mismo fallo recoge, también, algunas de las consecuencias perniciosas del incumplimiento del deber de información del profesional:

El deber de información, desde esta nueva perspectiva, puede resultar problemático en los casos de riesgos previsibles cuya materialización en hipótesis puede acontecer pero es poco probable, en los supuestos de "diagnóstico fatal" o en aquellos en que una referencia al cúmulo de probabilidades, incluidas las remotas, pueda ser contraproducente para el enfermo, acentuando el sentimiento de ansiedad y angustia que experimenta en general cualquier persona ante la expectativa inmediata de una intervención quirúrgica o tratamiento médico. Por ello, es preciso sopesar cual es el estado o actitud anímica que exhibe el paciente y que podría mantener en los casos de pronóstico fatal. Lo razonable, en supuestos excepcionales como los indicados, sería alterar la forma en que se presenta la información, pero sin ignorar el derecho del paciente a conocer su situación. En otra hipótesis el facultativo corre un alto riesgo de enfrentarse con reclamaciones

³⁰⁸ Cfr. DOMINGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario...*, op. cit., pp. 220 y ss.

³⁰⁹ SAP de Toledo, núm. 77/2011 de 15 marzo de 2011.

judiciales posteriores del paciente o sus familiares.³¹⁰

No obstante lo expuesto, el Alto Tribunal ha reconocido –entendemos que atribuyéndole un sentido derivado de la buena fe– la necesidad de realizar actos que pueden ser atribuibles al ejercicio de la medicina defensiva (como la práctica de sucesivas pruebas y exámenes que justifiquen una actividad diligente) con el fin de cuidar de manera más adecuada de la salud de un paciente. Precisa que "la denominada medicina defensiva resulta conveniente en casos como el que nos ocupa y en cuanto a la necesidad de persistir en la práctica de cuantas pruebas sean necesarias en la procura de la salud del enfermo".³¹¹

E) EXCEPCIONES Y LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La LBRAP establece límites a la facultad de consentir que acompaña al paciente. Así, se permite realizar intervenciones clínicas necesarias a favor de su salud, sin contar con su consentimiento expreso en los siguientes supuestos (artículo 9.2):

- i. Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- ii. Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

³¹⁰ SAP de Toledo, núm. 77/2011 de 15 marzo de 2011.

³¹¹ STS (Sala de lo Civil) núm. 896/2000 de 30 de septiembre de 2000.

En el caso de personas (sujetos) en situación de no poder otorgar su consentimiento, la ley diferencia –como ha quedado señalado previamente– cuatro casos en los que procede el consentimiento por representación (con la intervención de la persona incapacitada en la medida de lo posible): incapacidad de tomar decisiones a criterio del médico responsable; el estado físico o psíquico no permiten al paciente hacerse cargo de su situación; la incapacidad declarada legalmente y el caso particular de los menores de edad. (Artículos 9.3 y 9.4)

F) INSTRUCCIONES PREVIAS Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

El artículo 11 LBRAP regula la posibilidad de suscribir un documento de instrucciones previas, mediante el cual, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad –que puede revocar en cualquier momento– con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.³¹²

De esta manera, se introducen en la legislación nacional las instrucciones previas; aunque fue la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Autonomía del Paciente y Derechos de Información y Documentación Clínica de Cataluña quien introdujo por primera vez esta figura en el contexto jurídico español.³¹³ Bajo el título de Voluntades Anticipadas, el artículo 8 de esta Ley define esta figura jurídica como el documento, dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento, la persona puede también designar a un representante, que es el

³¹² El Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

³¹³ Esta norma ha sido desarrollada por el Decreto 175/2002, de 25 de junio, que regula el Registro de voluntades anticipadas.

interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que la sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. Asimismo, establece una serie de requisitos para asegurar, de manera fehaciente, que el documento en cuestión fue otorgado en las condiciones exigidas por la ley.

Esta figura jurídica, también llamada por la doctrina y jurisprudencia comparada como "testamento vital" o "declaración de voluntades anticipadas" encuentra su fundamento en el principio de autonomía individual. Como afirma Berrocal, el paciente puede ejercer su autonomía en el ámbito sanitario de diferentes formas: cuando decide entre las opciones clínicas disponibles, cuando acepta o rechaza un tratamiento o cuando otorga un documento de instrucciones previas. En todos los casos, es indispensable contar con una información adecuada, "lo suficientemente fidedigna y genuina, como para estar a la altura de la relevancia de unas decisiones concernientes a la vida, a la integridad corporal o a la salud física o psíquica."³¹⁴

Respecto a su relación con el consentimiento informado, si bien es cierto que en ambos casos el consentimiento del sujeto se otorga una vez conocida la información pertinente que permite tomar una decisión inteligente, difieren en el contexto en el cual se aplican. Así, en el caso del CI, la comunicación se produce en el momento inmediato anterior a la aplicación del tratamiento donde la posibilidad de agresión es inminente. En este caso, la finalidad es brindarle al paciente o usuario las herramientas necesarias (información) para participar en las decisiones acerca de cuestiones reales y concretas que afectan su salud, vida e integridad física. Es éste (o su representante) quien protegerá personalmente su autonomía individual frente a unos profesionales sanitarios y una situación clínica particular.

³¹⁴ BERROCAL LANZAROT, Ana. La regulación de las instrucciones previas o voluntades anticipadas en el Derecho Español. En: ABELLÁN SALORT, José Carlos y BERROCAL LANZAROT, Ana. *Autonomía, libertad y testamentos vitales: Régimen jurídico y publicidad*. Madrid: Dykinson, 2009. pp. 85 y ss.

En el caso de las instrucciones previas, aún no se ha producido en la realidad el supuesto de hecho (acto que exige tomar una decisión) que habilita la aplicación de la consecuencia consentida (aceptación o rechazo de la actuación clínica que corresponda). En este sentido, su formulación no protege al individuo frente a una posible agresión concreta por parte del personal sanitario sino que prevé sus posibles deseos en situaciones futuras en las que no pueda manifestar su consentimiento. Su finalidad, por tanto, es proteger la autonomía individual del paciente o usuario, estableciendo por anticipado las posibles decisiones clínicas que tomaría si tuviera capacidad para consentir de manera libre y consciente.

Por estas razones, consideramos más oportuno utilizar la expresión consentimiento anticipado (no informado) cuando nos referimos a las instrucciones previas.³¹⁵

El apartado tercero del mismo artículo establece tres límites a la aplicación de las instrucciones previas. En primer lugar, prohíbe aquellas cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico, es decir, aquellas cuyo tenor atente contra normas de carácter imperativo, tales como la interdicción de la maternidad por subrogación, la clonación con fines reproductivos, la eutanasia activa, la creación de embriones con fines de experimentación.

En segundo lugar, no son válidas las instrucciones previas contrarias a la *lex artis* o buena práctica médica. Dado la textura abierta de esta expresión, la jurisprudencia ha optado por precisar su contenido. De todas formas, el criterio de la *lex artis* no presenta una definición absoluta sino relativa, atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar en las que se presta la asistencia médica de que se trata.³¹⁶

³¹⁵ Cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana. El documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas. *Ibid.*, pp. 165 y ss.

³¹⁶ *Ibid.*, pp. 248-249.

Finalmente, se encuentra la prohibición de aplicar aquellas instrucciones que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. Cuando las expresiones utilizadas son muy generales, la labor de interpretación, una suerte de *albacea sanitario*, es vital para acertar con la voluntad del otorgante.³¹⁷

G) TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En relación a la jurisprudencia sobre el consentimiento informado, nos detendremos en dos puntos: la valoración constitucional del CI y su consideración como *lex artis ad hoc*.

G.1) Sobre la naturaleza del consentimiento informado

Hace algunos años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo determinó que el consentimiento informado constituía un derecho humano fundamental, una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos.

En el año 2011, sin negar la condición establecida por el Alto Tribunal, el Tribunal Constitucional afirmó que el deber de información previa al otorgamiento del consentimiento –conocido como consentimiento informado– es un mecanismo que garantiza la protección del derecho fundamental a la integridad personal.

³¹⁷ Cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana. Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación. En: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO SANITARIO. *XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*. Madrid: Fundación Mapfre, 2005.

▪ **Consideración del CI como derecho humano fundamental**

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 de enero de 2001³¹⁸, en su primer fundamento de derecho exaltó la importancia del deber de información que posee el médico respecto del paciente para que éste pueda elegir libremente entre las opciones propuestas, fundamentando esta situación en la dignidad de la persona y en la libertad, enunciados recogidos en la CE:

Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

Seguidamente, ha precisado que:

El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia; Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo. Regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio [de Oviedo]³¹⁹.

³¹⁸ Sentencia que resuelve el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 10 de octubre de 1995, que resuelve el proceso iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Madrid, en el que Doña Enriqueta G. A. promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía en reclamación de daños y perjuicios, frente al médico don Carlos V. H., que la intervino en una operación quirúrgica mediante la técnica Cloward, en colocación de injertos liofilizados en los espacios vertebrales C-5/C-6 y C-6/C-7, sin contar con el consentimiento previo debidamente informado de la actora.

³¹⁹ Esta jurisprudencia ha sido recogido en las STS (Sala de lo Civil) núm. 667/2007 de 19 junio de 2007, núm. 447/2001 de 11 de mayo de 2001, núm. 783/2003 de 22 de julio de 2003.

De los argumentos expuestos podemos deducir que el Tribunal Supremo fundamenta el carácter de derecho humano fundamental del CI en los principios de dignidad de la persona y de libertad de los artículos 10.1 y 1.1 CE, respectivamente, haciéndolo derivar, como una suerte de explicitación o concretización de los derechos fundamentales considerados como clásicos y que mantienen una relación estrecha con las cuestiones últimas sobre el hombre, que en muchas ocasiones pasan por la actividad biosanitaria, a saber: la vida, la enfermedad, la muerte, la religión. En este mismo sentido, Gracia Guillén ha afirmado que el CI debe ser considerado como un "derecho humano primario y fundamental, una de las últimas aportaciones realizadas a la teoría de los derechos humanos".³²⁰

Frente a esta interpretación, conviene recordar las Sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno), de 27 de junio y 19 de julio de 1990, sobre alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre, en las que se enuncia de una manera clara que no puede deducirse ningún derecho fundamental de los valores y principios generales que sirven para informar –llenar de contenido– la normativa constitucional, tales como, los enunciados generales de dignidad, autonomía o libertad:

Del enunciado de preceptos constitucionales supuestamente vulnerados, puede descartarse *ad limine* la contrastación aislada de las resoluciones impugnadas con los arts. 1.1 [dignidad de la persona], 9.2 [autonomía] y 10.1 [principio general de libertad] C. E., por cuanto, sin perjuicio de su virtualidad interpretativa, están excluidos del ámbito material del amparo constitucional (arts. 53.2 C. E. y 41.1 LOTC), así como con los arts. 24.1 y 25.2 C. E., por

³²⁰ GRACIA GUILLÉN, Diego. Ocho tesis sobre el consentimiento informado. Asociación Juristas de la Salud. *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias: Actas del II Congreso "Derecho y Salud"*. Sevilla: Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994, citado por SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. La intimidad: un derecho fundamental de todos. *Informes Portal Mayores*. 2005, núm. 5. En el mismo sentido, Cfr. ZABALA BLANCO, Jaime. "Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español". Universidad de Cantabria, Facultad de Medicina, 2008; Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. La intimidad: un derecho fundamental de todos. *Informes Portal Mayores*. 2003, núm. 5; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*

cuando su presunta violación es claramente ancilar de la del resto de las que denuncian.

Estos valores y principios generales, a criterio del TC, deben entenderse como instrumentos interpretativos que delimitan los contornos de los derechos reconocidos constitucionalmente y no como derechos en sí mismos que configuren una protección autónoma.

La Real Academia Española define el CI como "aquél que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento".³²¹ Aquí, el consentimiento, *strictu sensu*, es un acto por el cual se hace visible el querer interno de la persona que lo otorga; en el ámbito sanitario, el paciente o usuario. En principio, una manifestación de voluntad, por sí misma, no es capaz de generar un derecho –y menos fundamental– salvo que se encuentre incardinado en un derecho, ya sea constitucional o legal.

No cabe duda, pues, que la categoría de derecho fundamental atribuida al consentimiento informado excede su naturaleza jurídica objetiva. El CI se configura no como derecho³²² sino como un acto o conjunto de actos (procedimiento) que permite al paciente, luego de recibida la información que corresponda de forma clara y oportuna, participar en la decisión sobre su salud.

³²¹ RAE. Consentimiento informado. *Der.* consentimiento que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [ref. de 12 de julio de 2012]. Disponible en: <http://rae.es/rae.html>.

³²² Sobre este punto puede ser relevante tener en consideración que a lo largo de la historia de la formulación de los derechos humanos como derechos fundamentales (positivizados en una Constitución), en algunos Estados se han elevado a dicha categoría algunas facultades o derechos que, *strictu sensu*, no tienen dicho carácter, con la finalidad de fortalecer su protección y hacer efectivo su cumplimiento. Entendemos, pues, que este puede ser el caso del CI, que dada su novedosa inserción en la ética médica contemporánea, puede pretenderse utilizar el sistema de garantías constitucionales como instrumento para hacer efectivos los derechos de los pacientes, especialmente, su derecho a consentir o rechazar un tratamiento.

Reforzando lo anterior, desde el punto de vista técnico, de conformidad con lo señalado por Rey Martínez³²³, no parece acertado aludir al "derecho fundamental al consentimiento" o, incluso, al "consentimiento informado", porque el consentimiento "más que un derecho es un acto jurídico de expresión de la voluntad mediante el que se garantiza la efectividad de ese derecho" y también un requisito de licitud de la práctica médica, más aún si la jurisprudencia española ha concebido al CI como parte de la *lex artis ad hoc* de la profesión médica. En esta línea, el derecho que se pretende hacer efectivo puede ser el derecho a decidir (tomar decisiones) sobre su propia salud o derecho a la autodeterminación corporal³²⁴, entre otros.

Por lo anterior, algunos autores³²⁵ consideran errónea esta calificación como derecho humano fundamental efectuada por el TS, fundamentando esta figura como una garantía que permite el ejercicio de un derecho. Rovira³²⁶, por ejemplo, afirma que el CI es un procedimiento jurídico, una garantía para llevar a cabo y hacer plenamente efectivos los derechos fundamentales del paciente y, a causa de ello, puede configurarse como un instituto de relevancia constitucional y no como una garantía constitucional recogida expresamente en el Título I de la Constitución.

El objetivo del CI es, pues, "asegurar que, cuando una persona se encuentra en especiales circunstancias, pueda decidir por sí misma si se somete a un determinado tratamiento, garantizándole todos los derechos y elementos para tomar una decisión autónoma, libre", fuera –según entiende el autor– del esquema

³²³ Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando. *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. pp. 110 y ss.

³²⁴ El derecho a la autodeterminación corporal en los términos expresados por la STC 154/2002, de 18 de julio de 2002, es decir, "un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE)".

³²⁵ Cfr. ROVIRA VIÑAS, Antonio. *Autonomía personal y tratamiento médico. Una Aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*. Pamplona: Aranzadi, 2007. pp. 108 y ss.; Cfr. RUBIO TORANO, Enrique. Derechos fundamentales y consentimiento informado. *Aranzadi Civil-Mercantil*. 2001, núm. 19; PULIDO QUECEDO, Manuel. El consentimiento informado en materia de salud: ¿Derecho humano fundamental? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. 2001, núm. 5.

³²⁶ Cfr. ROVIRA VIÑAS, Antonio, *op. cit.*, pp. 39-40.

paternalista basado en el principio de beneficencia y superando la finalidad que en origen tuvo y en cierta medida sigue teniendo el CI, a saber, ser un instrumento eficaz de medicina defensiva. En este contexto, entendemos que este mismo autor haga suya la definición formulada por el profesor Agustín Jorge Barreiro, quien entiende el CI como:

Un procedimiento normativizado en la relación médico-paciente, en virtud de la cual el médico explica al paciente capacitado el alcance de la intervención diagnóstica o terapéutica que se le va a realizar, su riesgos y beneficios así como sus posibles alternativas. El paciente, teniendo en cuenta la información recibida en términos comprensibles, podrá decidir libremente si acepta o no someterse al tratamiento médico proyectado, propuesto y suficientemente explicado.³²⁷

En el marco de esta definición descriptiva, el CI se constituye como un procedimiento –verbal o escrito– que se realiza en las diferentes fases de la relación médico-paciente, en el cual éste, una vez informado de manera comprensible sobre la naturaleza y consecuencias de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos a los que será sometido, tendrá la facultad de aprobarlos o rechazarlos.

No se trata de un derecho, sino tan sólo –como sucede en el ámbito contractual aunque de forma diversa– un acto o un mecanismo por cual se hace efectiva y manifiesta la voluntad del sujeto involucrado, en este caso, el paciente. En todo caso, la relevancia constitucional del CI se medirá en función de las consecuencias –posibles o efectivas– sobre algún derecho fundamental (integridad física, creencia y religión, etc.) del paciente, producidas por su ausencia.

A nuestro modo de ver, el CI se podría traducir más que como un instituto de relevancia constitucional, un derecho fundamental o una garantía institucional,

³²⁷ *Ibid.*, pp. 39-40.

como un elemento integrante del contenido esencial de un derecho fundamental, cuando su vulneración está vinculada a la práctica bio-sanitaria.³²⁸

Así, por ejemplo, si una persona es intervenida sin prestar su consentimiento (por ausencia del mismo o por que la información otorgada no fue suficiente para elaborar una decisión libre y consciente), y se le produce un menoscabo en su integridad física (pierde movilidad de algún miembro, contrae una enfermedad, etc.), entonces se estará afectando el derecho a la autodeterminación corporal que puede ser incluido en el derecho a la integridad corporal del artículo 10 CE; o si una persona mayor de edad es sometida a una transfusión de sangre sin su consentimiento, se abre el conflicto entre el derecho a la vida (10 CE) –si es una situación vital– y la libertad de creencia y religión (16 CE), que será resuelta según los criterios de ponderación aplicables a la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Todo lo anterior no significa que el CI sea un derecho fundamental, aunque sí es importante para el recto ejercicio de algunos de ellos.

Incluso, al asumir que el consentimiento se configura como una de las obligaciones exigibles al médico dentro de la relación clínica, que asume un carácter contractual normalmente atípico, éste alcanzará repercusión constitucional si su ausencia –parcial o completa– vulnera o amenaza algún derecho fundamental.

A mayor abundamiento, si consideramos el CI como derecho fundamental en el caso de la relación clínica, habría que abrir una amplia gama de "nuevos derechos fundamentales" o uno genérico aplicable a todo ámbito, que se yuxtapondría con la protección que brindan los derechos fundamentales "clásicos" pues en cada uno de ellos la intromisión en el derecho por terceros requiere del consentimiento del afectado, el afectado deberá prestar previamente su consentimiento informado. Tal es el caso, por ejemplo, de la propia imagen, o de la intimidad, en el que, para divulgar cierta información que pertenece a su esfera privada se requiere

³²⁸ *Ibid.*, pp. 108 y ss.

previamente que la persona afectada preste su consentimiento que se presupone informado, es decir, libre y consciente de las consecuencias reales derivadas de su otorgamiento. O, en el caso del derecho a la libertad de movimiento del artículo 17 CE, si la persona afectada no presta su consentimiento libre y consciente para permanecer en un lugar determinado, estamos en un caso de detención o arresto indebido y, por tanto, de una vulneración de su derecho fundamental.

▪ **El CI como garantía del derecho a la integridad personal**

El Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 37/2011 de 28 de marzo de 2011³²⁹, ha considerado la información previa al otorgamiento del consentimiento como un medio para garantizar la protección efectiva del derecho a la integridad física y moral de la persona en el ámbito sanitario:

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

Con esto, el Tribunal establece que la sola ausencia del consentimiento informado en una intervención sanitaria origina una vulneración del derecho a la integridad personal del individuo, independientemente de la producción de un daño efectivo en el cuerpo del paciente.

³²⁹ Sentencia que resuelve el recurso de amparo contra Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 10 de abril de 2008, desestimatoria del recurso de apelación promovido contra Sentencia de 23 de abril de 2007, del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao, que desestimó la demanda de reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria, por la pérdida funcional de la mano derecha tras la realización de un cateterismo cardíaco sin el consentimiento informado del paciente.

Inicia su razonamiento –amparándose en abundante jurisprudencia– con el reconocimiento del alcance del artículo 15 CE, estableciendo que protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Estos derechos destinados a proteger la incolumidad corporal, han adquirido también una dimensión positiva en relación con la plena efectividad del libre desarrollo de la personalidad, razón por la que:

[...] se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse. Además de ello, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal, aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma.

En cuanto a la facultad negativa del derecho a la integridad personal, impone el deber de abstenerse de realizar actuaciones médicas o de oponerse a la asistencia sanitaria (coactiva), salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas –como la asistencia médica en caso de huelga de hambre– en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (tal es el caso del rechazo a tratamientos terapéuticos aconsejados).

Seguidamente, incardina el consentimiento informado en el ordenamiento jurídico vigente, nacional e internacional. Reconoce que si bien el artículo 15 CE no hace referencia expresa al CI, es evidente que las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afectación del derecho protegido por este artículo, en la medida en que éste tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos

necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, cohonestándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica.

En este sentido precisa que "cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada".

De ahí surge la necesidad que el legislador establezca los mecanismos adecuados para la prestación del consentimiento del sujeto que se ha de ver sometido a una intervención médica, así como los supuestos que, desde una perspectiva constitucional permitirían prescindir del mismo, dado que no existen derechos absolutos. Estas limitaciones deben adecuarse a los parámetros establecidos en la Constitución y, deben ajustarse al juicio de ponderación (no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable, deben ser necesarias para conseguir el fin perseguido y han de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone, además de respetar el contenido esencial del derecho).

Para la determinación de estas garantías, se recurre a los tratados internacionales y acuerdos en la materia ratificados por España y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el valor interpretativo que se les reconoce en relación a los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 10.2 CE).

En este marco, la sentencia del Tribunal Constitucional verifica que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hace referencia al consentimiento libre e informado al reconocer el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica y que el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina reconoce, como regla general, que para realizar una intervención en el ámbito de la sanidad es necesario contar con el consentimiento

libre del afectado, después de haber recibido la información adecuada.³³⁰

Asimismo, advierte que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no existe una norma específica referida a la protección de la integridad física y moral, pero que, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha englobado en la noción de vida privada cuyo respeto se consagra en el art. 8.1 CEDH. En dicha jurisprudencia se hace alusión a la necesidad del consentimiento –previa información– para que la intervención médica no constituya una vulneración de la integridad personal protegida por art. 8.1 CEDH.

En el fundamento jurídico quinto recoge la síntesis del análisis precedente y afirma que:

[...] El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal.

Para que sea posible ejercer esta facultad de consentir libremente sobre los actos médicos que afectan al sujeto,

³³⁰ *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 3, apartado 1.

[...] es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

Teniendo en cuenta lo anterior, declara que la LBRAP recoge la relevancia tanto de la información previa como del consentimiento, completando la regulación contenida en la LGS.

En cuanto a la fundamentación del consentimiento informado como mecanismo de garantía de la protección efectiva del derecho a la integridad coincidimos plenamente, al igual que varios autores³³¹, respecto a la coherencia lógica de su argumentación y los recursos normativos y jurisprudenciales de la fundamentación que ha mantenido el Tribunal a lo largo de su razonamiento.

G.2) Lex artis ad hoc y consentimiento informado

La expresión *lex artis* es habitualmente empleada para referirse a los parámetros que constituyen la actuación diligente de un profesional, es decir, lo que un "buen profesional" o un "buen técnico" debe hacer cuando presta un servicio. Se trata de un parámetro o estándar que sirve para medir si un profesional ha cumplido con el deber de cuidado objetivamente exigible en la realización de su actividad

³³¹ Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio. Ajustado fallo de CI. *Diario Médico*. 2011 [ref. de 2 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/288110566>; Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. *Aranzadi Civil-Mercantil*. 2011, núm. 5; MONTALVO, Federico. ¿Nueva jurisprudencia sobre el consentimiento informado? *Diario Médico*. 2011 [ref. de 2 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/288108710>.

profesional. Su contenido puede delimitarse a partir de una suerte de consenso social o profesional generalizado o ser determinado por una norma jurídica concreta.³³²

En el ámbito sanitario, esta *lex* profesional cobra unas características particulares en la medida que su aplicación y valoración depende de las circunstancias concretas de los sujetos que intervienen (paciente y profesional) y el contexto en el que se desenvuelve la relación clínica (geográfico, tecnológico, emocional, entre otros). Por esta razón, en el caso del *ars medica* se habla de *lex artis ad hoc*.

En efecto, conforme lo precisa Martínez-Calcerrada, se puede afirmar, de forma figurativa que el servicio sanitario es una verdad apodíctica "cada acto, una ley" y, por ello, define la *lex artis ad hoc* así:

Es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado).³³³

³³² Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios jurisprudenciales. *Revista Jurídica de Castilla y León*. 2004, núm. 3. pp. 147 y ss.

³³³ MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. Especial estudio de la denominada *lex artis ad hoc* en la función médica. *Actualidad Civil*. 1986, núm. 24, Semana 2-8. p. 1700. pp. 1697-1709; Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (coord.). *Relaciones entre la Medicina y el Derecho. Binomio interdisciplinar*. Madrid: Fundación Ramón Areces, 2008. pp. 43 y ss. En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS (Sala de lo Civil), sentencia de 11 de marzo de 1991, de 7 de febrero de 1990, de 29 de junio de 1990; núm. 415/2007 de 16 abril de 2007.

En líneas generales, más que una cuestión jurídica, su determinación viene dada por la información proporcionada por el perito médico. No obstante ello, la Jurisprudencia ha introducido grandes dosis de racionalidad a través de este concepto. La *lex artis* se ha convertido así en el criterio de normalidad que ha de vulnerarse en la prestación del servicio sanitario para que haya lugar a la obligación de indemnizar.³³⁴

Ahora bien, la consideración jurídica acerca del deber de información previa del facultativo y la necesidad de recabar el consentimiento del paciente o usuario como parte integrante de la *lex artis* médica no ha gozado de una línea jurisprudencial uniforme en sus inicios.³³⁵

Sin embargo, actualmente, es jurisprudencia reiterada afirmar que el deber de recabar el consentimiento del paciente o usuario de los servicios sanitarios una vez que ha sido informado adecuadamente sobre las implicancias de los mismos –lo que comúnmente llamamos CI– forma parte de la *lex artis ad hoc* del médico: ésta –se afirma– implica tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor, del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo– o exógenos –la influencia de sus familiares o de la misma organización

³³⁴ Cfr. GALLARDO CASTILLO, María. De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual. *Actualidad Administrativa. La Ley*. 2009, núm. 18. pp. 2139 y ss.

³³⁵ Así, por ejemplo, junto a sentencias emitidas por el Alto Tribunal que incorporan el deber de información del facultativo y la necesidad del consentimiento como parte de la *lex artis ad hoc*, existen algunas otras (del mismo emisor) no consideran la ausencia de ambos aspectos como infracción a la *lex artis* ni como negligencia médica. Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 828/2003 de 8 septiembre de 2003, núm. 3/2001 de 12 enero de 2001; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de abril de 2005.

sanitaria—, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida.³³⁶

El médico se compromete no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología o anomalía en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena *praxis*, sino a aplicar tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención para obtener de una forma diligente la curación del enfermo.

La jurisprudencia contencioso-administrativa determina que el incumplimiento del deber de informar implica no solo una infracción de la *lex artis* —tanto en los casos de medicina satisfactiva como curativa— sino que revela una manifestación de un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios, siempre que acarree consecuencias negativas en los pacientes. Así, por ejemplo, se ha señalado que:

Hemos de referirnos a la que es una reiteradísima jurisprudencia de esta Sala en relación a la exigencia del consentimiento informado, impuesta ya en los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad 14/86 aplicable al caso de autos y en donde hemos dicho que el defecto del consentimiento informado se considera un incumplimiento de la *lex artis* y supone una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado.³³⁷

De igual forma, a partir de la jurisprudencia sobre la materia, la sentencia del Alto Tribunal de 19 de junio de 2008 enumera algunos derechos y deberes recogidos en el artículo 10 LGS —hoy contenidos en la LBRAP— estableciendo lo que podríamos considerar el contenido mínimo del CI:

³³⁶ Cfr. STS (Sala de lo Penal) núm. 1188/1997 de 3 de octubre de 1997. STS (Sala de lo Civil) núm. 1342/2006 de 18 de diciembre 2006, núm. 495/2006 de 23 de mayo de 2006, núm. 896/2004 de 23 de septiembre de 2004, núm. 1147/1998 de 12 de diciembre de 1998, de 10 de octubre de 1994, de 12 de julio de 1994, de 25 de abril de 1994; SAP de Zamora, núm. 2009/880 de 26 de enero de 2009; STSJ de Navarra, de 14 de abril de 2001.

³³⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008.

- i. El derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.
- ii. El derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto «cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
- iii. El derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso.

El CI se configura, entonces, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente, hecho característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre un nuevo paradigma.

Adicionalmente, el Alto Tribunal ha puesto de manifiesto la importancia de la información adecuada en la formación de la voluntad del paciente, advirtiéndolo en reiteradas sentencias que el CI debe ser prestado con conocimiento de causa, es decir, una vez que el paciente ha conocido cuáles eran las características y consecuencias de la intervención a la que será sometido.³³⁸

De lo expuesto, vemos que la doctrina jurisprudencial define el CI como un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* e implica, principalmente, la obligación previa de informar al paciente sobre los alcances de la intervención o el tratamiento de una manera comprensible en la medida que lo considera requisito indispensable para efectuar una decisión libre y consciente, y por tanto, eficaz.³³⁹

³³⁸ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 239/2000 de 7 de marzo de 2000, núm. 286/2004 de 7 de abril de 2004, núm. 487/1995 de 24 de mayo de 1995.

³³⁹ Más información, Cfr. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: el tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*.

4.3. NORMATIVA ESPECÍFICA SOBRE CONSENTIMIENTO INFORMADO

A manera de ejemplo, citaremos algunas normas específicas que regulan de manera expresa o implícita la obligación que tiene el personal sanitario de obtener el consentimiento del paciente o usuario luego de haberle brindado la información adecuada para tomar una decisión libre y consciente acerca de su salud: Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; Ley 14/2006, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios (ensayos clínicos); Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de salud; Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos.

La Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en relación con el consentimiento informado, se revisará en la segunda y tercera parte de esta investigación.

A) LEY 14/2007, DE 3 DE JULIO, DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

La Ley de Investigación Biomédica tiene por objeto regular las investigaciones relacionadas con la salud humana que impliquen procedimientos invasivos; la donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas; el tratamiento de muestras biológicas; el almacenamiento y movimiento de muestras biológicas; los biobancos; el Comité de Bioética de España y los demás órganos con competencias en materia de investigación biomédica y los mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la

Granada: Comares, 2009; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial. *Diario La Ley*. 2010, núm. 7358.

investigación biomédica. Asimismo y exclusivamente dentro del ámbito sanitario, regula la realización de análisis genéticos y el tratamiento de datos genéticos de carácter personal.³⁴⁰

En todas las materias relacionadas con la investigación o experimentación en el ámbito sanitario, se requiere el consentimiento libre y consciente del participante, una vez recibida la información oportuna.³⁴¹ De ser el caso, se puede otorgar el consentimiento por representación o darse algún supuesto de excepción, es decir, que se proceda a la intervención sin consentimiento del participante. Es de notar, por ejemplo, que con relación a embriones o fetos de personas fallecidas, se presume el consentimiento, salvo que exista manifestación expresa en contrario.³⁴² Se establece la aplicación supletoria de la LBRAP, siempre que no sea incompatible con los principios prescritos en esta Ley, y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El artículo 4, situado en el Título I Disposiciones Generales, desarrolla el apartado denominado consentimiento informado y derecho a la información que prescribe el respeto por la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada. Esta se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, y, en el caso de personas con discapacidad, se prestará en formatos accesibles y apropiados a sus necesidades.

³⁴⁰ La investigación biomédica a la que se refiere esta Ley incluye la investigación de carácter básico y la clínica, con la excepción en este último caso de los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, que se regirán por su normativa específica. Quedan excluidas del ámbito de esta Ley las implantaciones de órganos, tejidos y células de cualquier origen que se regirán por lo establecido en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y demás normativa aplicable (artículo 1).

³⁴¹ Dentro de las Disposiciones generales enmarcadas en el Título I de la ley, el artículo 3 define el consentimiento como la manifestación de la voluntad libre y consciente válidamente emitida por una persona capaz, o por su representante autorizado, precedida de la información adecuada. En otras palabras, le otorga a este vocablo el mismo contenido que la expresión "consentimiento informado".

³⁴² Aquí surge una cuestión ética importante sobre la suerte del feto que ha alcanzado viabilidad y se encuentra en una madre con muerte cerebral ¿también puede ser material para investigación?

Si el sujeto de la investigación no puede escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad.

Respecto al consentimiento por representación, éste se otorgará cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación; será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud. Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

Asimismo, se establece que las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece la Ley. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho. La falta de consentimiento o la revocación del consentimiento previamente otorgado no supondrán perjuicio alguno en la asistencia sanitaria del sujeto.

Con relación a los datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, la persona tiene derecho a ser informada, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos. Se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir.

No obstante lo anterior, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus

familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

El Título II desarrolla los aspectos relacionados con las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos.

El artículo 13, enmarcado en el capítulo I sobre Principios generales y requisitos de información y consentimiento, precisa que la realización de una investigación sobre una persona requerirá el consentimiento expreso, específico y escrito de aquélla o de su representante legal.

Sobre el contenido y forma de la información, el artículo 15 prescribe que las personas a las que se solicite su participación en un proyecto de investigación recibirán previamente la necesaria información, debidamente documentada y en forma comprensible y cuando se trate de personas con discapacidad de forma adecuada a sus circunstancias. Esta información incluirá el propósito, el plan detallado, las molestias y los posibles riesgos y beneficios de la investigación, además de una serie de especificaciones sobre el proyecto, los procedimientos y las medidas de seguridad a utilizar en su ejecución. Además, las personas a las que se solicite su participación en una investigación serán informadas de los derechos y salvaguardas prescritas en la Ley para su protección y, específicamente, de su derecho a rehusar el consentimiento o a retirarlo en cualquier momento sin que pueda verse afectado por tal motivo su derecho a la asistencia sanitaria.

El artículo 19, Capítulo III Situaciones específicas, autoriza una investigación en la que participe una mujer embarazada, aunque no produzca un beneficio directo, o sobre el embrión, el feto, o el niño después de su nacimiento, siempre que, junto a otros requisitos, la embarazada o los representantes legales del niño, en su caso, presten su consentimiento en los términos previstos en esta Ley.

Respecto a las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, el artículo 20 establece que la investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar –siempre que en la resolución judicial de incapacitación no conste autorización para prestar su consentimiento a la investigación– únicamente podrá ser realizada atendiendo a determinados requisitos, entre ellos, que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información; y que sus representantes legales hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información pertinente.

Los representantes legales deberán tener en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. Asimismo, con la concurrencia de unos requisitos adicionales, el consentimiento otorgado por representación habilita la autorización de la investigación aunque sea previsible que ésta no produzca resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos antes mencionados.

Con relación a la investigación en personas incapaces de consentir debido a su situación clínica de emergencia, el artículo 21 habilita esta posibilidad siempre que, entre otros requisitos, la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.³⁴³ Se respetará cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro. Las personas que participen en una investigación en situación de emergencia o, en su caso, sus representantes legales, deberán ser informado a la mayor brevedad posible. Se deberá solicitar el consentimiento

³⁴³A los efectos del apartado primero de este artículo se consideran investigaciones en situaciones de emergencia, aquellas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquél.

para continuar participando en las investigaciones, en cuanto el paciente se halle en condiciones de prestarlo.

El artículo 26, Capítulo V Gestión de la información, prescribe que si la investigación da lugar a información relevante para la salud de los participantes, debe ser puesta a su disposición, lo que se hará efectivo en el marco de la asistencia en curso o, en su defecto, prestando un asesoramiento específico. Esto podrá permitir al sujeto evaluar la posibilidad de revocar su consentimiento.

El Título III regula la donación y el uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos.

Al respecto, el artículo 29, circunscrito en el capítulo I Donación de embriones y fetos humanos, establece, entre los requisitos relativos a la donación, que el donante o donantes de los embriones o los fetos hayan otorgado previamente su consentimiento de forma expresa y por escrito. Si alguno de aquéllos fuera menor no emancipado o estuviera incapacitado, será necesario además el consentimiento de sus representantes legales; que el donante o los donantes o, en su caso, sus representantes legales, hayan sido informados por escrito, previamente a que otorguen su consentimiento, de los fines a que puede servir la donación, de las consecuencias de la misma, así como de las intervenciones que se vayan a realizar para extraer células o estructuras embriológicas o fetales, de la placenta o las envolturas, y de los riesgos que pueden derivarse de dichas intervenciones.

En el caso de que hubieran fallecido las personas de las que provienen los embriones o los fetos, será necesario que no conste su oposición expresa. Si el fallecido fuera menor de edad o una persona incapacitada, la donación tendrá lugar a no ser que conste la oposición expresa de quienes ejercieran, en vida de aquéllos, su representación legal.

Por su parte, el Título IV desarrolla las cuestiones relacionadas con la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes. El artículo 32, que forma parte del Capítulo I Sobre la utilización de ovocitos y preembriones, prescribe que la investigación con ovocitos y preembriones deberá contar con el consentimiento de las personas de las que provengan, las cuales podrán revocarlo en cualquier momento sin que afecte a la investigación realizada.

La donación de ovocitos y de preembriones se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En el caso de los ovocitos, el consentimiento de las donantes hará referencia expresa a su autorización para la utilización de la técnica o técnicas concretas que vayan a aplicarse a los ovocitos que sean objeto de la donación. A tal fin, los profesionales sanitarios responsables de la obtención de dichos ovocitos suministrarán a las donantes la información oportuna previamente a que otorguen el consentimiento, debiendo dejarse constancia escrita de todo ello.

El artículo 34 enmarcado en el Capítulo II sobre la investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria, establece que la investigación o experimentación con ovocitos y preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o de sus estructuras biológicas, con fines relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares troncales embrionarias o con otros fines no vinculados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, deberán realizarse de acuerdo con las condiciones establecidas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, y cumplir, con la indicación y la justificación de su número y origen y el documento de consentimiento informado firmado por los donantes o progenitores, respectivamente.

El Título V regula las cuestiones relativas al análisis genético, muestras biológicas y biobancos.

El artículo 45, Capítulo I Disposiciones de carácter general, recoge como uno de los principio rectores específicos de esta actividad, no obstante figurar en las garantías generales establecidas en el título I de esta Ley, el consentimiento, es decir, la obtención previa del consentimiento escrito del sujeto fuente o en su caso de sus representantes legales para el tratamiento de muestras con fines de investigación o de datos genéticos de carácter personal.

En el caso del análisis genético, el artículo 47, incardinado en el Capítulo II Análisis genéticos y tratamiento de datos genéticos de carácter personal, prescribe el contenido de la información previa (finalidad del análisis, lugar de realización y destino de la muestra, personas con acceso al resultado, entre otros datos) que debe recibir el sujeto por escrito antes de que presente el consentimiento expreso y específico por escrito previsto en el artículo 48 para la realización de un análisis genético.

Respecto de la obtención y análisis de muestras de personas fallecidas, se presume el consentimiento, salvo declaración expresa en contra. A tal fin serán consultados los documentos de instrucciones previas y, en su defecto, el criterio de los familiares más próximos del fallecido. El acceso de los familiares biológicos a la información derivada del análisis genético del fallecido se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquéllos.

Para acceder a un cribado genético también será preciso el consentimiento explícito y por escrito del interesado. El Comité de Ética de la Investigación determinará los supuestos en los que el consentimiento podrá expresarse verbalmente. En todo caso, cuando el cribado incluya enfermedades no tratables o los beneficios sean escasos o inciertos, el consentimiento se obtendrá siempre por escrito.

En el caso de los análisis genéticos sobre preembriones *in vivo* y sobre embriones y fetos en el útero requerirá el consentimiento escrito de la mujer gestante. El

análisis genético de un preembrión *in vitro* no transferido se regirá por lo establecido en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El artículo 49 establece que el sujeto fuente será informado de los datos genéticos de carácter personal que se obtengan del análisis genético según los términos en que manifestó su voluntad, salvo que haya ejercido el derecho a no ser informado de los resultados de un análisis genético. En este caso sólo se suministrará la información que sea necesaria para el seguimiento del tratamiento prescrito por el médico y aceptado por el paciente. Cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos, se podrá informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

Sobre el cribado genético, el artículo 54 enumera el contenido de la información previa al consentimiento escrito del participante o paciente, a saber: características y objetivos que se persiguen con el cribado; naturaleza voluntaria de la participación; validez y fiabilidad de las pruebas de cribado y de las pruebas diagnósticas de segundo nivel, entre otros.

El artículo 58, situado en el Capítulo III Utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica, requiere que la obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica se realice únicamente cuando se haya obtenido previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente y previa información de las consecuencias y los riesgos que pueda suponer tal obtención para su salud. Dicho consentimiento será revocable.

El consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización. No obstante lo anterior, de forma excepcional se pueden utilizar muestras codificadas

o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento no sea posible o represente un esfuerzo no razonable en el sentido de esta Ley.

La obtención de muestras biológicas de menores de edad y personas incapacitadas con fines de investigación biomédica, requiere, entre otras condiciones, que se cuente con la autorización por parte de los representantes legales del menor o de la persona incapacitada o que, en su caso, existan garantías sobre el correcto consentimiento de los sujetos fuente.

Con respecto a la utilización de la muestra biológica con fines de investigación biomédica que no vaya a ser sometida a un proceso de anonimización, el artículo 59 precisa que el sujeto fuente recibirá, antes de emitir el consentimiento, la información prescrita en la ley, a saber: finalidad de la investigación o línea de investigación para la cual consiente, beneficios esperados, posibles inconvenientes vinculados con la donación y obtención de la muestra, derecho de revocación del consentimiento y sus efectos, entre otros datos.

El artículo 60 establece que el consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica se otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta. El consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros. Si no fuera éste el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento. Persiste el derecho de revocar el consentimiento, totalmente o para determinados fines, en cualquier momento. Cuando la revocación se refiera a cualquier uso de la muestra, se procederá a su inmediata destrucción, sin perjuicio de la conservación de los datos resultantes de las investigaciones que se hubiesen realizado con carácter previo.

En el caso de que la muestra sea conservada, el artículo 61 prescribe que el sujeto fuente debe ser informado por escrito de las condiciones de conservación, objetivos, usos futuros, cesión a terceros y condiciones para poder retirarlas o pedir su destrucción. No obstante, las muestras biológicas utilizadas en investigación biomédica se conservarán únicamente en tanto sean necesarias para los fines que justificaron su recogida, salvo que el sujeto fuente haya otorgado su consentimiento explícito para otros usos posteriores.

En el caso de los derechos de los sujetos fuente sobre las muestras biológicas depositadas en biobancos, el artículo 70 (Capítulo IV) remite a lo dispuesto en el Capítulo III del presente título relativo a la obtención, información previa, consentimiento, confidencialidad, cesión, conservación de datos y muestras, acceso a los datos y derecho a no ser informado. En todo caso, las muestras biológicas que se incorporen a los biobancos podrán utilizarse para cualquier investigación biomédica, en los términos que prescribe esta Ley, siempre que el sujeto fuente o, en su caso, sus representantes legales hayan prestado su consentimiento en estos términos.

El Título VI que regula las infracciones, sanciones y compensaciones por daños, prescribe como infracción grave la omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta ley, sin perjuicio de las establecidas en la LGS, la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la LBRAP y en aquellas otras normas establecidas por las Comunidades Autónomas.

B) LEY 14/2006, DE 22 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Esta Ley y su norma de desarrollo³⁴⁴ tienen por objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, además de su utilización en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético. Asimismo, regula los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados. A los efectos de esta ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

En líneas generales, a diferencia de otras normas citadas en este punto de nuestra investigación, algunos apartados de la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida hacen referencia expresa al término *consentimiento informado* para indicar la necesidad de contar con el consentimiento del usuario, previa información que le haya permitido tomar una decisión libre y consciente sobre la utilización o aplicación de las técnicas que regula esta norma. Tanto la información como el consentimiento requeridos en esta norma deberán constar en formatos adecuados, accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

Respecto a las condiciones personales para su aplicación, el artículo 3 establece que las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

³⁴⁴ Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, que regula los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionados con las técnicas de reproducción asistida.

La información y asesoramiento sobre estas técnicas está destinada a las personas que deseen recurrir a ellas y a quienes vayan a actuar como donantes e incluirá los aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos de aquéllas. La aceptación de la aplicación de estas técnicas por cada mujer receptora de ellas debe quedar reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación. En cualquier momento anterior a la transferencia embrionaria, la mujer tiene la facultad de suspender el tratamiento.

El capítulo II regula las condiciones y requerimientos necesarios de los participantes en las técnicas de reproducción asistida. Con relación a la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta ley (reproducción humana asistida e investigación), el artículo 5 establece que se trata de un contrato escrito, gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La donación sólo podrá ser revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles.

El artículo 6 señala como sujeto receptor o usuario de las técnicas a toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa, con independencia de su estado civil y orientación sexual. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que se encuentren separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

Este mismo artículo precisa que, la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se deberá incluir, en todo caso, la de posibles riesgos que se puedan

derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia.

Respecto a la determinación legal de la filiación, el artículo 8 establece que ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

El artículo 9 niega la posibilidad de determinar legalmente la filiación ni reconocer efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas de fecundación y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, salvo que conste documento escrito que así lo autorice o el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

El capítulo III regula los aspectos relacionados con la crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida. La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines que permite la ley (uso por la propia mujer o su cónyuge, donación con fines reproductivos o de investigación, destrucción una vez transcurrido el plazo máximo de conservación), requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones. Este consentimiento podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera, de manera fehaciente, imposible su obtención, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines permitidos por esta ley.

Con relación a las técnicas terapéuticas en el preembrión in vitro, el artículo 13 de la ley autoriza su aplicación, siempre que, entre otros requisitos, la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente.

El capítulo IV de la ley regula la investigación con gametos y preembriones humanos. El artículo 15 autoriza la investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo cuando se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo.

El artículo 16 precisa que la utilización efectiva del preembrión con fines de investigación en un proyecto concreto en el propio centro de reproducción asistida, o su traslado a otro centro en el que se vaya a utilizar en un proyecto concreto de investigación, requerirá del consentimiento expreso de la pareja o, en su caso, de la mujer responsable del preembrión para su utilización en ese proyecto, previa información pormenorizada y comprensión por los interesados de los fines de esa investigación, sus fases y plazos, la especificación de su restricción al ámbito básico o su extensión al ámbito clínico de aplicación, así

como de sus consecuencias posibles. Si no se contase con el consentimiento expreso para la utilización en un proyecto concreto de investigación, deberá recabarse en todo caso antes de su cesión a ese fin, salvo en el caso de la ausencia de renovación del consentimiento.

El capítulo VIII que regula las infracciones y sanciones, determina como infracción grave la omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias; y la omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta ley.

C) LEY 29/2006, DE 26 DE JULIO, SOBRE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS

La Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios regula, en el ámbito de las competencias que corresponden al Estado, los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, su evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de su uso racional y el procedimiento para, en su caso, la financiación con fondos públicos. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado. Asimismo, además de reglamentar la actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios, determina también los criterios y exigencias generales aplicables a los medicamentos veterinarios y, en particular, a los especiales, como las fórmulas

magistrales, y los relativos a los elaborados industrialmente incluidas las premezclas para piensos medicamentosos.³⁴⁵

En líneas generales, esta norma exige que se otorgue una información de calidad, periódica e independiente a los profesionales de la salud, reforzando la exigencia de la receta médica como documento imprescindible para la seguridad del paciente y, de ser el caso, la modificación de los prospectos de los medicamentos para hacerlos inteligibles a los ciudadanos, ayudando a la consecución de la necesaria adherencia al tratamiento para que pueda alcanzarse el éxito terapéutico previsto por el médico con la imprescindible cooperación del farmacéutico.

Respecto al tema que nos ocupa, el Título III sobre las garantías de la investigación de los medicamentos de uso humano (ensayos clínicos), hace mención a la necesidad del consentimiento libre y consciente de la persona que será sujeto de un ensayo clínico, otorgado tras haber recibido la información pertinente. También es posible, en estos casos, el consentimiento por representación y demás excepciones previstas en el artículo 9 LBRAP.³⁴⁶

El artículo 58 precisa que todos los ensayos clínicos, incluidos los estudios de biodisponibilidad y bioequivalencia, serán diseñados, realizados y comunicados de acuerdo con las normas de "buena práctica clínica" y con respeto a los derechos, la seguridad y el bienestar de los sujetos del ensayo, que prevalecerán sobre los intereses de la ciencia y la sociedad.

De manera más concreta, el artículo 60 que regula las garantías de respeto a los postulados éticos estipula que los ensayos clínicos deberán realizarse en

³⁴⁵ Esta norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que regula los ensayos clínicos con medicamentos.

³⁴⁶ A los efectos de esta Ley, se entiende por ensayo clínico toda investigación efectuada en seres humanos, con el fin de determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos, y/o demás efectos farmacodinámicos, y/o de detectar las reacciones adversas, y/o de estudiar la absorción, distribución, metabolismo y eliminación de uno o varios medicamentos en investigación con el fin de determinar su seguridad y/o su eficacia. (Artículo 58).

condiciones de respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica en la que resultan afectados seres humanos, siguiéndose a estos efectos los contenidos en la Declaración de Helsinki. El sujeto del ensayo prestará su consentimiento libremente, expresado por escrito, tras haber sido informado sobre la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos del ensayo clínico. Si el sujeto del ensayo no está en condiciones de escribir, podrá dar, en casos excepcionales, su consentimiento verbal en presencia de, al menos, un testigo mayor de edad y con capacidad de obrar. El sujeto participante en un ensayo clínico o su representante podrá revocar, en todo momento, su consentimiento sin expresión de causa.

En el caso de personas que no puedan emitir libremente su consentimiento, éste deberá ser otorgado por su representante legal previa instrucción y exposición ante el mismo del alcance y riesgos del ensayo. Será necesario, además, la conformidad del representado si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2 del artículo 9 LBRAP.

D) LEY 44/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE PROFESIONES SANITARIAS

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en cuanto a su ejercicio por cuenta propia o ajena, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de éstos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias. Asimismo, establece los registros de profesionales que permitan hacer efectivo los derechos de los ciudadanos respecto a las prestaciones sanitarias y la adecuada planificación de los recursos humanos del sistema de salud.

El artículo 5, enmarcado en el Título I Del ejercicio de las profesiones sanitarias, establece los principios generales que regirán la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos. Entre ellos, destacamos los incisos c) y f) que hacen referencia al consentimiento informado. En el primer caso, el inciso c) menciona explícitamente al deber de los profesionales sanitarios de ofrecer una información suficiente y adecuada para que las personas a su cuidado (no utiliza el término paciente o usuario) puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones. Esta obligación se sitúa en el marco del respeto por la personalidad, dignidad e intimidad de estas personas y por la participación de las mismas en la toma de las decisiones que les afecten. Respecto a la configuración del derecho a recibir información, el inciso f) remite expresamente a la LBRAP.

E) LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO, DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SNS

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud tiene como objetivo establecer del marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias que permitirán garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, entendido éste, en los términos de la LGS, como el conjunto de los servicios de salud de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. En él se integran todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud, así como las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos, en orden a satisfacer el derecho a la protección de la salud reconocida por el artículo 43.1 CE.

Adicionalmente, por mandato del artículo 43.2 CE, esta ley establece normas de control sobre la sanidad privada en el ámbito de las prestaciones sanitarias, la farmacia, los profesionales de la sanidad, la investigación sanitaria, los sistemas de información, la calidad del sistema sanitario, los planes integrales, las acciones conjuntas en salud pública y la participación de los ciudadanos y de los profesionales.

En el caso concreto del catálogo de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud integrado por servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos, el artículo 7.2, incardinado en la Sección 1 del capítulo I De las prestaciones, establece que las personas beneficiarias de estos servicios tendrán derecho a la información y documentación sanitaria y asistencial de acuerdo con la LBRAP, lo que implica una incorporación implícita del CI en su articulado.

F) LEY 30/1979, DE 27 DE OCTUBRE, DE EXTRACCIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS

La Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos, publicada el 6 de noviembre de 1979,³⁴⁷ establece el marco jurídico acerca de la cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos.

El artículo 4 regula la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, estableciendo como requisitos, entre otros, que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Sobre el contenido de la información precisa que debe incluir las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

Asimismo, prescribe que el donante debe otorgar su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública correspondiente, tras las explicaciones brindadas por el médico que ha de

³⁴⁷ Esta norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

efectuar la extracción, quien también se encuentra obligado a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.

Por otro lado, la ley prohíbe que se obtenga órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

De lo anterior se desprende que, en este ámbito biomédico, el consentimiento del donante vivo, luego de recibir la información adecuada, es indispensable para la realización de la intervención. Si no es posible su otorgamiento libre y consciente, la prohibición es absoluta.

Respecto a los sujetos fallecidos, el artículo 5 señala que la extracción de órganos u otras piezas anatómicas podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. Cuando una persona presumiblemente sana fallece en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido y, de ser el caso, media autorización del Juez al que corresponda el conocimiento de la causa.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 6, el responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante sólo podrá dar su conformidad siempre que el receptor haya prestado su consentimiento luego de recibida la información pertinente. En otras palabras, deberán concurrir tres requisitos: Primero, que el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente, puedan derivarse del trasplante; segundo, que el receptor sea informado de que se han efectuado en los casos precisos los necesarios estudios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor. Finalmente, que el consentimiento

del receptor para la realización del trasplante se realice por escrito cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad.

4.4. REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE, SOBRE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), que cumple con la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que habilita al Gobierno para que proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

La LBRAP utiliza los términos "paciente" y "usuario" para referirse a los titulares de la facultad de consentir, después de recibir la información adecuada sobre el alcance, naturaleza, riesgos, alternativas, consecuencias del tratamiento o intervención sanitaria propuesta. Define el término "usuario" como la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria. Aunque la ley no hace constante referencia a este término, el artículo 1 establece que el objeto de la LBRAP es la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios. Asimismo, al enumerar los principios generales, hace referencia tanto a pacientes como a usuarios (artículo 2). También, los artículos 8.4, 12, 13, 15.1, 16.5, 21, 22 y la disposición final cuarta hacen referencia a los usuarios de servicios sanitarios. En todo caso, consideramos que el legislador ha empleado de

manera indistinta los conceptos usuario y paciente –sin ánimo de distinguir la regulación jurídica para cada uno de ellos– para referirse al receptor directo e inmediato de los servicios sanitarios.

En este contexto, conviene preguntarse si la inclusión del término usuario y el hecho que la asistencia sanitaria constituya una prestación de servicios (cada vez más masivo) torna aplicable la TRLGDCU a la responsabilidad médica por falta de información. Esto, además de considerar la mención explícita a los servicios sanitarios que realizan los artículos 128 a 149 (artículos 25 a 28 de la derogada Ley 26/1984) sobre regulación de la responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos.

El artículo 148 de la TRLGDCU del Título II (Disposiciones específicas en materia de responsabilidad) del Libro III (Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos) –artículo 28.2 de la derogada Ley 26/1984– regula expresamente el régimen especial aplicable a la responsabilidad por servicios sanitarios en los siguientes términos:

Artículo 148.- Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios (...).

Esta norma establece claramente un sistema de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por la prestación de servicios defectuosos, es decir, que no cumplieron los niveles de eficacia o seguridad garantizados por su propia naturaleza o por estar así reglamentados. Por tanto, el consumidor o usuario no está obligado a probar el defecto del servicio, sino sólo la realidad del daño y la

relación de causalidad.³⁴⁸ Y, al mencionar los servicios sanitarios, no cabe duda que el legislador los ha sometido a este régimen de responsabilidad.

Aunque volveremos sobre este tema en la tercera parte de nuestra investigación, consideramos oportuno dejar constancia que la jurisprudencia ha sido renuente a someter la responsabilidad civil de los profesionales médicos a un criterio objetivo, enmarcándola en la culpa o negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* (reglas de la profesión, según las circunstancias del caso).³⁴⁹

Desde la entrada en vigor de la Ley 26/1984 hasta 1994, no aparece sentencia que haga referencia esta normativa en el caso de responsabilidad por servicios sanitarios. La jurisprudencia, en este sentido, lejos de argumentar en contra, ignoraba aparentemente su existencia. Podría justificarse esta posición diciendo que los recurrentes no fundaban en ella sus reclamaciones, pero por otra parte, tampoco aplicaban la regla de *iura novit curia*.³⁵⁰

A partir de 1994, se ha eludido la aplicación literal del derogado artículo 28.2 Ley 26/1984 precisando, en unos casos, que, a pesar de la literalidad de la norma, el precepto no resulta aplicable pues existe doctrina jurisprudencial consolidada³⁵¹ que establece la responsabilidad subjetiva para el caso de las prestaciones sanitarias y, en otros, negando el carácter de objetivo de la responsabilidad regulada en esta norma. A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 julio 1994 fundamentó la interpretación restrictiva –o nula– del 28.2 Ley 26/1984 en lo siguiente:

³⁴⁸ Cfr. AZPARRÉN LUCAS, Agustín. Comentario al artículo 148 TRLGDCU. En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2011. pp. 1269 y ss.

³⁴⁹ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria: médica y de enfermería*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1995. pp. 40 y ss.

³⁵⁰ Cfr. PANIZA FULLANA, Antonia. La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU. En: *Aranzadi Civil-Mercantil*. vol I. (Estudio). Pamplona: Aranzadi, 1998. pp. 72 y ss.

³⁵¹ Cfr. entre otras, STS (Sala de lo Civil) núm. 807/1994 de 29 de julio de 1994.

La Ley 26/1994, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es una especie de Ley "marco" que tiene el carácter de principio informador del ordenamiento, como previene su artículo 1.1, de acuerdo con el artículo 53.3 de la Constitución [...] Consecuencia inmediata de su espíritu informador es que su aplicación, fuera de los supuestos que contempla específicamente y que sanciona en vía administrativa, tiene que estar en íntima relación con los preceptos que, contenidos en los Textos Legales sustantivos, fuesen los llamados a regular el caso sometido a enjuiciamiento [...] [Por tanto] la proyección de la susodicha Ley, a los supuestos de daños derivados de responsabilidad contractual y extracontractual, concretamente los acaecidos en el campo de la asistencia hospitalaria y sanitaria médico-quirúrgica vendría supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil.³⁵²

A partir de la sentencia de 1 de julio de 1997 se inicia una nueva doctrina jurisprudencial que reconoce el carácter de responsabilidad puramente objetiva del artículo 28.2 Ley 26/1984.³⁵³

Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada Ley [26/1984], que el recurrente en cuanto *persona física* que utiliza unos *servicios*, reúne la condición de *usuario* "cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Conforme al sistema de Garantías y Responsabilidad que establece el Capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los sometidos a su régimen los servicios sanitarios, conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de

³⁵² STS (Sala de lo Civil) núm. 793/1994 de 22 de julio de 1994.

³⁵³ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Comentario al..., *op. cit.*, pp. 1799 y ss.; AZPARRÉN LUCAS, Agustín, *op. cit.*, p. 1228; PANIZA FULLANA, Antonia, *op. cit.*, *loc. cit.*

calidad", hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros.

Asimismo, considera aplicable el régimen establecido en el artículo 28.2 Ley 26/1984 a las entidades propietarias de los centros sanitarios en casos de infecciones o contagios hospitalarios, mala organización o falta de coordinación del servicio:

Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomona aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. (...) En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos.

En el caso de responsabilidad derivada de actos de negligencia médica o de cualquier otro profesional sanitario, sigue vigente el sistema de responsabilidad por culpa, incluso en los casos en los que se atribuye responsabilidad a un centro sanitario derivada de la actuación de un profesional médico (no de un defecto funcional u organizacional del propio centro).

Posteriormente, se ha limitado con mayor nitidez los supuestos que la jurisprudencia –avalada por algunos autores³⁵⁴– considera que deben ser sometidos al régimen de responsabilidad objetiva.³⁵⁵ En este sentido, la Sentencia Tribunal Supremo de 4 junio de 2009 establece que:

La Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha.³⁵⁶

De lo expuesto se evidencia que en el caso de la responsabilidad civil del profesional médico se encuentra vigente jurisprudencialmente el sistema de responsabilidad por culpa. Como supuestos de excepción, la jurisprudencia ha permitido la responsabilidad objetiva regulada en el TRLGDCU en los siguientes supuestos³⁵⁷:

- a) En el caso de los propietarios de centros hospitalarios (no a los médicos), por el funcionamiento defectuoso de los aspectos organizativos (funcionales) o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente

³⁵⁴ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Dykinson, 2008. pp. 35-66; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 278 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario...*, op. cit., pp. 194 y ss.; GONZÁLEZ MORÁN, Luis. La responsabilidad del prestador de servicios. Introducción. En: DE LEÓN, Alicia (dir.). *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. pp.1473-1556.

³⁵⁵ En este mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 438/2009 de 4 de junio de 2009, núm. 68/2001 de 5 de febrero de 2001, núm. 267/2004 de 26 de marzo de 2004, núm. 1108/2004 de 17 de noviembre de 2004, núm. 1377/2007 de 5 de enero de 2007, núm. 467/2007 de 26 de abril de 2007.

³⁵⁶ STS (Sala de lo Civil) núm. 438/2009 de 4 de junio de 2009.

³⁵⁷ Cfr. AZPARRÉN LUCAS, Agustín, op. cit., pp. 1269 y ss.; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 278 y ss.

dicha, entre ellos, se menciona infecciones o contagios hospitalarios, defectos o fallos en el instrumental, mala organización o falta de coordinación de servicios³⁵⁸.

- b) En el caso de la medicina voluntaria (llamada también satisfactiva o no curativa), es decir, aquellos casos en que se acude al profesional médico no para la curación o diagnóstico de una enfermedad o dolencia patológica (porque se actúa sobre un cuerpo sano) sino para el mejoramiento del aspecto físico o estético, para lograr una transformación satisfactoria del cuerpo o para transformar o limitar una actividad biológica (in/fertilidad) o sexual, siempre que se haya pactado, asegurado o garantizado el resultado. Tal es el caso de la vasectomía o la ligadura de trompas, cirugía estética, cirugías odontológicas, cirugías para cambio de sexo; técnicas de fecundación y vitro, todos con fines no terapéuticos.³⁵⁹
- c) En la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, aunque, técnicamente, no se trata de una responsabilidad puramente objetiva, sino de una responsabilidad por culpa que se presume y conlleva la inversión de la carga de la prueba.³⁶⁰

³⁵⁸ Cfr. (Sala de lo Civil) núm. 688/1997 de 21 de julio de 1997, núm. 766/1999 de 24 de septiembre de 1999, núm. 1098/2004 de 15 de noviembre de 2004, núm. 527/2004 de 10 de junio de 2004, núm. 225/2004 de 18 de marzo de 2004, núm. 335/2002 de 11 de abril de 2002, núm. 108/1997 de 18 de febrero de 1997.

³⁵⁹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 583/2010 de 27 de septiembre de 2010, núm. 534/2009 de 30 de junio de 2009, núm. 759/2007 de 29 de junio de 2007, núm. 1194/2007 de 22 de noviembre de 2007, núm. 544/2007 de 23 de mayo de 2007, núm. 993/2006 de 4 de octubre de 2006, núm. 758/2005 de 21 de octubre de 2005, núm. 286/2004 de 7 de abril de 2004.

³⁶⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 508/2008 de 10 de junio de 2008, núm. 1162/2007 de 8 de noviembre de 2007, núm. 544/2007 de 23 de mayo de 2007, núm. 415/2007 de 16 de abril de 2007. Para mayor información: BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. 2011. pp. 23-42.

4.5. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Con posterioridad a la aprobación de la LGS y previamente a la entrada en vigor de la LBRAP, algunas Comunidades Autónomas habían legislado la materia.

- En *País Vasco (Euskadi)*, Decreto 175/1989, de 18 de julio, Carta de derechos y obligaciones de pacientes y usuarios del País Vasco, modificada por la Ley 8/1997, de 26 de junio, sobre Ordenación sanitaria de la Comunidad Autónoma.
- En *Asturias*, la Ley 1/1992, de 2 de julio, de creación del servicio de salud del principado. Invocando la LGS, el artículo 49 reconoce, entre los derechos de los ciudadanos a los servicios de salud, salvo las excepciones establecidas por la norma, el derecho: "A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención."
- En *La Región de Murcia*, la Ley 4/1994, de 26 de julio, sobre normas reguladoras del derecho a la protección de la salud. El artículo 3 incorpora en esta ley los derechos y deberes reconocidos en la Constitución Española, y en los artículos 10 y 11 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en el resto del ordenamiento jurídico. Esta norma ha sido modificada y complementada por la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de Región de Murcia
- En *Andalucía*, la Ley 2/1998, de 15 de junio, sobre Normas reguladoras del derecho a la protección de la salud. En el capítulo relativo al derecho de los ciudadanos, el artículo 6, admitiendo algunas excepciones, reconoce el derecho "a que se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense. A tal efecto será preciso el previo consentimiento del paciente, libremente revocable, para la realización de cualquier intervención sanitaria."

Este apartado fue modificado por la Ley 5/2003, 9 de octubre, sobre voluntades anticipadas.

- En *Castilla-La Mancha*, la ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación sanitaria. El artículo 4 garantiza a las personas incluidas en el ámbito de la ley, salvo excepciones, el derecho a "A la libre elección entre las opciones que le presente la persona con responsabilidad sanitaria de su caso, siendo preciso el previo consentimiento informado y escrito de la persona enferma para la realización de cualquier intervención". Los artículos 4 (derechos), 5 (deberes) y 6 (garantías de los derechos) han sido derogados por la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en salud de Castilla-La Mancha, que establece el régimen jurídico aplicable en materia de derechos y deberes de los pacientes, usuarios y profesionales del servicio de salud de dicha comunidad, entre ellos, el consentimiento informado.
- En *Cataluña*, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, del Parlamento Catalán, que regulaba junto con la documentación clínica, el derecho a la información, el CI y las voluntades anticipadas –lo que en la Ley básica se denominan instrucciones previas– fue la primera en legislar sobre la materia. Este texto normativo constituyó la proposición de ley planteada en el Senado, que dio lugar más tarde a la aprobación de la LBRAP.³⁶¹ Modifica en parte la Ley 15/1990, de 9 de julio, sobre ordenación sanitaria. El artículo 12 de la Ley 21/2000 relativo a la historia clínica ha sido modificado mediante Ley 16/2010, de 3 de junio.
- En *Galicia*, La Ley 3/2001, de 28 de mayo, sobre normas reguladoras del CI y de la historia clínica de los pacientes, complementada por la Ley 7/2003, de 9 de diciembre, sobre ordenación sanitaria, y modificada por la Ley 3/2005 de 7 de marzo.

³⁶¹ Cfr. SANCHO GARGALLO, Ignacio. *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. Working Paper N°: 209*. Barcelona: InDret, 2004 [ref. de 2 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf

- En *Extremadura*, Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud, cuyo artículo 11 regula los derechos de los ciudadanos respecto al sistema sanitario y reconoce particularmente –con algunas excepciones– el derecho a "h) la libre elección entre las opciones que les presente el responsable médico, siendo necesario el consentimiento previo por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención". Esta norma ha sido modificada por la Ley 3/2005, de 8 de julio, sobre información sanitaria y autonomía del paciente.
- En *Madrid*, la Ley 12/2001, de 26 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. El artículo 27 reconoce a los ciudadanos-pacientes además de los Derechos regulados por la LGS, el derecho a ser verazmente informado sobre su propia salud, en términos comprensibles, "para poder tomar una decisión realmente autónoma". Mediante Orden 410/2010, de 29 de julio, se crea la Comisión del Consentimiento Informado en el Servicio Madrileño de Salud y establece su composición y régimen de funcionamiento.
- En *Navarra*, la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos de los pacientes a las voluntades anticipadas y a la documentación clínica, modificada por Ley Foral 29/2003 de 4 de abril, para adecuarse a lo establecido en la Ley Estatal. Los artículos 2 y 3 regulaban el derecho a la información, mientras que los artículos 6 a 8, bajo el título de "Autonomía del paciente" regulan el CI. Esta normativa ha sido derogada por la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, que regula los Derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra, entre ellos, el consentimiento informado.
- En *Aragón*, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud. Tiene como fundamento el Convenio de Oviedo y, por tanto, separa el derecho a la información artículo 8 a 10) del CI (artículos 12 a 14).

- En *La Rioja*, la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud. En el Título dedicado a los derechos de los ciudadanos en relación con la salud y atención sanitaria, el artículo regula el CI, teniendo como fundamento el Convenio de Oviedo y la LGS.

Una vez aprobada la LBRAP, diversas comunidades autónomas modificaron sus textos sobre la materia e incluyeron el CI en su legislación. A modo de ejemplo, mencionaremos las siguientes:

- En *Cantabria*, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria. El artículo 26 establece los derechos del ciudadano relacionados con la información de los servicios sanitarios y los artículos 29 a 33 desarrollan lo relativo al CI. Esta normativa es complementada por la Orden SAN/28/2009, de 8 de septiembre, que aprueba la Carta de Derechos y Deberes de los Ciudadanos en el Sistema Autonómico de Salud de Cantabria.
- En *Canarias*, Orden de 28 de febrero de 2005, de la Consejería de Sanidad: Carta de los derechos y deberes de los pacientes y usuarios sanitarios; que complementa la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria.
- En la *Comunidad Valenciana*, Ley 1/2003, de 28 de enero, sobre derechos e información al paciente; la Ley 3/2003, de 6 de febrero, de ordenación sanitaria; la Ley 8/2008, de 20 de junio, sobre derechos de Salud de Niños y Adolescentes; la Ley 12/2008, de 3 de julio, sobre protección Integral de la Infancia y la Adolescencia. Mediante Decreto 34/2011, de 1 de abril, se determina la constitución, composición y funcionamiento de la Comisión de Consentimiento Informado.
- En *Illes Balears*, la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud, siguiendo la regulación estatal, trata el derecho a la información (artículo 11) y la obligación de contar con el CI (artículo 12) en apartados diferentes.

- En *Castilla y León*, Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. Es la primera norma autonómica que invocando la Ley Básica, se adecua a ella en cuanto al reconocimiento de los derechos a la información, que modifica la Ley 1/1993, de 6 de abril, de ordenación del sistema sanitario.³⁶²

³⁶² Cfr. LIZARRAGA BONELLI, Emilio. *La Información...*, *op. cit.*, pp. 255-256.

SEGUNDA PARTE:

EL ABORTO COMO ACTO MÉDICO
Y SU CONFIGURACIÓN JURÍDICA EN
ESPAÑA

La primera parte de esta investigación nos ha servido para contextualizar la doctrina del *informed consent*, nacida en los Tribunales norteamericanos para proteger el derecho a la autodeterminación del paciente en las decisiones relacionadas con su salud y su acogida por el ordenamiento jurídico español.

Esta figura jurídica ha sido incluida por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo y sus normas de desarrollo como requisito indispensable para la práctica del aborto legal en España. Pero antes de abordar su análisis, se hace imperiosa la reflexión acerca de la naturaleza de esta intervención: ¿es el aborto un acto médico? Según el Derecho positivo vigente, la respuesta parece evidente; una mirada desde los fines de la Medicina es más compleja. En la medida que pretendamos una reflexión aguda sobre el tema, la cuestión se complica.

En este orden de ideas, esta segunda parte tiene como objetivo responder a las preguntas planteadas anteriormente desde el punto de vista de los fines de la Medicina y el tratamiento legal y jurisprudencial vigente. Para ello, hemos elaborado tres apartados: el primero tiene por finalidad delimitar los conceptos clave que facilitan la comprensión, no solo del contenido sino también de la complejidad de los temas siguientes (*salud, enfermedad, prestación sanitaria, acto médico y aborto*).

El segundo capítulo aborda la problemática en torno a la consideración del aborto como acto médico, cuya reflexión implica incorporar un apartado sobre el estatuto del embrión –directamente implicado en este hecho– desde el punto de vista biológico, ontológico y de la ética del Derecho. Con ello, también pretendemos actualizar la antigua pero vigente discusión acerca del reconocimiento del embrión-feto como ser humano y la protección que le es debida.

Finalmente, el tercer capítulo analiza la naturaleza jurídico-positiva del aborto en España, a la luz de la normativa vigente y la jurisprudencia. Luego de efectuar un recorrido histórico por la regulación jurídica que acaba con su incorporación como prestación sanitaria en la LOIVE, presentamos algunas reflexiones que –sin ánimo de justificar tal incorporación– pretenden explicar la complejidad que subyace en la toma de decisiones sobre cuestiones de política sanitaria española. Para concluir, adentrándonos en el análisis del aborto como objeto del contrato de servicios médicos, el último apartado fundamenta la naturaleza jurídica de esta práctica como obligación de resultado y su pertenencia, en principio, a la "medicina satisfactiva o voluntaria".

CAPÍTULO I

CUESTIONES PRELIMINARES

En el ámbito de la Medicina, como en muchos otros, una de las consecuencias de la cultura postmoderna, azuzada por el desarrollo biotecnológico y la creciente importancia del principio de autonomía, ha sido relativizar³⁶³ la definición de algunos conceptos que se consideraban objetivamente determinados desde la época hipocrática. Ahora, por ejemplo, la OMS otorga al término salud un contenido tan amplio y con matices altamente subjetivos que puede tornar ineficiente e insuficiente las prestaciones sanitarias brindadas por cualquier Estado.

³⁶³ Según la RAE, el relativismo –que procede del latín *relatīvus* (relativo)– es una doctrina filosófica según la cual el conocimiento humano solo tiene por objeto relaciones, sin llegar nunca al de lo absoluto. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en: <http://rae.es/rae.html>. Al respecto, J. RATZINGER, en la homilía del 18 de abril de 2005, afirmó que el origen de esta "dictadura del relativismo" se encuentra en la variedad de corrientes ideológicas antagónicas conocidas durante estos últimos decenios: "del marxismo al liberalismo, hasta el libertinaje; del colectivismo al individualismo radical; del ateísmo a un vago misticismo religioso; del agnosticismo al sincretismo, etc. [...] A quien tiene una fe clara, según el Credo de la Iglesia, a menudo se le aplica la etiqueta de fundamentalismo. Mientras que el relativismo, es decir, dejarse 'llevar a la deriva por cualquier viento de doctrina', parece ser la única actitud adecuada en los tiempos actuales. Se va constituyendo una dictadura del relativismo que no reconoce nada como definitivo y que deja como última medida sólo el propio yo y sus antojos". RATZINGER, Joseph. *Misa Pro Eligendo Pontifice* de 18 de abril de 2005 [ref. de 23 de enero de 2013]. Disponible en: http://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_sp.html. Bajo este supuesto, entendemos que la misma RAE le otorga a esta misma palabra un segundo significado: doctrina filosófica según la cual la realidad carece de sustrato permanente y consiste en la relación de los fenómenos.

En efecto, la ciudadanía exige a la gestión sanitaria estatal brindar atenciones o prestaciones que respondan o solucionen no solo a sus tradicionales problemas de salud (definidos en función de índices de morbilidad y mortalidad) sino, en un campo más amplio, a sus necesidades de salud, que implican, además de ciertos niveles de promoción y prevención, la inclusión en el catálogo de algunas prestaciones de asistencia sanitaria que no corresponden estrictamente a los fines tradicionales de la Medicina. Tal es el caso del aborto, la vasectomía o la ligadura de trompas, entre otros.

En este apartado, evidenciamos la complejidad que acarrea definir conceptos clave para nuestra reflexión sobre el aborto como acto médico: salud, enfermedad, prestación sanitaria, acto médico y aborto.

1. DEFINICIÓN DE SALUD Y ENFERMEDAD

En el estudio internacional realizado por el Hastings Center³⁶⁴, un síntoma común en casi todas las sociedades lo constituyen los debates acerca del significado y alcance exacto de conceptos como salud, enfermedad, dolencia y malestar. Sin embargo, resulta paradójico que en cada una de estas sociedades existan instituciones con grupos de expertos (profesionales sanitarios) a los que recurre la población cuando el cuerpo o la mente no les funcionan como esperan ellos o la sociedad en la que se desenvuelven.

A continuación, sin ánimo de agotar el tema y como plataforma para evidenciar el estado de la cuestión, nos centraremos en dos conceptos clave: salud y enfermedad.

³⁶⁴ Cfr. HASTINGS CENTER. Los Fines de la Medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*. 2007, núm. 11.

1.1. DEFINICIÓN DE SALUD

A la determinación de la definición de salud puede aplicarse la cita de San Agustín: "si no me preguntan por lo que es, sé lo que es; si me preguntan por lo que es, no sé lo que es."³⁶⁵ Es un tema tan cotidiano y tan enraizado en la experiencia y en los anhelos de la persona que muchos autores han intentado una definición, con mucho o poco éxito.

La más conocida es la que aparece en el preámbulo del tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud de 1946³⁶⁶ que define la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Aunque se reconoce su hermoso *desideratum* y su trascendencia por la incorporación de nuevos conceptos (bienestar mental y social), apartándose así de la visión puramente sanitaria y "medicalizada" que refiere sólo a la ausencia de enfermedad; ha sufrido de serias críticas por su difícil o ineficiente aplicación práctica.³⁶⁷

Diego Gracia afirma que esta definición responde a una nueva forma de pensar respecto de la sanidad, la medicina del bienestar, que fue expresión del contexto político social de la época marcada por una economía neocapitalista y el desarrollo de una sociedad de consumo (de origen keynesiano), el orden político del Estado de bienestar (*Welfare State* anglosajón, que sigue a la victoria sobre el

³⁶⁵ "¿Qué es, pues, el tiempo? ¿Quién podrá explicar esto fácil y brevemente? [...]. Y, sin embargo, ¿qué cosa más familiar y conocida mentamos en nuestras conversaciones que el tiempo? Y cuando hablamos de él, sabemos sin duda qué es, como sabemos o entendemos lo que es cuando lo oímos pronunciar a otro. ¿Qué es, pues, el tiempo? Si nadie me lo pregunta, lo sé; pero si quiero explicárselo al que me lo pregunta, no lo sé." SAN AGUSTÍN. *Las Confesiones*. Madrid: Gredos. 2010. Capítulo 11, apartado 17; Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Antropología médica...*, op. cit., p. 179.

³⁶⁶ La Constitución de la OMS fue aprobado por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados. Cfr. OMS [ref. de 4 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>. El Instrumento de Aceptación de España a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud fue depositado ante el Secretario general de las Naciones Unidas en Nueva York el día 28 de mayo de 1951. Consecuentemente, a partir de esta fecha España es parte de la Constitución, de conformidad con lo establecido en su artículo 79. BOE de 15 de mayo de 1973, núm. 116, pp. 9767-9772.

³⁶⁷ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Antropología médica...*, op. cit., loc. cit.

nazismo) y la ética utilitarista de la felicidad. La consecuencia lógica de este cambio radical de perspectiva, es la ampliación de la sanidad hasta acaparar para sí todo tipo de sufrimiento, o mejor aún, todo ámbito de la vida humana entera. En este contexto, la medicina de bienestar viene a "medicalizar" la vida humana y la política, que cae bajo el control de médicos e higienistas. "La ética se medicaliza, de forma que sólo se considerará bueno lo que produzca salud o bienestar, y otro tanto podemos decir respecto de la política y demás esferas".³⁶⁸

Para Pemán Gavín, la salud protegible por el derecho no coincide con la acuñada por la OMS. Afirmar que "no cualquier alteración de ese 'estado de completo bienestar' (físico y mental) –en el supuesto de que llegara a existir como realidad actual– dará lugar a responsabilidades en el ámbito penal o civil".³⁶⁹

Hernán San Martín, refiriéndose a la definición OMS, afirma que se trata de un concepto loable, un objetivo a alcanzar, pero, para que goce de efectos prácticos, debe ser redefinido pues, al introducir un factor altamente subjetivo como la sensación de bienestar físico, mental y social, dificulta la evaluación y medida del estado de salud. Bajo este concepto, por ejemplo, toda frustración podría ser considerada como enfermedad. Propone definir la salud como "una noción relativa que reposa sobre criterios objetivos y subjetivos (adaptación biológica, mental y social) y que aparece como un estado de tolerancia y compensación físico, psicológico, mental y social fuera del cual todo otro estado es percibido por el individuo y/o por su grupo, como la manifestación de un proceso mórbido." Precisa que no es posible definir la salud en términos absolutos y que tampoco se puede aceptar que aquella sea la simple ausencia de enfermedad, en tanto que aquella engloba aspectos subjetivos (bienestar mental y social, alegría de vivir), aspectos objetivos (capacidad para la función) y aspectos sociales (adaptación y trabajo socialmente productivo).³⁷⁰

³⁶⁸ Cfr. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de...*, op. cit., pp. 271 y ss.

³⁶⁹ PEMÁN GAVÍN, Juan. *Derecho a la salud y administración sanitaria*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989. pp. 30-31.

³⁷⁰ Cfr. SAN MARTÍN, Hernán. *Salud y enfermedad*. México D.F.: La prensa mexicana, 1988. pp. 10 y ss.

Por su parte, Adela Cortina afirma que acoger la definición de la OMS crearía enormes frustraciones, porque no existe sociedad que pueda conseguir que todos sus miembros gocen de ese perfecto bienestar físico, mental y social. Propone definir la salud como "la experiencia de bienestar e integridad del cuerpo y de la mente, caracterizada por una aceptable ausencia de condiciones patológicas y, consecuentemente, por la capacidad de la persona para perseguir sus metas vitales y para funcionar en su contexto social y laboral habitual".³⁷¹

Laín Entralgo, en un tono más fuerte y bajo una lógica de reducción al absurdo, afirma que la definición de salud de la OMS responde a la formulación de una falsedad y la proclamación de una utopía. En el primer caso, reflexiona sobre el malestar social que sufren los que viven en una sociedad social y políticamente injusta, el obrero injustamente tratado o el apuro de uno que se examina ¿se trata de personas que no gozan de salud?

En el segundo caso, afirma que una vida humana en la que el malestar físico, social y mental haya sido totalmente eliminado, son metas a las que conviene aproximarse pero que no son reales ni de llegada efectiva. Precisa que la salud es, por esencia, relativa a lo que se encuentra en el cuerpo del sujeto sano, al modo como este vive y a lo que él quiere y puede hacer.³⁷² La define como "un hábito psicoorgánico al servicio de la vida y la libertad de la persona, y consiste tanto en la posesión de esa 'normalidad' objetiva³⁷³ y esa 'omalía' subjetiva³⁷⁴, como en la capacidad física para realizar con la mínima molestia, con el daño mínimo y, si

³⁷¹ CORTINA ORTS, Adela. Ética, tecnología y salud. En: GARCÍA CALVENTE, María. *Ética y salud*. Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública, 1988. pp. 35-36.

³⁷² La "salud perfecta" - definida como un sentimiento de bienestar con un rendimiento vital utilitario y biográfico y una conducta social manifiestamente normal y descentrada (el sujeto no la percibe) - es un estado límite, una utopía que se tiende a alcanzar sin conseguirlo nunca. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., p. 198.

³⁷³ Para LAÍN ENTRALGO, cumple bien el rol de sano, entre otros rasgos, la persona que ajusta su conducta personal a ciertas "normas sociales", reglas para una vida ordenada en el seno de una sociedad. Asimismo, la salud se atribuye al organismo cuya exploración morfológica y funcional ofrezca datos ajustados a la norma biológica de la especie, es decir, resultados estadísticamente normales. *Ibid.*, p. 190

³⁷⁴ "Omalía" es una palabra que Laín deriva del griego "omalós" (lo no desigual, lo liso y lo regular) y refiere al sentimiento inmediato del hombre de básica semejanza vital con las demás personas con quienes se relaciona, de no ser anómalo respecto de ellas. *Ibid.*, pp. 192-193

fuese posible, con bienestar o gozo verdaderos, los proyectos vitales de la persona en cuestión".³⁷⁵

De manera más sistemática, Goldberg, citado por Pineault y Daveluy³⁷⁶, clasifica las definiciones planteadas por diversos autores sobre el concepto salud en tres enfoques:

- i. Enfoque perceptual: define la salud como una percepción de bienestar, como es el caso de la definición de la OMS.
- ii. Enfoque funcional: describe la salud como el estado de capacidad óptima de un individuo para el cumplimiento eficaz de las funciones y tareas para las que ha sido preparado (personales, sociales y laborales). Tal es el caso de la definición aportada por la RAE.³⁷⁷
- iii. Enfoque que utiliza el concepto "adaptación": define la salud como la adaptación acertada y permanente de un organismo a su entorno. La enfermedad se configura como un defecto de adaptación.

En el plano de la organización estatal, para Pineault y Daveluy³⁷⁸, las definiciones propuestas, comenzando por la de la OMS, son poco prácticas para el planificador sanitario, que pretende estructurar un sistema institucional de protección de la salud a largo plazo. Sostienen que los autores suelen estar de acuerdo en que la mortalidad, morbilidad, los factores de riesgo y de incapacidad son medidas negativas del concepto salud que se mantendrán vigentes durante mucho tiempo, por tanto, estos aspectos negativos se convierten en el principal objeto de preocupación para el planificador sanitario. Ello se acepta, reconociendo que aunque es más favorable definir la salud por su aspecto positivo (estado de completo bienestar), no es fácilmente medible en objetivos concretos.

³⁷⁵ *Ibid.*, pp. 198 y ss.

³⁷⁶ Cfr. PINEAULT, Raynald; DAVELUY, Carole. *La planificación sanitaria: Conceptos, métodos, estrategias*. Barcelona: Masson, 1994. pp. 2 y ss.

³⁷⁷ Salud. (Del lat. *salus*, -ūtis). f. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [ref. de 22 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://rae.es/rae.html>.

³⁷⁸ Cfr. PINEAULT, Raynald; DAVELUY, Carole, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

Aunque el planificador deba adoptar una definición operativa de salud, Pineault y Daveluy advierten que se vienen realizando progresos en este campo y que se vislumbra un nuevo paradigma de la salud que apela al concepto funcional: "un individuo de buena salud es aquel que es capaz de funcionar tan eficazmente como le es posible en su medio, y de consagrarse plenamente a sus proyectos". Esta definición introduce, nuevamente, un componente subjetivo importante, toda vez que tiene su fundamento en la percepción que tiene el individuo de su propia funcionalidad y está relacionada con las expectativas acerca de su calidad de vida. Ello hace de la salud un concepto relativo y multidimensional: independientemente de la definición médica de la morbilidad, lo que constituye una enfermedad o no siempre está referido a un contexto social y cultural en el que evoluciona el individuo (existen enfermedades que son aceptadas socialmente, según el contexto cultural que se trate, por ejemplo, la elefantiasis en las mujeres africanas, es tan común que de no poseerla, no pueden casarse).³⁷⁹

Esta realidad conceptual parece recogida en la definición de salud del Diccionario Espasa Calpe: "Estado corporal y psíquico que permite desarrollar las actividades diarias. Dado que la vida cotidiana de cada persona tiene unas exigencias distintas de tipo físico, el estado de la salud depende de la forma de vida de la persona. El médico no puede aplicar tratamientos de modo normalizado basándose solamente en las lesiones que observa, sino que debe hacerlo tomando como base el tipo de vida que lleva el paciente, que ha de conocer por medio del diálogo con él. Así, aunque padezcan la misma enfermedad, los distintos pacientes exigen distinta intensidad de tratamiento o alivio, dependiendo de sus características peculiares."³⁸⁰

³⁷⁹ *Ibid.*, pp. 3 y ss.

³⁸⁰ UNIVERSIDAD DE NAVARRA. Facultad de Medicina. *Diccionario de Medicina*. Madrid: Espasa Calpe, 1999

Sin perjuicio de lo expuesto, la jurisprudencia europea y nacional recoge el concepto de salud enunciado por la OMS, en sus diferentes niveles jerárquicos y sobre diversos temas.³⁸¹

En el ámbito sanitario tenemos el caso de la sentencia de 8 de julio de 2003 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) en el caso *Hatton y otros* contra Reino Unido, sobre problemas de salud derivados del incremento en el tráfico aéreo nocturno en el aeropuerto de Heathrow y por la inexistencia en derecho interno de un recurso efectivo para defender sus derechos frente a las agresiones al medio ambiente que afectan a la calidad de la vida privada (ruidos, malos olores, emisiones); y la sentencia de 9 de septiembre de 2003 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) en el caso *Landeshauptstadt Kiel* contra *Norbert Jaeger*, sobre la interpretación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.³⁸²

En España, la Sentencia de 9 de febrero de 2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que estima parcialmente el recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Biólogos contra el Real Decreto 1379/2009, de 28 de agosto, hace referencia al concepto de la OMS con el fin de reconocer la competencia de los biólogos para enseñar un módulo acerca de higiene y seguridad aplicadas en centros de belleza.³⁸³ Esta misma Sala, en la sentencia de 25 octubre 2011 que estima parcialmente el recurso interpuesto por la Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física (SERMEF), contra la Orden CIN/2135/2008, de 3 de julio, de la Ministra de Ciencia e Innovación, por la que se establecían los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitaran para el ejercicio de la profesión de Fisioterapeuta, si bien

³⁸¹ Cfr. Sentencias en las que los Tribunales acogen la definición de la OMS en el ámbito distinto del sanitario: STSJ de Andalucía, núm. 649/2010 de 8 noviembre de 2010 sobre concesión de permiso por licencia por enfermedad; SAP de Huelva, núm. 37/2007 de 18 de julio de 2007 sobre procedimiento de ejecución de título judicial (alimentos familiares).

³⁸² Cfr. STEDH (Gran Sala) de 8 de julio de 2003, en el caso *Hatton y otros* contra Reino Unido; TJCE (Pleno) de 9 de septiembre de 2003, en el caso *Landeshauptstadt Kiel* contra *Norbert Jaeger*.

³⁸³ Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de febrero de 2011.

reconoce la vigencia de la definición de salud de la OMS, establece que se trata de "un concepto susceptible de observación, análisis y tratamiento por cada una de las profesiones sanitarias conforme las funciones específicas que a cada una de estas corresponde".³⁸⁴

La Sentencia de 27 septiembre del Tribunal Supremo, aunque no hace referencia al autor (OMS) asume como válida la definición acerca del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico, amparándose en jurisprudencia anterior.³⁸⁵

Algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, utilizan la definición de la OMS para cuestionar el límite entre la medicina satisfactiva y curativa:

Resulta de cualquier forma, en orden a la aplicación de esa distinción entre medicina curativa y satisfactiva, que la OMS define la salud como "el estado completo de bienestar físico, mental y social y no sólo la ausencia de enfermedad" habrá entonces que preguntarse sobre el verdadero alcance de medicina satisfactiva, a ajustar su aplicación a sus verdaderos límites atendiendo al caso concreto. Ya la Jurisprudencia pone de relieve que no siempre es fácil determinar cuando estemos en presencia de una u otra, y así cabe preguntarse si un implante dentario con anestesia general habrá de calificarla de una u otra manera, o la reconstrucción de los dientes en persona que ha sufrido un gravísimo accidente.³⁸⁶

En líneas generales, la jurisprudencia admite la validez de la definición de la OMS en sus fundamentos de derecho, lo cual no significa –como recientemente ha manifestado el Tribunal Supremo– que dicho concepto no pueda ser susceptible de observación, análisis y tratamiento por cada una de las profesiones sanitarias, de conformidad con las funciones específicas que les corresponden.

³⁸⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de octubre de 2011.

³⁸⁵ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 583/2010 de 27 de septiembre de 2010, núm. 534/2009 de 30 de junio de 2009 y núm. 778/2009 de 20 de noviembre de 2009.

³⁸⁶ Cfr. SAP de Madrid (Jurisdicción Civil), núm. 587/2009 de 20 noviembre de 2009 y núm. 12/2011 de 13 enero de 2011.

En el plano legislativo, el literal a) del artículo 2 de la LOIVE, reproduciendo el texto de la OMS, define expresamente la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

1.2. DEFINICIÓN DE ENFERMEDAD

Antes o después todos enfermamos: falla el cuerpo o la mente, hay dolor y al mismo tiempo sufrimiento, ocasionado de manera directa por la enfermedad o indirecta por el miedo de lo que sucederá con nuestras vidas. Pueden existir diferencias en torno al grado de tolerancia y el significado que se les atribuya, o en la forma cómo las sociedades responden a éstos. En todo el mundo y durante el ciclo vital del ser humano, se reconocen los accidentes, las lesiones, y todos aquellos sucesos que afectan al correcto funcionamiento del cuerpo, que hacen consciente al hombre de su dependencia física y social de los demás para remediar la incapacidad de llevar la propia vida y enfrentarse al entorno.³⁸⁷

La enfermedad es, pues, una realidad que enfrenta todo ser humano y la sociedad en su conjunto y que ha recibido diferentes denominaciones en varias lenguas. En griego se utilizan las palabras *nosós* (daño), *páthos* (padecimiento, afección, dolencia, pasión), *asthéneia* y *arrosía* (debilidad, desvalimiento) para denominar el estado de enfermedad. En latín, *morbus* (lo que hace morir), *passio* (padecimiento, pasión), *aegrotatio* (de *aeger*, el que gime o está de mal talante), *infirmetas* (debilidad, falta de firmeza). En francés, *maladie*, *infirmeté* y *affection*; en alemán, *krank* y *siech*; en inglés *illness*, *sickness* y *disease*. En español se usan como sinónimos mal, dolencia, enfermedad, padecimiento y afección.³⁸⁸

El diccionario de Medicina Espasa Calpe define la enfermedad como la alteración patológica de uno o varios órganos, que da lugar a un conjunto de síntomas

³⁸⁷ Cfr. HASTINGS CENTER, *op. cit.*, pp. 31-32.

³⁸⁸ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

característicos.³⁸⁹ Tradicionalmente se la ha tratado, en términos generales, como ausencia de salud. En este sentido, entendemos que la RAE la defina como la alteración más o menos grave de la salud (del latín *Infirmitas*).

San Martín afirma que esta concepción acerca de la enfermedad carece de vigencia en la actualidad debido a la existencia de grados de enfermedad que impiden su diagnóstico y su percepción por el enfermo. La enfermedad solo adquiere sentido si es tomada en función del hombre como unidad biológica-psicológica-social. En este sentido, define la enfermedad como un estado de desequilibrio biológico-ecológico o como una falla de los mecanismos de adaptación del organismo y una falta de reacción a los estímulos exteriores a los que está expuesto. Este proceso termina por producir una perturbación de la fisiología y/o de la anatomía del individuo.³⁹⁰

Como corolario, afirma que el problema de la salud y la enfermedad "no es solo privativo del médico clínico, ya que se relaciona con el ambiente o la calidad de vida de la población y del individuo, con su cultura y educación, con los comportamientos sociales, con el nivel de desarrollo social."³⁹¹

Una de las figuras más importantes de la patología general europea de finales del siglo XIX, Cohnheim trata la enfermedad como una desviación del proceso normal de la vida producida por una acción perturbadora de las condiciones externas y de los poderes internos del organismo. En España, las definiciones de Letamendi y Corral y Maestro están ampliamente difundidas en las cátedras de Medicina. El primero afirma que la enfermedad es una perturbación vital relativa ocasionada por causa cósmica, determinada por aberración física de la energía individual y caracterizada por trastornos plástico-dinámicos. El segundo, la define

³⁸⁹ Cfr. UNIVERSIDAD DE NAVARRA. Facultad de Medicina, *op. cit.*

³⁹⁰ Cfr. SAN MARTÍN, Hernán, *op. cit.*, p. 13.

³⁹¹ *Ibid.*, pp. 12 y ss.

como un modo de vivir anormal en que el organismo reacciona contra algún daño.³⁹²

Para Laín Entralgo, un ser vivo no puede no enfermar. La enfermabilidad es una propiedad "defectiva" inherente a su propia naturaleza (el sujeto siempre puede padecer algo por ser lo que es, por su esencia). La enfermedad se configura entonces como un estado vital en el que podemos advertir dos momentos: en primer lugar, un desorden morfológico (en la estructura) y funcional (en la dinámica) del individuo enfermo y en segundo lugar, y dentro de este desorden, una reacción de carácter autorreparador, consecutiva a ese desorden y adecuada a él, que puede terminar en la curación plena, el fracaso parcial (cicatriz) o total (destrucción o muerte de la estructura).³⁹³

No obstante lo anterior, reconociendo la dificultad técnica de llegar a un consenso, Laín Entralgo se aventura a establecer dos definiciones complementarias de la enfermedad humana. La primera la percibe como un modo aflictivo y anómalo del vivir personal, reactivo a una alteración del cuerpo psico-orgánicamente determinada; alteración por obra de la cual padecen las funciones y acciones vitales del individuo afecto y reacción en cuya virtud el enfermo puede o no volver al estado de salud (enfermedad curable, muerte por enfermedad mortal o deficiencia mental por enfermedad cicatrizal). En la segunda define la enfermedad como un modo aflictivo y anómalo de la *realización hacia* de la vida del hombre, en la medida que se encuentra, consciente o inconscientemente, determinado o condicionado por una alteración patológica del cuerpo y alguna peculiaridad nosógena del entorno cósmico y social.³⁹⁴

Por su parte, Pineault y Daveluy se refieren a una definición social de enfermedad que es importante cuando se trata de instaurar programas sanitarios. Muchos

³⁹² Cfr. Julius Friedrich Cohnheim (Prusia), José de Letamendi (Barcelona) y León Corral y Maestro (Valladolid) citados por LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., pp. 215-217.

³⁹³ *Ibid.*, pp. 203 y ss.

³⁹⁴ *Ibid.*, pp. 223 y 226

proyectos financiados por países desarrollados en los países en vías de desarrollo han fracasado por no tener en consideración esta realidad.³⁹⁵

En el ámbito normativo internacional, el Reglamento Sanitario Internacional (2005) elaborado por la OMS, adoptado por la 58ª Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005 y vigente desde el 15 de junio de 2007, define la enfermedad como toda dolencia o afección médica, cualquiera sea su origen o procedencia, que entrañe o pueda entrañar un daño importante para el ser humano.³⁹⁶

También en el ámbito de la OMS, la Clasificación Internacional de Enfermedades-CIE 9 aunque no define expresamente el concepto enfermedad, establece un conjunto de datos que recogen los datos de mortalidad y la morbilidad en el ámbito nacional e internacional. En este sentido, se puede afirmar que define implícitamente la enfermedad como todo aquello que causa defunciones, enfermedades y traumatismos (mortalidad y morbilidad). Esta clasificación constituye el límite de referencia para la categorización de los problemas atendidos y su proceso de atención en el Sistema Nacional de Salud español.³⁹⁷

Por su parte, la legislación española hace referencia a la enfermedad y la promoción de la salud en varios textos vinculados con el ámbito sanitario, tales como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS); la Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad (LGS); Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones

³⁹⁵ Cfr. PINEAULT, Raynald y DAVELUY, Carole, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

³⁹⁶ La finalidad y el alcance del Reglamento Sanitario Internacional (2005) son prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales. Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Reglamento sanitario internacional*. Ginebra: OMS, 2008.

³⁹⁷ Cfr. COMMISSION ON PROFESSIONAL AND HOSPITAL ACTIVITIES. *Clasificación Internacional de Enfermedades: 9ª revisión: Modificación clínica*. 8va. Edición. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2012. p. VII y ss.

Sanitarias (LOPS); Ley 33/2011, de 4 de octubre, Ley General de Salud Pública (LGSP), pero no plantean una definición de la misma.

Incluso el artículo 116 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al hacer referencia al concepto de "enfermedad profesional", la define como "la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley"³⁹⁸, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional", sin definir previamente los parámetros del concepto "enfermedad", por lo que, según la redacción de la norma, se trata de concepto técnico-jurídico más que de una realidad propiamente médica (la enfermedad debe estar incluida en el cuadro legal y ser causado por los elementos incluidos en esta norma para que se constituya como tal).³⁹⁹

De todo lo anterior deducimos que, para el derecho positivo, la dicotomía salud/enfermedad ha sido superada, dado que el concepto actual de salud, sobrepasa la ausencia de enfermedad y se presenta como relativa a un tiempo y espacio económico-social e histórico-cultural determinado. Lo mismo corresponde decir del concepto enfermedad, que es definido bajo un prisma integrado por dimensiones biológicas, psicológicas y sociales. No cabe duda, pues, que el legislador o el juez, en muchas ocasiones, no reconocen o no toman en cuenta la antropología que se esconde detrás de dichos conceptos.

No obstante ello, conviene recordar con Sgreccia que "para definir salud y enfermedad es necesario afrontar la cuestión de la naturaleza y la cuestión de la condición humana, la cual, a diferencia de la naturaleza medioambiental, se

³⁹⁸ Cfr. Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro.

³⁹⁹ Para mayor análisis de la cuestión acerca del concepto legal. Cfr. BARCELÓN COBEDO, Susana. El valor de la presunción del art. 116 de la Ley General de Seguridad Social. *Aranzadi Social*. 2011, vol. 3, núm. 19, p. 4; GÓMEZ GORDILLO, Rafael. Comentario a la STSJ de Navarra de 19 de abril de 2006. *Aranzadi Social*. 2011, vol. 3, núm. 22, p. 5.

caracteriza tanto por su naturalidad (el hecho de que su ser viene dado), como por su capacidad de proyectar y de integrar los mismos pasos de la naturaleza (es decir, de su ser libre)." Por eso podemos afirmar que el hombre va más allá de la naturaleza en cuanto puede pensar y plasmar, aunque participa de ella. Si consideramos que la naturaleza es solo lo que es cognoscible a través de la ciencia y la tecnología, entonces no es fácil comprender su carácter normativo. Pero, si la naturaleza o la realidad –de la que participa el hombre– posee un carácter inteligible, entonces, la cuestión filosófica sobre los límites y los fines que el hombre debe plantearse voluntariamente cuando actúa, tiene sentido.⁴⁰⁰

2. DEFINICIÓN DE PRESTACIÓN SANITARIA

Las prestaciones sanitarias o atenciones sanitarias son definidas como actividades o procesos que ofrecen atención e información específica para intentar recuperar la salud de un paciente o de una población determinada o que intentan evitar la pérdida de la salud mediante la prevención y que, en todo caso, buscan aliviar el dolor y brindar consuelo. Son realizadas por profesionales sanitarios cualificados (médicos, enfermeras, etcétera) en instituciones sanitarias autorizadas o acreditadas (consultorios privados, centros de salud, hospitales) que se organizan en redes asistenciales, con varios niveles de complejidad (según el tipo de servicio que presta cada una de ellas).

Para hacer llegar la atención sanitaria a los pacientes, usuarios y a la población en general, se necesita una organización sanitaria (un sistema sanitario de origen público o privado) que será más o menos compleja según el tiempo y espacio en que nos encontremos.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Cfr. SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos y ética biomédica*. Vol. 1. Madrid: BAC, 2009. pp. 275 y ss.

⁴⁰¹ Existe un concepto estrechamente vinculado al de prestación sanitaria en el ámbito de la planificación, el producto sanitario, que viene a ser la atención sanitaria completa, adecuada a los requerimientos concretos, y tiene como finalidad satisfacer las necesidades de cuidado y atención de un tipo especial de cliente: el paciente o usuario sanitario, a cambio del cual dichos beneficiarios están dispuestos a pagar un precio, honorarios, pólizas de seguro o impuestos. Cfr. SANTOS GÓMES, Álvaro y LAMATA COTANDA, Fernando. *Atención sanitaria y redes de*

Para una recta configuración de la prestación sanitaria y un nivel óptimo de accesibilidad a cada individuo y a la población en general, es necesario que se den los siguientes elementos: organización institucional (sistema sanitario); contenido de la prestación (incluye actividades o procesos que ofrecen atención e información específica, con una doble finalidad: aliviar el dolor y brindar consuelo y recuperar la salud o prevenir su pérdida); lugar de realización de la prestación (una institución sanitaria autorizada o acreditada, organizada en áreas asistenciales, con varios niveles de complejidad); sujeto activo (profesional sanitario cualificado); y sujeto pasivo (paciente o usuario sanitario).⁴⁰²

2.1. ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

En el caso español, tanto las prestaciones sanitarias que brinda el Estado como su estructura organizativa básica, son reguladas por la LGS, en virtud del mandato constitucional del artículo 43 CE⁴⁰³, cuyo logro principal es haber creado un marco general –organizativo y competencial– necesario para la acción pública sanitaria descentralizada, sobre la base de valores como la igualdad y solidaridad.⁴⁰⁴

El artículo 43.2 CE adjudica al Estado la obligación de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, de lo que se deduce que no es posible plantear una política sanitaria

servicio. En: REPULLO LABRADOR, José y IÑESTA, Antonio (eds.). *Sistemas y servicios sanitarios*. Madrid: Díaz de Santos, 2006. pp. 4 y ss.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ CE. Artículo 43 [Protección de la salud]. (1) Se reconoce el derecho a la protección de la salud. (2) Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. (3) Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

⁴⁰⁴ La LGS dio respuesta y desarrollo a las previsiones constitucionales del artículo 43 CE, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuidad del sistema; la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito; la descentralización política de la sanidad; la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de atención primaria que ponía el énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica. Esta y otras cualidades atribuidas a la LGS, Cfr. PEMAN GAVÍN, Juan, *op. cit.*, pp. 30-31.

privada, al margen de los poderes públicos. En este contexto, el artículo 44 LGS crea el Sistema Nacional de Salud, integrado por todas las estructuras y servicios públicos vinculados al servicio de la salud, prestados por la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas.

Por tanto, mientras las Comunidades Autónomas asumen la responsabilidad de los servicios sanitarios, el Estado se encarga de la dirección –básica– y su coordinación, que pretende asegurar la igualación de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones a nivel nacional.

Según el artículo 46 LGS, el Sistema Nacional de Salud se caracteriza no solo por establecer una organización adecuada para prestar una atención integral a la salud (que incluya actividades de promoción, prevención de la salud, curación y rehabilitación) sino también por extenderlos a toda la población, procurar altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados y establecer su financiamiento a partir de recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios.

Sin perjuicio de lo expuesto, los artículos 88 y 89, Título IV Sobre las Actividades Sanitarias Privadas, reconocen el libre ejercicio de las profesiones sanitarias, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y 36 CE y la libertad de empresa en el sector sanitario (artículo 38 CE). Asimismo, se abre la posibilidad de la gestión concertada, es decir, que centros privados realicen actividades asistenciales por cuenta del sistema sanitario público con financiación pública.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ Cfr. PEMAN GAVÍN, Juan, *op. cit.*, pp. 30-31.

2.2. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN

Sobre el contenido de las actividades sanitarias que serán brindadas por el Sistema Nacional de Salud, el artículo 18 LGS recoge un amplio abanico de prestaciones sanitarias que serán brindadas por las Administraciones Públicas, a través de sus servicios de salud y de los órganos competentes en cada caso:

- Educación sanitaria
- Atención primaria integral de la salud (incluye las acciones curativas, rehabilitadoras, de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad del individuo y de la comunidad)
- Asistencia sanitaria especializada (que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación)
- Productos terapéuticos precisos
- Salud pública (saneamiento, higiene ambiental, investigación epidemiológica, etcétera)
- Planificación familiar
- Promoción y mejora de la salud mental
- Protección, promoción y mejora de la salud laboral
- Formación sanitaria

El Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, define por primera vez las prestaciones sanitarias específicas, brindadas por el Sistema Nacional de Salud a toda la población y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad. Esta norma fue afectada, en parte, por la LCCSNS, que ordena, actualiza y complementa el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud con el objeto de garantizar la equidad, calidad y participación social de la población.

La LCCSNS ha fijado las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias en los siguientes ámbitos:⁴⁰⁶

- Prestaciones del Sistema Nacional de Salud
- Farmacia
- Profesionales sanitarios
- Investigación
- Sistema de información sanitaria
- Calidad del sistema sanitario

Respecto a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, el artículo 7 LCCSNS desarrolla tres conceptos importantes:

- i. Prestaciones de atención sanitaria: Incluye los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud que brinda el Sistema Nacional de Salud, dirigidos a los ciudadanos.
- ii. Catálogo de prestaciones: Busca garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral continuada, en un nivel apropiado y comprende las siguientes prestaciones: salud pública⁴⁰⁷, atención primaria⁴⁰⁸, atención especializada⁴⁰⁹, atención sociosanitaria⁴¹⁰, atención

⁴⁰⁶ Estos seis ámbitos representan para el ciudadano –según el preámbulo de la LCCSNS– la seguridad de las prestaciones en todo el territorio del Estado, que los profesionales sanitarios tendrán las mismas garantías de competencia profesional, que la investigación se orientará a las necesidades de salud de la población, que la información sanitaria fluirá en todo el sistema y que la calidad será un objetivo común dentro del Sistema Nacional de Salud. Además de lo anterior, esta ley ofrece mecanismos de cooperación y coordinación en dos dimensiones: por un lado, en asistencia sanitaria, regulando los planes integrales de salud, para que las Administraciones sanitarias adopten un enfoque integral en la atención a las enfermedades más prevalentes; y por otro, en salud pública, identificando aquellos ámbitos en los que se requiere un enfoque conjunto.

⁴⁰⁷ LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 11 [Prestaciones de salud pública] (...) Conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población. Es una combinación de ciencias, habilidades y actitudes dirigidas al mantenimiento y mejora de la salud de todas las personas a través de acciones colectivas o sociales.

⁴⁰⁸ LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 12 [Prestación de atención primaria] (...) Es el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprenderá actividades de

de urgencias⁴¹¹, prestación farmacéutica⁴¹², prestación ortoprotésica⁴¹³, productos dietéticos⁴¹⁴, transporte sanitario⁴¹⁵, otras prestaciones establecidas por las Comunidades Autónomas, no financiadas con fondos públicos.⁴¹⁶

promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social.

⁴⁰⁹ LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 13 [Prestación de atención especializada] (...) Comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquellas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel.

⁴¹⁰ LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 14 [Prestación de atención sociosanitaria] (...) Comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social.

⁴¹¹ LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 15 [Prestación de atención de urgencia] (...) Se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata. Se dispensará tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente, durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería.

⁴¹² LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 16 [Prestación farmacéutica] (...) Comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad. (...) Se registrará por lo dispuesto en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y por la normativa en materia de productos sanitarios y demás disposiciones aplicables.

⁴¹³ LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 17 [Prestación ortoprotésica] (...) Consiste en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien de modificar, corregir o facilitar su función. Comprenderá los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente.

⁴¹⁴ LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 18 [Prestación de productos dietéticos] (...) comprende la dispensación de los tratamientos dietoterápicos a las personas que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos, la nutrición enteral domiciliaria para pacientes a los que no es posible cubrir sus necesidades nutricionales, a causa de su situación clínica, con alimentos de uso ordinario.

⁴¹⁵ LCCSNS. CAPÍTULO I. De las prestaciones. SECCIÓN 1ª. Ordenación de prestaciones. Artículo 19 [Prestación de transporte sanitario] (...) que necesariamente deberá ser accesible a las personas con discapacidad, consiste en el desplazamiento de enfermos por causas exclusivamente clínicas, cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte. Esta prestación se facilitará de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por las Administraciones sanitarias competentes.

⁴¹⁶ RDCSCSNS. Artículo 11 [Cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas] (concordado con artículo 20 LCCSNS) (1) Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán, cuando menos, la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, la cual debe garantizarse a todos los usuarios del mismo. (2) Las Comunidades Autónomas podrán incorporar en sus carteras de servicios, una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, para lo cual establecerán los

- iii. Cartera de servicios (básicos): Se define como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante el que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias (artículo 20). Esta categoría es acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Mediante Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (RDCSCSNS). Los servicios contenidos en esta cartera tienen la consideración de básicos y comunes, entendiendo por tales los necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud (artículo 3).

El artículo 5.4 –concordado con el artículo 21.5 LCCSNS– considera como criterios de exclusión, entre otras, a toda actividad que implique el uso las técnicas, tecnologías o procedimientos que:

- No esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento.
- No guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita.
- Tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares.

recursos adicionales necesarios. En todo caso, estos servicios complementarios, que deberán reunir los mismos requisitos establecidos en el artículo 5, no estarán incluidos en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

2.3. SUJETO ACTIVO Y LUGAR DE LA PRESTACIÓN SANITARIA

En cuanto al sujeto activo de la prestación sanitaria, el artículo 4 RDCSCSNS –concordado con el artículo 9 LCCSNS– dispone que las prestaciones sanitarias detalladas en la cartera de servicios comunes deberán ser realizadas por los profesionales sanitarios titulados –regulados por la LOPS– conforme a las normas de organización, funcionamiento y régimen de los servicios de salud. Todo ello sin menoscabo de la colaboración de otros profesionales en el ámbito de sus respectivas competencias.

Respecto al lugar de la prestación sanitaria, este mismo artículo determina que la cartera de servicios comunes únicamente será facilitada por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, debidamente autorizados conforme a lo estipulado en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, la normativa autonómica vigente y, en su caso, la normativa específica que regule su actividad. Se exceptúan las situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios que brinda el Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá al reembolso correspondiente.

De lo expuesto se deduce que las prestaciones sanitarias brindadas por el Sistema Nacional de Salud se encuentran taxativamente enunciadas en la cartera de servicios que desarrolla el catálogo de prestaciones sanitarias establecido en la LCCSNS. Si no está expresamente apuntado en la norma, no es posible acceder a la prestación con fondos públicos (tal es el caso, por ejemplo, de la cirugía estética).

Estos servicios básicos deben ser realizados por profesionales sanitarios titulados, regulados por la LOPS, en centros autorizados o acreditados según la normativa vigente.

2.4. SUJETO PASIVO DE LA PRESTACIÓN

El artículo 1 LGS destaca como beneficiarios del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. En el caso de los extranjeros no residentes en España y los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan. Se promueve así el principio de universalización de la protección del derecho a la protección de la salud enunciado en el artículo 43 CE.

Sobre la denominación que reciben estos beneficiarios, el preámbulo de la LGS, junto a los artículos 43 y 51 CE, hace referencia a los consumidores y usuarios. Busca proteger, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Reconoce que el derecho constitucional a la protección de la salud ha sido interpretado usualmente como derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad. Reorienta el Sistema Sanitario prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud (artículo 3).

Sin hacer distinción, los artículos 10 y 11 LGS reconocen el conjunto de derechos y deberes tanto para los enfermos como para los usuarios de servicios sanitarios, ya sean públicos (en todos los casos) o privados (en los supuestos delimitados). Los derechos se configuran como auténticos derechos subjetivos exigibles a terceros, protegidos ante los Tribunales y se definen en un doble sentido: establecen el binomio derecho-deber y amplían el concepto de enfermo-paciente por el de usuarios de los servicios sanitarios.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Cfr. RETUERTO BUADES, Margarita y SISO MARTIN, Juan. La salud, el sistema sanitario público, su protagonista: el usuario. Derecho y deberes del usuario de la sanidad. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis; LORENZO Y MONTERO, Ricardo de (dirs.). *Derecho médico: Tratado de derecho sanitario. Tomo 1*. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario, Colex, 2001. pp. 799-856.

A este proceso de universalización del derecho a la prestación sanitaria contribuye enormemente la transferencia de competencias en materia de sanidad a las Comunidades Autónomas, administraciones suficientemente dotadas y con la perspectiva territorial necesaria para ofrecer un servicio de calidad a la población correspondiente. En este contexto, la LGS concibe el Sistema Nacional de Salud como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados, y serán éstas –según precisa el preámbulo– quienes tendrán la responsabilidad de administrarlos, bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado.

3. DEFINICIÓN DE ACTO MÉDICO

Una aproximación a la normativa legal que regula las profesiones sanitarias nos permitirá esbozar la complejidad de establecer una definición unívoca de acto médico, apelando a las consecuencias que se pueden derivar de la misma. Seguidamente, luego de presentar algunas definiciones de uso frecuente, reflexionamos sobre este concepto a la luz de algunos de los elementos esenciales de la Medicina como ciencia (su finalidad, la configuración de la relación médico-paciente y el contenido del acto médico). Finalmente, presentamos el tratamiento legal, jurisprudencia y deontológico del acto médico, a la vista del ordenamiento jurídico vigente.

3.1. PROFESIONES SANITARIAS Y ACTO MÉDICO

Según el artículo 9 LCCSNS, las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado para ello. El artículo 4 RDCSCSNS precisa que, las prestaciones detalladas en la cartera de servicios comunes deben ser realizadas por los profesionales sanitarios titulados, regulados por la LOPS. Todo ello sin menoscabo de la colaboración de otros profesionales en el ámbito de sus respectivas competencias.

A tenor literal del artículo 2 LOPS, solo pueden ejecutar las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud los profesionales sanitarios titulados⁴¹⁸, es decir, aquellos profesionales cuya formación pre-graduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable.

En este marco, se estructuran las profesiones sanitarias tituladas y reguladas en tres grupos:

- i. De nivel Licenciado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Licenciado en: Medicina, Farmacia, Odontología, Veterinaria, y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para Licenciados, a que se refiere la LOCS y están regulados por el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, que determina y clasifica las especialidades en Ciencias de la Salud (RDCECSC).⁴¹⁹
- ii. De nivel Diplomado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Diplomado en Enfermería, Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Podología, Óptica y Optometría, Logopedia y Nutrición Humana y Dietética y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para tales Diplomados a que se refiere la LOCS y el RDCECSC.

⁴¹⁸ La LOPS establece una diferencia entre los profesionales sanitarios titulados (artículo 2) y los profesionales del área sanitaria de formación profesional (artículo 3), que incluye a quienes ostentan los títulos de formación profesional de la familia profesional sanidad, o los títulos o certificados equivalentes a los mismos. Los estructura en tres grupos: (a) De grado superior: quienes ostentan los títulos de Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citología, en Dietética, en Documentación Sanitaria, en Higiene Bucodental, en Imagen para el Diagnóstico, en Laboratorio de Diagnóstico Clínico, en Ortoprotésica, en Prótesis Dentales, en Radioterapia, en Salud Ambiental y en Audioprótesis. (b) De grado medio: quienes ostentan los títulos de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería y en Farmacia. (c) Los que estén en posesión de los títulos de formación profesional que, en la familia profesional sanidad, establezca la Administración General del Estado conforme a lo previsto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

⁴¹⁹ Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, que determina y clasifica las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada.

- iii. Reconocimiento legal: Como un tercer grupo, se adjudica el carácter de profesión sanitaria a la de protésico dental y la de higienista dental, de conformidad con la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y Otros Profesionales relacionados con la Salud Dental.

El artículo 6 LOPS determina el marco general de las funciones que debe desarrollar cada uno de estos profesionales sanitarios titulados (médicos, farmacéuticos, dentistas, veterinarios y los especialistas en ciencias de la salud que correspondan):

- i. Médicos: corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención.
- ii. Farmacéuticos: corresponde a los Licenciados en Farmacia las actividades dirigidas a la producción, conservación y dispensación de los medicamentos, así como la colaboración en los procesos analíticos, farmacoterapéuticos y de vigilancia de la salud pública.
- iii. Dentistas: corresponde a los Licenciados en Odontología y a los Médicos Especialistas en Estomatología, sin perjuicio de las funciones de los Médicos Especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial, las funciones relativas a la promoción de la salud buco-dental y a la prevención, diagnóstico y tratamiento señalados en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros Profesionales relacionados con la Salud Bucodental.
- iv. Veterinarios: corresponde a los Licenciados en Veterinaria el control de la higiene y de la tecnología en la producción y elaboración de alimentos de origen animal, así como la prevención y lucha contra las enfermedades animales, particularmente las zoonosis, y el desarrollo de las técnicas necesarias para evitar los riesgos que en el hombre pueden producir la vida animal y sus enfermedades.

- v. Profesionales sanitarios de nivel Licenciado, en posesión de un título oficial de especialista en Ciencias de la Salud (establecido para psicólogos, químicos, biólogos, bioquímicos u otros licenciados universitarios no incluidos en los literales anteriores): desarrollarán las funciones que correspondan a su respectiva titulación, de conformidad con lo establecido por la LOPS.

De lo anterior se desprende que, desde el punto de vista jurídico, no todos las prestaciones sanitarias reguladas en la LCCSNS y el RDCSCSNS involucran un acto realizado por un profesional médico (licenciados en Medicina o especialistas en Ciencias de la Salud, ya sea de especialidad médica o multidisciplinaria⁴²⁰), sino que pueden ser ejecutadas por un farmacéutico o un dentista. Excluimos, pues, a los licenciados en Farmacia, Odontología y Veterinaria de denominar su actividad –desde el punto de vista técnico-legal– como "acto realizado por un médico". ¿Esto significa que la atención de la salud buco-dental no constituye un acto médico?

Sobre el quehacer del médico, hemos advertido que le corresponde tanto la indicación y realización de actividades de prevención de enfermedades, promoción y mantenimiento de la salud, y el diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención. ¿Esto significa que todo acto realizado por un médico constituye un acto médico?

Existe diversidad de labores desempeñadas por los médicos, en las cuales el único factor común es el requisito de poseer el título correspondiente que acredita el conocimiento teórico en la materia. Entre ellas, Besio Rollero menciona la investigación clínica o con sujetos humanos; contralorías médicas de clínicas y hospitales; contralorías médicas en Institutos de Salud Previsionales; evaluación de riesgo en Compañías de Seguros; peritajes médicos judiciales; evaluaciones

⁴²⁰ Los especialistas en Ciencias de la Salud, con especialidades médicas o multidisciplinarias que han requerido previamente estar en posesión de un título universitario oficial que habilite para el ejercicio en España de la profesión de médico, están regulados por el anexo 1 RDCECSC.

médicas para obtención de licencias de conducir; asesorías a empresas farmacéuticas o de equipamiento e insumos clínicos. Añade otros como las intervenciones quirúrgicas destinadas a un embellecimiento o rejuvenecimiento, o aquellas destinadas a la anticoncepción (ligadura de trompas, vasectomía), cambio de sexo o aborto.⁴²¹ Nuevamente, surge una nueva cuestión ¿le corresponde al médico hacer con la misma exigencia ética todas las acciones que requieren la presencia de un profesional médico titulado? ¿Puede rechazar alguna?

Teniendo presente las interrogantes planteadas, trataremos de acercarnos a una definición de acto médico que pueda ayudarnos a responderlas.

3.2. EN BUSCA DE UNA DEFINICIÓN

La definición de acto médico ha sido abordada desde diferentes perspectivas. Vamos a dar una visión panorámica de algunas de ellas para visualizar la dificultad de establecer una definición unívoca.

Para Edmund Mezger, el acto médico es "la intervención médica sobre la persona de otro al objeto de mejorar su salud, siempre que pueda considerarse como medida adecuada, teniendo en cuenta el estado presente de nuestro saber".⁴²²

Alberto Crespi integra en la definición de acto médico "la figura del profesional de la medicina como sujeto activo necesario, considerando que el acto médico es una acción llevada a cabo por parte de un médico en el ejercicio de su actividad profesional, dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano".⁴²³

⁴²¹ Cfr. BESIO ROLLERO, Mauricio. Sobre el acto médico. *Cuadernos de bioética*. 2003, Vol. 14, núm. 50, pp. 25-38.

⁴²² EDMUND MEZGER citado por GOYENA DE LA MATA, Francisco. *La imprudencia médica: Cursos del centro de estudios judiciales. Delito contra las personas*. Vol. 4. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1990. p. 17.

⁴²³ ALBERTO CRESPI citado por GARRIDO JIMÉNEZ, José. Análisis causal del acto médico y su importancia en el consentimiento informado. En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.).

De manera más precisa, Goyena de la Mata afirma que no toda actuación realizada por un profesional de la medicina constituye necesariamente un acto médico; a efectos de su responsabilidad, queda fuera aquello que resulte desaconsejado o no tiene una finalidad exclusivamente curativa concreta y adecuada. Así, define el acto médico como aquel que exclusivamente tiende a la curación de una enfermedad, corrección de un defecto orgánico constitucional o adquirido que ponga en peligro la vida, integridad o salud de una persona.⁴²⁴

Para Martínez-Calcerrada, el acto médico es omnicomprendido de toda posible actuación del médico como tal, por lo que, puede ser concebido como "la prestación o actividad profesional del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente –la llamada *lex artis ad hoc*– un efecto terapéutico o de curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud".⁴²⁵ Nos encontramos, pues, ante un acto complejo que implica la suma de las distintas fases de actuación médica que se inicia con la primera intervención del profesional médico hasta la culminación de la prestación de sus servicios. A pesar de su diversidad, la causa que motiva la relación sigue siendo la misma durante todo el proceso. Una causa nueva llevaría a la configuración de un nuevo acto médico complejo.⁴²⁶

Ataz López define la actividad médica como "el conjunto de actos, operaciones o tareas propias, desarrolladas por los médicos y demás profesiones sanitarias, que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano y que tienden, directa o indirectamente, a la conservación, mejora y, en general, promoción de las

Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Madrid: Dykinson, 2009. p. 454.

⁴²⁴ Cfr. GOYENA DE LA MATA, Francisco, *op. cit.*, p. 17.

⁴²⁵ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis (dir.). *Derecho médico: Derecho médico general y especial*. Vol. 1. MARTÍNEZ-CALCERRADA, José María (coord.). Madrid: Tecnos, 1986. p. 69.

⁴²⁶ Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Sistemas de protección de la salud. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis; LORENZO Y MONTERO, Ricardo de (dirs.). *Derecho médico: Tratado de derecho sanitario*. Tomo 1. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario, Colex, 2001. p. 474.

condiciones de la salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas físicas, psíquicas y sociales."⁴²⁷

Complementando la definición anterior, Retuerto Buades, precisa que el acto médico es "cualquier actuación directa o indirecta sobre un cuerpo humano, por un médico, en el ejercicio de su profesión, entendiendo como médico aquel que estando en posesión del título académico de licenciado en medicina y cirugía y colegiado, ejerce la profesión médica de forma privada o por cuenta ajena".⁴²⁸

Desde el punto de vista médico-legal, Gisbert Calabuig propone la definición de acto médico como "toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, conducente a la curación de una enfermedad o a la promoción de la salud integral de la persona. Incluye, por tanto, los actos diagnósticos, curativos, de alivio del dolor, de la preservación de la salud y de la mejora del aspecto estético."⁴²⁹

De hecho, aunque las nociones apuntadas pueden parecer más o menos restrictivas del concepto de acto médico, en el sentido de no incluir, por ejemplo, la investigación científica, o el trámite documental (expedición de certificados médicos), el pretender de alguna manera la mejora de la salud –término que, como hemos visto, no tiene unos límites definidos– abre una ventana para que cualquier tipo de intervención en la que participe un médico (con título legal) pueda entenderse como acto médico.

Siguiendo a Gisbert Calabuig, nos podemos preguntar ¿por qué existen tantas definiciones? o mejor ¿por qué es importante definir el acto médico? "La cuestión no es baladí, pues el médico debe responder e informar sobre aquello que verdaderamente constituya un acto médico, que tiene una faz positiva y otra negativa". En cuanto a la positiva, recuerda que el Estado le otorga el monopolio

⁴²⁷ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985. p.29.

⁴²⁸ RETUERTO BUADES, Margarita y SIDO MARTIN, Juan, *op. cit.*, p. 812.

⁴²⁹ CALABUIG, Gisbert. *Medicina legal y toxicología*. Villanueva Cañadas, Enrique (Ed). Barcelona: Masson, 2005. p. 57.

de la práctica de estos actos y castiga el intrusismo. En el negativo, advierte que estos actos y sus actores están sometidos a control, tanto de las leyes civiles como deontológicas. Por esta razón es importante, por lo menos para el médico, a efectos de la responsabilidad moral, civil, penal, administrativa o deontológica que le corresponde, delimitar el concepto de acto médico.⁴³⁰

Entre las definiciones abordadas –en su mayoría desde la perspectiva jurídica– se puede apreciar cierto aire cada vez más totalitario que se inicia explicando el acto médico como una actuación con fines meramente terapéuticos y termina incluyendo en su seno toda intervención del profesional médico legalmente autorizado, en el ejercicio de su profesión o actividades afines (educación, formación).

3.3. UNA MIRADA DESDE LA MEDICINA

Como hemos visto en la Primera Parte de nuestro trabajo, al comentar la evolución de la RMP, la Medicina es un arte (*tékhné íatriké*) que se va separando de la superstición y la magia de los inicios y se tecnifica –conoce lo que debe hacerse y por qué debe hacerse– no para un simple conocimiento especulativo (*episteme*) sino para constituirse en un saber práctico. La Medicina es, pues, una ciencia operativa. Es ciencia en cuanto que la actividad del médico (el acto médico) debe incluir dentro de sí un conjunto de saberes técnicos y científicos; y es operativa, porque, al entrar en contacto con otro ser humano, siempre provoca una alteración (positiva o negativa) en la realidad vital del enfermo.⁴³¹

La Medicina no se entiende sino es en estrecha relación con el ser humano, que no es solo su objeto material –como lo es la piedra para el escultor– sino también el sujeto, a cuyo lado, inicia el camino para la consecución de sus fines, el más antiguo de ellos, buscar su bien en el área que conoce, recuperar la salud del

⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 57 y ss.

⁴³¹ Cfr. BESIO ROLLERO, Mauricio, *op. cit.*, págs. 25-38; LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, pp. XXVII y ss.; *id. La relación...*, *op. cit.*, pp. 233 y ss.

enfermo. En este sentido, la relación entre el médico y el paciente es un vínculo vital para que pueda desplegarse la actividad médica, el acto médico.

Con miras a esbozar una definición de acto médico, en las líneas que siguen nos aproximaremos a los elementos que configuran el acto médico: el objeto, fines y límites de la Medicina y la configuración de la relación entre el médico y el paciente.

A) OBJETO Y LÍMITES DE LA MEDICINA

La Medicina tiene como objeto material al ser humano, y como tal, encuentra en el respeto de su dignidad un primer límite a su actividad. Para que este límite funcione en la práctica es necesario que el médico reconozca al hombre, primero como sujeto y luego, como objeto de estudio.⁴³²

Laín Entralgo distingue en la RMP dos intenciones: la objetivante y la interpersonal. En la primera, uno de los dos seres humanos que se encuentran o los dos intentan convertir al otro en puro objeto, es decir, un ente carente de realidad personal y fines propios, una cosa. En el segundo caso, ambos se consideran y se tratan como personas –cualquiera sea la idea filosófica de ser personal que se tenga– es decir, cuando se relacionan asumiendo que se tratan de realidades individuales a quienes pertenece una vida, intimidad, inteligencia, libertad y capacidad de apropiación. Entonces, el momento del encuentro implica una convivencia que se realiza mediante la co-ejecución de vivencias o actos concretos conscientes y comprendidos por las partes, que favorece el conocimiento biográfico que acompaña una patología o enfermedad y hace posible una recta actuación del médico sobre el enfermo.⁴³³

⁴³² Este apartado recoge lo expuesto por LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., pp. 345 y ss.

⁴³³ *Ibid.*

Para que el médico favorezca el encuentro con el otro –el enfermo– en una relación personal (*philía* médica) no basta con poseer conocimientos técnicos, es fundamental que conozca al hombre en cuanto hombre, que posea una antropología médica que sustente su actividad. En este marco, Laín define el saber antropológico como "un conocimiento científico del hombre en tanto que sujeto sano, enfermable, enfermo, sanable y mortal".⁴³⁴ En otras palabras, se trata del estudio y conocimiento científico del hombre en cuanto ser personal, constitutivamente menesteroso, ser indigente (*ens indigens*), que puede padecer una enfermedad, que la está padeciendo, que –si la padece– puede ser técnicamente ayudado a librarse de ella o evitarla si está sano y que puede morir y muere como consecuencia de haberla padecido.

Es importante recalcar que este saber antropológico –que hunde sus raíces en la antropología general– y sólo él es el auténtico fundamento del saber médico, aunque muchas veces no sea advertido por los facultativos. Su cuerpo central se diversifica en varias disciplinas: morfología, fisiología, psicología, sociología, historia, ética, antropología cultural y estética médicas.⁴³⁵

El segundo límite se deriva del conocimiento del arte, es decir, del conjunto de saberes técnicos y científicos (clínicos y patológicos) encerrados en un contexto histórico-cultural específico (el saber técnico en países donde la estabilidad política, económica y social permite una inversión mayor de recursos en investigación médica es más desarrollado que en aquellos donde no se fomenta o no destinan recursos para ello). Aquí, el hombre –*ens indigens*– es el objeto de estudio y el arte médico pretende, de una manera técnica, devolverle la salud si la ha perdido o si nunca la ha tenido.

Ahora bien, si el médico ve al enfermo con intención objetivante, atraído por la curiosidad científica por ejemplo, puede profundizar en el saber técnico, tecnológico y científico e ir más allá de su bien, incluso perjudicarlo bajo

⁴³⁴ *Ibid.*, p. XXXI.

⁴³⁵ *Ibid.*

apariencia de "progreso para la humanidad". Por eso, citando a Besio, afirmamos que "el médico debe poseer alguna idea de cuál es ese bien que finaliza al hombre, sin esa noción, aunque sea confusa, erraría demasiadas veces insistiendo tercamente en restablecer un mero equilibrio fisiológico en un hombre anhelante de un bien más allá de ese equilibrio somático. Justamente es lo confuso de esa idea de bien total lo que explica el dilema ético del médico; muchas veces no sabe si la aplicación eficaz de su arte es todo lo bueno que merece ese hombre."⁴³⁶

B) FINES DE LA MEDICINA

El Hastings Center convocó a un grupo internacional de trabajo para la ejecución de un proyecto centrado en el estudio de los fines de la medicina a la luz de sus posibilidades y problemas contemporáneos, que contó con la colaboración de la OMS. Ha tenido como resultado el informe titulado "Los Fines de la Medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas", que representa el consenso general obtenido en cuatro años de investigación y nos servirá de base para la elaboración de este apartado.⁴³⁷

En el prólogo, Daniel Callahan, director del proyecto, reconoce que, a pesar de lo difícil de la tarea encomendada, una de las grandes satisfacciones de su labor ha consistido en "convencer a la mayoría de los escépticos de que una falta de reflexión en los fines de la medicina podría acabar socavando las bases de las reformas prácticas que necesitan, y que la formulación de preguntas básicas como ¿Qué lugar ha ocupado hasta ahora la medicina? ¿qué dirección debería tomar? ¿Cuáles habrían de ser sus prioridades futuras? no es simplemente una cuestión teórica, sino enormemente práctica si tenemos en cuenta sus implicaciones."⁴³⁸

⁴³⁶ BESIO ROLLERO, Mauricio. Sobre el acto médico. *Conamed*. 2006, vol. 11, núm. 8. p. 22; Cfr. *id.* El acto médico: ¿Una creación original? Reflexiones sobre su esencia, surgimiento y riesgos a los que se expone. *Acta Bioethica*. 2010, vol. 16, núm. 1. pág. 54.

⁴³⁷ Cfr. HASTINGS CENTER, *op. cit.* Los países participantes fueron: Alemania, Chile, China, Dinamarca, España, Estados Unidos, Holanda, Hungría, Indonesia, Italia, el Reino Unido, la República Checa, la República Eslovaca y Suecia.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 14.

La discusión sobre la naturaleza y fines de la medicina gira en torno a dos visiones opuestas y, a la vez, complementarias: una intenta discernir los fines inherentes a la medicina, mientras que la otra procura descubrir los fines creados en la sociedad, en un tiempo y en el marco de una cultura determinados.

La primera sostiene que existen fines inherentes a la Medicina, que surgen como respuesta a la experiencia humana universal de la enfermedad, que genera en el médico una necesidad de sanar, ayudar, cuidar y curar al otro. La medicina comienza, entonces, en la relación entre médico y paciente que, a su vez, genera unos valores propios para mantenerse y reforzarse (la *philía* médica). Esto le permitirá adaptarse a los valores y fines de las sociedades de las cuales forme parte, sin perder su naturaleza constitutiva. Se trata, a todas luces, de la visión que hemos propuesto en la primera parte de nuestra investigación.

Por su parte, la perspectiva social percibe la Medicina como un conjunto de conocimientos en constante evolución y de prácticas clínicas –sin una identidad definida– al servicio de los fines que la sociedad considere oportunos. Se reconoce la importancia histórica del cuidado de los enfermos y de la RMP pero la forma de interpretar la enfermedad y los mecanismos para enfrentarla son tan variados (dependen del contexto histórico, cultural, político, social y económico de que se trate) que resulta complicado establecer unos principios inherentes a la práctica médica.

A pesar de las diferencias, existe entre ambas perspectivas una relación de complementariedad en la medida que es relativamente sencillo advertir que la Medicina ha poseído desde sus inicios –y posee– unos valores fundamentales de aplicación universal y, en este sentido, mantiene unos fines que le son inherentes y constituyen su ideal. Sin perjuicio de ello, también es relativamente evidente que sus conocimientos y técnicas son fuertemente influenciados por los valores (incluyendo los éticos y religiosos) de cada sociedad. De hecho, son éstos –a través de la política– los que determinan el tipo y la cantidad de recursos sociales y económicos que serán otorgados a las necesidades sanitarias de la población.

B.1) Factores externos que afectan la delimitación de los fines

Comenzaremos por advertir que los fines de la Medicina considerados como tradicionales son: salvar y prolongar la vida, la promoción y la conservación de la salud, el alivio del dolor y el sufrimiento.

En vista de los logros alcanzados, la Medicina se ha visto paulatinamente presionada por una pluralidad de razones científicas, económicas, políticas y sociales. Entre ellas, destacaremos brevemente:⁴³⁹

- El deseo de algunas personas que asumen la salud como un derecho y no un hecho, alcanzable de manera absoluta y se afanan en mantener la belleza, el cuerpo y la juventud en estado perfecto.
- El encarecimiento de la medicina y la asistencia sanitaria por el empleo de alta tecnología para tratamientos que antes no existían, nuevas formas de rehabilitación o prolongación de la vida, que en muchos casos va dirigida para enfermedades que afectan un menor número de personas.
- El envejecimiento de la población que, en no pocos países desarrollados, origina un uso más intenso de los servicios médicos, sociales y asistenciales; que se encarecen por tratamientos prolongados y a domicilio a enfermos de edad avanzada.
- La influencia cada vez mayor que ejerce el mercado sanitario, que por su propia naturaleza, responde primordialmente a necesidades, deseos y preferencias particulares, que no se corresponden necesariamente con el bien común y que demandan un alto grado de inversión en I+D para satisfacer las demandas del público y de los profesionales sanitarios. Para paliar este coste, los gobiernos suelen recurrir a la privatización o al concierto con entidades privadas.
- Las presiones culturales que alimentan, por un lado, la creencia en la posibilidad infinita de mejorar la salud, que lleva a provocar en la población un descontento generalizado –a pesar de los avances notables–

⁴³⁹ *Ibid.*, pp. 21-28.

ante la frustración que acarrea no alcanzar sus expectativas materia de salud y, por otro, la creciente tendencia a satisfacer los deseos individuales a través de la medicina (modificar el cuerpo y abrir nuevas posibilidades biológicas a través de cirugías anticonceptivas aborto, cambio de sexo, cirugía estética), sin otra limitación que la económica.

- La "medicalización" de la vida, es decir, la aplicación del conocimiento y la tecnología médica a problemas que históricamente no se consideraban de naturaleza médica (medicamentos para problemas de infelicidad y angustias existenciales). Esto no solo genera incertidumbre acerca de la naturaleza y el ámbito propio de la Medicina, sino que aumenta el coste de la asistencia sanitaria.
- La mejora del ser humano como posibilidad médica, empleando la técnica no sólo para vencer las patologías biológicas con el fin de restaurar la normalidad sino para aumentar la capacidad del ser humano; para optimizar además de normalizar.

B.2) Conceptos relevantes

Antes de pasar a la determinación de los fines de la medicina, conviene establecer dos supuestos de partida:

- Primero, que la muerte sólo se puede posponer, no evitar.
- Segundo, que el ser humano es un *ens indigens*. La enfermedad, en términos generales, no se puede conquistar: algunas veces se pueden curar pero, en un intervalo de tiempo variable, son sustituidas por otras enfermedades en el transcurso de la vida.⁴⁴⁰

Asimismo, pasaremos a definir cada uno de ellos, según el informe del *Hastings Center* para no incurrir en los errores previamente indicados sobre el contenido de los términos clave.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., p. 345.

⁴⁴¹ Cfr. HASTINGS CENTER, op. cit., p. 35 y ss.

- i. Salud: la experiencia de bienestar e integridad del cuerpo y la mente. Se caracteriza por la ausencia de males de consideración y, por tanto, por la capacidad de una persona para perseguir sus metas vitales y desenvolverse adecuadamente en contextos sociales y laborales habituales.⁴⁴²
- ii. Mal (*malady*): aquella situación en la que una persona sufre o corre un mayor riesgo de sufrir un daño (muerte prematura, dolor, discapacidad o pérdida de libertad, de oportunidad o de placer) en ausencia de una causa externa clara⁴⁴³; en otras palabras, que el origen del daño está dentro de la persona.
- iii. Enfermedad (*disease*): alteración fisiológica o mental, basada en una desviación de la norma estadística, que causa malestar o discapacidad o bien aumenta la probabilidad de una muerte prematura.
- iv. Malestar o padecimiento (*illness*): sensación subjetiva de la persona de que su bienestar físico o mental se halla ausente o mermado, de modo que no puede desenvolverse con normalidad en la vida diaria.
- v. Dolencia (*sickness*): percepción social del estado de salud de una persona, lo cual implica normalmente que desde el exterior se percibe una alteración del funcionamiento normal, físico o mental, de la persona.
- vi. Dolor: aflicción física que puede ser agudo, punzante o penetrante.
- vii. Sufrimiento: estado de preocupación o agobio psicológico, típicamente caracterizado por sensaciones de miedo, angustia o ansiedad.⁴⁴⁴
- viii. Muerte: cesación definitiva de todas las funciones que mantienen la vida psicoorgánica del individuo en su conjunto.⁴⁴⁵
- ix. Muerte prematura: muerte producida antes de haber tenido la oportunidad de experimentar las principales posibilidades que ofrece un ciclo de vida humano, a saber: buscar y adquirir conocimientos, establecer relaciones cercanas y afectivas con otros, ver a los hijos u otras personas a su cargo

⁴⁴² Implica el énfasis tradicional en la integridad y buen funcionamiento del cuerpo, la ausencia de disfunciones y capacidad de actuar en las actividades cotidianas. *Ibid.*, p. 35.

⁴⁴³ Con la expresión "en ausencia de una causa externa clara" se pretende distinguir entre las fuentes internas de un mal y la dependencia continua de causas claramente externas a uno mismo (por ejemplo, el dolor causado por la tortura o la violencia social). *Ibid.*

⁴⁴⁴ Un dolor agudo y constante puede no ser causa de sufrimiento (sobre todo cuando se sabe que es pasajero o forma parte de un proceso de cura). Tampoco el sufrimiento implica siempre dolor: gran parte del sufrimiento propio de los trastornos mentales, o simplemente de los miedos habituales de la vida, no conlleva necesariamente dolor físico. *Ibid.*, p. 40-41.

⁴⁴⁵ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., p. 467.

llegar a adultos y hacerse independientes, poder trabajar o desarrollar los talentos individuales de otras maneras y perseguir las metas en la vida de uno y, en general, tener la oportunidad y capacidad de desarrollarse como persona.⁴⁴⁶

- x. Muerte tranquila: muerte en la que el dolor y el sufrimiento se reduzcan mediante unos cuidados paliativos adecuados, en la que al paciente nunca se le abandone ni descuide y en la que los cuidados se consideren igual de importantes para los que no vayan a sobrevivir como para los que sí.

B.3) Fines inherentes a la Medicina

Sobre la base de estas definiciones, el *Hastings Center* ha establecido cuatro fines de la Medicina: la prevención de enfermedades y lesiones y la promoción y la conservación de la salud; el alivio del dolor y el sufrimiento causados por males; la atención y la curación de los enfermos; y los cuidados a los incurables y la evitación de la muerte prematura y la búsqueda de una muerte tranquila.⁴⁴⁷ La prioridad entre ellos depende de las circunstancias concretas de la RMP.

- i. La prevención de enfermedades y lesiones y la promoción y la conservación de la salud: Corresponde a los médicos –y demás profesionales sanitarios– ayudar a los pacientes a conservar la salud y enseñarles cómo conseguirlo, pues, como el sentido común afirma, es preferible evitar las enfermedades y lesiones en la medida de lo posible; lo cual puede generar un ahorro o beneficio económico en el mediano o largo plazo.

Uno de los obstáculos más frecuentes para la consecución de esta finalidad es la consideración de que los principales determinantes del estado de salud son los ingresos, la clase social, el nivel de educación y

⁴⁴⁶ Esta noción es relativa a las circunstancias históricas y culturales específicas y a las técnicas, tecnologías y conocimientos técnicos disponibles. Cfr. HASTINGS CENTER, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, pp. 37-47.

las oportunidades sociales en general. Estos factores pueden condicionar la influencia de la Medicina en el estado de salud de una persona.

- ii. El alivio del dolor y el sufrimiento causados por males: La atención médica de hoy en día no suele cumplir correctamente con ese fin debido a la forma como los médicos comprenden y practican el alivio del dolor y el sufrimiento. Muchas veces objetivizan al paciente, lo tratan como un conjunto de órganos y no como un sujeto con una biografía personal. Aunque se conocen métodos farmacológicos eficaces para el alivio del dolor, el sufrimiento mental y emocional que acompaña en ocasiones a la enfermedad no se suele detectar ni tratar de forma adecuada.⁴⁴⁸ Se confía en los fármacos una labor que corresponde mejor a la terapia psicológica y la conmiseración.

Ahora bien, también se da cierto tipo de sufrimiento –a veces asociado a una enfermedad crónica o terminal– que puede hacer que los pacientes se cuestionen el significado de la vida misma, del bien y el mal, de la suerte y el destino personal; unos interrogantes que suelen considerarse de naturaleza espiritual o filosófica, no médica. Aquí, corresponde al médico recurrir a su propia experiencia y visión del mundo, haciendo uso no sólo de sus conocimientos médicos, sino también de los sentimientos de compasión y confraternidad entre seres humanos. La medicina de cuidados paliativos resulta ser, en este sentido, un área incipiente de gran importancia que aborda cuestiones complejas que aún no se entienden plenamente.

- iii. La atención y la curación de los enfermos y los cuidados a los incurables: Una persona visita un médico porque se encuentra mal, ha sufrido alguna lesión o padece una discapacidad mental o física pero, en varias

⁴⁴⁸ No se comprende que el temor a la mala salud, a la enfermedad y a su padecimiento puede provocar a menudo tanto sufrimiento como su existencia real. La amenaza que representa para alguien la posibilidad de padecer dolores, enfermedades o lesiones puede ser tan profunda que llegue a igualar los efectos reales que éstos tendrían sobre su cuerpo. *Ibid.*, p. 41.

ocasiones, no muestra el órgano enfermo sino un conjunto de datos biográfico que revelan que, más que la simple cura, busca comprensión y conmiseración. El médico, por su parte, responde buscando la causa del mal, que puede estar en un órgano o miembro lesionado o enfermo ó en uno de esos puntos biográficos escuetamente enunciados por el paciente. Una vez delimitado el área dañada o enferma, intenta curar el mal y hacer que el paciente mejore o recupere su antiguo estado de bienestar y normal funcionamiento. La persona del enfermo, *ens indigens*, debe ser el punto de partida de la cura y los cuidados.⁴⁴⁹

Lamentablemente, la Medicina moderna, altamente tecnificada y masificada suele perder de vista su función humanitaria. En muchos casos, es aceptable y deseable una técnica completamente impersonal (traqueotomías de urgencia o reanimaciones cardiopulmonares); pero lo más común es que se requieran también cuidados. Éstos no consisten simplemente en manifestar preocupación, conmiseración y disposición a hablar con el paciente; sino que, a su vez, implican la capacidad para hablar, escuchar e informar de un modo tal que el paciente esté convencido que el médico conoce los servicios técnicos, sociales y asistenciales necesarios para ayudarlo a afrontar, a él y a su familia, una amplia gama de problemas no médicos que pudieran acompañar, como normalmente ocurre, a su padecimiento.

La rehabilitación es una forma de tratamiento médico que se encuentra entre la curación y los cuidados que puede conseguir –con mucho tiempo, atención, cuidados y asistencia social– la recuperación de la función normal o parcial del órgano atrofiado o ayudar a ralentizar una degeneración progresiva. En el caso de enfermos crónicos, se les debe ayudar a comprender su dolencia personal y a aprender a afrontarla y vivir con ella, posiblemente durante el resto de sus vidas. En estos casos, la labor del médico, más que curar implica gestionar la enfermedad, es decir,

⁴⁴⁹ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 453-454.

brindar al paciente una atención humanitaria y psicológica continua para que, de un modo u otro, acepte la realidad de su padecimiento.

- iv. La evitación de la muerte prematura y la busca de una muerte tranquila: El médico debe compaginar su deber de combatir la muerte con la obligación de ayudar al paciente a aceptar la muerte como el destino de todos los seres humanos, de tal forma que el tratamiento médico constituya una forma que fomente y no que amenace la muerte tranquila. Evitar la muerte prematura implica, en términos generales, ayudar a los jóvenes a llegar a viejos y, una vez logrado esto, ayudar a los ancianos a vivir el resto de sus vidas cómoda y dignamente.

En el caso de la búsqueda de una muerte tranquila, la Medicina no puede garantizar una muerte tranquila ni hacerse responsable de lo que las personas llevan consigo a su lecho de muerte, pero sí puede evitar considerar la muerte como un accidente biológico evitable o un fracaso médico. La muerte puede ser el resultado inevitable del mejor tratamiento médico.

El avance tecnológico médico en estas etapas de la vida, en vez de simplificar la muerte, la han convertido en un problema más complejo, que requiere, por ejemplo, la definición de unos patrones morales y médicos para la retirada de tratamientos de soporte vital en enfermos terminales. En estos casos, le corresponde al médico fomentar el bienestar del paciente, mantener la vida cuando sea posible y razonable, reconociendo a la muerte no como enemiga sino como parte del proceso vital del ser humano.

C) CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

El acto médico nace en la cuna de la relación entre el médico y el paciente. Se trata de un modo peculiar de relación. Laín Entralgo la define como una

cooperación cuasi-diádica de ayuda que apunta a la reconquista por parte del enfermo del hábito psicoorgánico que denominamos salud.⁴⁵⁰

Para Sgreccia, desde una perspectiva personalista, implica la fidelidad y subordinación del médico a los valores absolutos de la persona humana, en el sentido de una valoración y constante revalorización de esta relación. Se trata de un pacto entre personas donde una es la responsable principal de la iniciativa y la otra, el médico, es competente para resolver los problemas planteados, en colaboración con el paciente, siempre acordes con la finalidad de la profesión.⁴⁵¹

En ambas definiciones es posible percibir tres tipos de relaciones⁴⁵²:

- i. Una relación interhumana (entre dos seres humanos), que puede ser objetivante (tratar al otro como un objeto de estudio o un dispensador de soluciones a problemas de salud) o interpersonal (establecer con otro una meta común, entablar una relación en el plano del "nosotros", que convierte la unión dual en una *díada*). Entre ambas, se desarrolla la relación cuasi-diádica, donde la objetivación es el fin porque lo que con ella se pretende es la modificación de la realidad del otro (recobrar la salud) y la coejecución ("nosotros") es un medio necesario para conseguir el fin propuesto.⁴⁵³
- ii. Una relación de ayuda, en la que el médico asiste al enfermo tratando de que éste reconquiste para su vida el hábito psicorgánico llamado salud. Para ello, será necesario una relación objetivante, en la medida que la enfermedad es siempre y primariamente un estado del cuerpo que debe ser objetivizado y tratado por el médico para lograr su "reconstrucción". A esto debe contribuir también el enfermo y sus circunstancias biográficas, de tal forma que recobrar la salud se convierta en un trabajo conjunto.

⁴⁵⁰ Este apartado desarrolla en líneas generales lo expuesto por LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., p. 343-362.

⁴⁵¹ Cfr. SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 280 y ss.

⁴⁵² Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., pp. 345-350.

⁴⁵³ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., pp. 238 y ss.

Esta relación configura el momento afectivo que origina la amistad o *philía* médica y presenta tres modalidades: el consejo, la educación y la asistencia médica.⁴⁵⁴

- iii. Una relación técnica, que depende de los conocimientos científicos y la formación del médico, tanto a nivel intelectual como humano, que se aprecia, con mayor nitidez, en los momentos cognoscitivo (formado por el tiempo y forma de conocer el diagnóstico) y operativo (que origina el tratamiento terapéutico).

Estas tres relaciones se ven, sin duda, condicionadas por los momentos ético-religioso (el cumplimiento de las normas morales en la RMP) e histórico-social (referido a las circunstancias concretas personales, políticas, económico-sociales) de la RMP.

C.1) Fundamento de la RMP

Como se ha mencionado en la primera parte de la investigación, el fundamento último de la relación entre el médico y el paciente es la *philía* o amistad médica. La práctica médica a lo largo de su historia ha sido y es el ejercicio simultáneo de una profesión y una vocación que genera un vínculo a partir del encuentro del médico con el enfermo y que, de manera dinámica, se modula desde entonces hasta que el paciente recobra la salud, previene o aprende a convivir con la enfermedad o muerte.

Este fundamento permanece incólume a pesar de las diferentes concepciones acerca del hombre como persona: desde una visión moderna secularizada⁴⁵⁵, bajo la idea de Descartes o de Kant, el nervio de la vinculación ideal entre el terapeuta y el enfermo es la *philía iatrikê*, una relación diagnóstica y terapéuticamente

⁴⁵⁴ En un sentido similar, cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 280-282.

⁴⁵⁵ Por secularización se entiende la aventura histórica del hombre occidental moderno que se orienta y vive ateniéndose exclusivamente a las posibilidades y recursos de su propia naturaleza, sus propios impulsos, imaginaciones, razones y su propia voluntad, eliminando de su existencia histórica toda referencia a lo sobrenatural o revelado. Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, *op. cit.*, pp. 201.

amistosa con un ser capaz de proponerse fines autónomos bien que secularizada en cuanto a sus principios y a sus perspectivas. La misma perspectiva se alcanza desde una antropología naturalista –asumiendo una idea de la naturaleza distinta de la *physis* helénica– donde la RMP ha sido concebida como una forma particular de camaradería, es decir, el terapeuta le ayuda en tal caso para que, dentro de la sociedad a la que ambos pertenecen, contribuya con su salud a la realización histórica de la naturaleza humana.

En un sentido similar, la Carta de los Agentes Sanitarios fundamenta la actividad médico-sanitaria en una relación interpersonal, de naturaleza particular. Ella se constituye como "un encuentro entre una confianza y una conciencia": La confianza de un hombre marcado por el sufrimiento y la enfermedad y, por tanto, necesitado, el cual se confía a la conciencia de otro hombre que puede hacerse cargo de su necesidad y que lo va a encontrar para asistirlo, cuidarlo, sanarlo.⁴⁵⁶

El paciente no se configura solo como un caso clínico –un individuo anónimo sobre el cual se aplican los propios conocimientos– sino siempre un hombre enfermo, hacia el cual el médico adopta una actitud sincera de simpatía en el sentido etimológico del término. Ello exige amor: disponibilidad, atención, comprensión, compartir, benevolencia, paciencia, diálogo. No basta "la pericia científica y profesional", se precisa también "la participación personal en las situaciones concretas del paciente individual".⁴⁵⁷

C.2) Elementos constitutivos de la RMP

Como elementos constitutivos de la RMP vamos a enumerar tres: el fin propio de la RMP, los personajes que aparecen en escena y las circunstancias en las que se produce el encuentro.

⁴⁵⁶ PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS. *Carta de los Agentes Sanitarios*. Ciudad del Vaticano: Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, 1995. pp. 9 y ss.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 10.

Respecto al fin propio, el objetivo que persigue la relación médica es, en principio, la curación del enfermo, la reconquista de la salud que ha perdido; pero cuando la enfermedad es incurable, el fin se limita a lograr la mejor manera –o la menos mala– de convivir con la misma. Cuando la muerte del enfermo parece inevitable, el fin será la simple ayuda a mejor morir que la persona del moribundo permita.⁴⁵⁸ A esto, se agrega la iniciativa del paciente de acudir al médico como medida preventiva para evitar un deterioro posterior de su salud.

Para Sgreccia, el fin de la relación médica, entendida como causa final, es la curación o la prevención de la enfermedad, objetivo que obliga tanto al médico como al paciente. En este campo, al analizar el acto médico en sus componentes dinámicos, se obtiene como resultado una responsabilidad prioritaria general del paciente y sectorial y especializada del médico.⁴⁵⁹

Estos fines coinciden con los fines inherentes a la Medicina. Ahora bien, aunque el paciente sea el responsable prioritario de su salud, ello no implica que pueda solicitar cualquier acción del médico ni que pueda usurpar las competencias del mismo. Ambos mantienen, de manera íntegra, la obligación de actuar éticamente, de tal forma que si uno u otro requiere la realización de prestaciones ilícitas, el otro puede y debe negarse a su consecución.⁴⁶⁰

Con relación a los personajes que configuran la RMP, por un lado, aparece el enfermo o paciente –o quien actúa en su nombre– que ha tomado conciencia de alguna deficiencia en su salud y reconoce su incompetencia respecto de los síntomas o la enfermedad que le aqueja y toma la iniciativa de dirigirse al médico a fin de recuperar o prevenir el daño, pues considera que por su formación y experiencia es capaz de ayudarlo.

El motivo principal que mueve al enfermo a buscar al médico es el sentimiento del estado vital que llamamos enfermedad. Este deseo se puede percibir en

⁴⁵⁸ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., p. 352.

⁴⁵⁹ Cfr. SGRECCIA, Elio, op. cit., pp. 280 y ss.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, pp. 279 y ss.

distintos grados y modos que van desde una vehemencia de los que quieren curarse cuanto antes hasta una pasividad casi obligada por un tercero en otros; en otros casos se busca el diagnóstico, se quiere conocer qué sucede o qué pasará. También se pretende encontrar una suerte de refugio en el médico, situación originada por diferentes situaciones, por ejemplo, pretender una baja en el trabajo; la solicitud del alivio, cuidado y el apoyo que brinda la asistencia médica; la simple confirmación de que no se padece enfermedad.

Según Sgreccia, el paciente es el responsable principal de gestionar libremente su vida y su salud, pero no tiene facultad moral de hacerlo arbitrariamente sino que tiene el deber de salvaguardar su propia vida y promover su salud (no solo en el ámbito sanitario).⁴⁶¹

En el otro lado de la relación se encuentra el profesional médico, que es solicitado, escogido y/o aceptado libremente por el paciente –o su representante en caso de incapacidad legal, temporal o permanente– para ayudar a prevenir la enfermedad o curarla, rehabilitar sus fuerzas o sus capacidades. Es un prestador de un servicio cualificado y debe gozar de la habilitación legal correspondiente para el ejercicio profesional, agente principal de la relación en la medida que colabora con el paciente para alcanzar el propósito deseado, recobrar o mejorar la salud o prevenir su deterioro.

Los motivos que mueven al médico pueden ser muy variados y no excluyentes: la vocación, es decir, la inclinación del ánimo espontáneamente adquirida de ayudar al *ens indigens* a vencer las dificultades y los problemas que la naturaleza presenta o impone. Sobre esta influyen también otros aspectos como la curiosidad científica, el afán de lucro, el deber de funcionario y la voluntad de ayuda. Con vocación o no, el prestigio social del médico radica principalmente en la valoración de su competencia profesional.⁴⁶²

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Un tema interesante relacionado con la determinación del sujeto "activo" en esta relación es el caso de la medicina en equipo, Laín Entralgo afirma que si bien parece que fracciona la RMP en tantas porciones como médicos intervienen en el proceso diagnóstico y el tratamiento, lo cierto

Con respecto a las circunstancias del encuentro, la intensidad de la RMP, el nivel de implicación del médico y el enfermo en la constitución y desarrollo de la relación depende en no pocas ocasiones de la índole de la enfermedad, su gravedad o urgencia. El enfermo de sarampión o viruela establecerá una relación temporal menos profunda que el enfermo terminal, por ejemplo. Se hará necesario un estilo de comunicación particular marcado por la mirada, la palabra, el silencio, el contacto manual o la relación instrumental.

También influye en esta configuración el lugar del encuentro entre el médico y el enfermo: el consultorio, una sala de hospital, el domicilio del enfermo, un ambulatorio de una institución asistencial, una policlínica universitaria, el campo de batalla.

En este marco, para que la práctica de la Medicina sea técnica y éticamente admisible, es necesario que se cumplan tres requisitos: como elemento objetivo y finalidad, que el médico busque el bien del paciente; como elemento subjetivo, que exista consentimiento del paciente y también del médico; y como elemento social y garantía de legitimidad, el reconocimiento jurídico.⁴⁶³

D) DEFINICIÓN Y CONTENIDO DEL ACTO MEDICO

Una vez expuesto el contexto en el que surge y se desenvuelve el acto médico ensayaremos una definición que confrontaremos posteriormente con la práctica del aborto para determinar si nos encontramos ante un acto médico.

es que, para el paciente, es el equipo en su conjunto el que aparece como persona médica, y en el que pone su confianza y le exige responsabilidad en caso de negligencia. Ello sin perjuicio de que siempre uno de los miembros del equipo aparece como el Responsable de la actividad médica conjunta, llamado por la LBRAP "médico responsable".

⁴⁶³ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 285.

D.1) Definición de acto médico

Laín Entralgo define el acto médico como "el contenido de cada uno de los lapsos temporales en que la inmediata relación entre el médico y el enfermo no sufre interrupción: el tiempo dedicado a cada paciente en el consultorio privado, en el ambulatorio de la asistencia social o en la policlínica universitaria, el que dura la detención del clínico ante la cama durante la visita hospitalaria, etcétera."⁴⁶⁴ Involucra, entonces, sólo la asistencia técnica al enfermo, por tanto, no constituyen verdaderos actos médicos actuaciones auxiliares, tales como: la obtención de una radiografía, la práctica de una biopsia o la toma de sangre para un análisis inmunológico o bioquímico.⁴⁶⁵

En cada acto médico se producen cinco fases o momentos: el afectivo, el cognoscitivo, el operativo, el ético y el histórico-social. Cuando el médico se encuentra con el enfermo, cuando le asiste (*ad-sistere*, estar junto a), simultáneamente se vincula afectivamente con él, conoce o pretende conocer personalmente su enfermedad (diagnóstico), lo trata (operativo), cumpliendo o infringiendo las normas éticas que regulan su conducta (ético) y expresando conscientemente o no, la peculiaridad de su situación histórica y social. Para Laín existen actos médicos preponderantemente diagnósticos y terapéuticos, pero no exclusivamente.⁴⁶⁶

Besio, respecto a lo señalado por Laín Entralgo, afirma que el tiempo que se le brinda al paciente, así como la adecuada disposición para atenderlo, siendo herramientas altamente recomendables, no forman parte del acto médico en cuanto tal. Para este autor, el acto médico se define como aquel acto electivo realizado por un profesional cuyo campo de responsabilidad es primaria e irrenunciablemente la salud del paciente a su cargo. Busca como fin la prevención de la enfermedad o la recuperación de la salud, considerada ésta como un bien particular del hombre. Establece como limitaciones de su actuar las que son

⁴⁶⁴ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, op. cit., p. 362.

⁴⁶⁵ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *La relación...*, op. cit., p. 236.

⁴⁶⁶ *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 1, apartado 2.1.B).

propias del estado del arte y aquellas que, en el caso concreto, pueden contrariar el bien total y pleno del ser humano.⁴⁶⁷

A la vista de lo expuesto, concluimos que el acto médico es una actuación concreta realizada por un profesional médico legalmente reconocido, cuya finalidad última es buscar el bien del paciente y, por tanto, ayudarle a prevenir o curar la enfermedad, promover y mantener su salud, aliviar el dolor y el sufrimiento causados por males, en el marco del respeto por la dignidad del ser humano.⁴⁶⁸

D.2) Acto médico y actos del médico

No obstante haber definido y encuadrado el acto médico en una visión netamente terapéutica (efectiva o preventiva), se advierte la existencia de algunos actos que requieren la asistencia técnica de un médico pero que, constitutivamente, no configuran *strictu sensu* un acto médico. Dado que su aceptación o rechazo social depende, en muchos casos, de los valores y creencias de la sociedad, vamos a dividirlos en: actos no médicos inaceptables, actos no médicos socialmente aceptables y actos considerados como médicos en determinadas circunstancias.⁴⁶⁹

Los *actos no médicos inaceptables* incluyen aquellos casos en los que el objetivo que se persigue con el empleo de la técnica médica es *per se* moralmente condenable. Tal es el caso de la pena de muerte, la tortura o la manipulación con fines políticos: empleo de tratamientos médicos con amplias dosis de sufrimiento corporal y sin los cuidados requeridos, técnicas farmacológicas o neurológicas en interrogatorios que procuren la pasividad o la adhesión del prisionero o, incluso, la manipulación de la conciencia, generando estados de miedo y ansiedad.

⁴⁶⁷ Cfr. BESIO ROLLERO, Mauricio. Sobre el acto..., *op. cit.*, pp. 22-23.

⁴⁶⁸ Las definiciones de los términos clave como salud, mal o enfermedad son las enunciadas en el apartado sobre conceptos relevantes para la definición de los fines de la Medicina.

⁴⁶⁹ En este punto, continuaremos siguiendo la exposición de HASTINGS CENTER, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

También forman parte de este grupo las actuaciones que se realizan empleando la técnica médica en un contexto inapropiado. En este grupo se encuentra la investigación y experimentación biomédica en seres humanos sin contar con su consentimiento, obtenido después de ser advertidos sobre los riesgos y consecuencias de las intervenciones. Algunos incluyen dentro de esta categoría los casos de eutanasia o auxilio médico al suicidio, por considerar que la intención del médico es utilizar su ciencia para provocar la muerte del sujeto, ya sea de manera directa o ayudándole a conseguir los medios oportunos para cometer el acto.⁴⁷⁰

Los *actos no médicos socialmente aceptables* son actos en los que, si bien la técnica médica no es empleada para mantener la salud (bienestar psicoorgánico), son individual o socialmente aceptados por las consecuencias que produce, a petición de la persona afectada. Por tanto, exigen un consentimiento expreso e indubitable para su ejecución.⁴⁷¹

En este caso, encontramos tres tipos de situaciones:

- i. Actos dependientes de las convicciones morales de la persona o la sociedad, políticamente reconocidas. Tal es el caso de los procesos que producen infertilidad (esterilización voluntaria) o aborto, que implican la atrofia de la función reproductora del ser humano o la eliminación de la vida humana en gestación.
- ii. Actos que dependen de la voluntad de la persona y que no afectan su salud, tal como sucede en los actos con fines de embellecimiento o rejuvenecimiento producidos por la cirugía estética (sin fines terapéuticos de reconstrucción).
- iii. Actos que requieren la técnica médica y no afectan el bienestar general de la persona ni tienen como finalidad la búsqueda de la salud. Es el caso de

⁴⁷⁰ *Ibid.*, pp. 23-24.

⁴⁷¹ *Ibid.*, pp. 49-53.

las técnicas empleadas en la medicina al servicio de la patología forense, el uso de conocimientos psiquiátricos en el establecimiento de responsabilidad penal o la realización de peritajes técnicos destinados a resolver casos de lesiones u muertes con sospecha de homicidio o destinados al otorgamiento de licencias o seguros de vida.

Los *actos considerados como médicos en circunstancias determinadas* son aquellos que pretenden la mejora, perfección u optimización de las características naturales del hombre. Entre ellos encontramos, gracias al desarrollo de las tecnologías genéticas y farmacológicas, la llamada medicina predictiva, las pruebas para la detección precoz de enfermedades hereditarias, el diagnóstico prenatal y la terapia fetal, que hacen posible un tratamiento terapéutico o preventivo de la enfermedad.

La búsqueda de la optimización de la naturaleza humana es un fin discutible que no goza actualmente de consenso, porque la delimitación de sus contornos es ambigua y puede introducir a la humanidad en un proceso eugenésico con consecuencias discriminatorias relevantes (familiares, sociales, laborales, políticas o económicas). Tal es el caso de empleo de la hormona de crecimiento para aumentar la altura o de esteroides anabólicos para aumentar el rendimiento atlético, gozando la persona de salud (es decir, sin padecer deficiencia psicoorgánica); la selección del sexo de los hijos, el aborto de fetos femeninos o fetos con alguna discapacidad física o síndrome de Down.

Conviene recordar que si bien la salud tiene efectos positivos en la plena autodeterminación de la persona en los diferentes ámbitos de su vida y posibilita el ejercicio de la libertad, sería un error pensar que ésta es una finalidad que debe asegurar la actuación del profesional médico. La medicina y sus concretos actos médicos no están al servicio de los deseos individuales ni comerciales, sí es cierto que producen salud pero en su ámbito de trabajo que es el bien corporal y mental de la persona, no su bienestar completo. Sin duda a esto contribuyen los actos médicos pero ésta no depende solo de ellos. La salud, en definitiva, se logra

teniendo en cuenta a la integridad de la persona y sus circunstancias familiares, sociales, espirituales, económicas, etcétera.⁴⁷²

E) ACTO MÉDICO COMPLEJO Y TIPOS DE ACTOS MÉDICOS

Sin perjuicio de lo expuesto, con relación a la taxonomía jurídica de los actos médicos, pueden existir tantas clasificaciones o tipologías como autores que escriban sobre el tema, según la definición de acto médico y la perspectiva que se considere:

- La especialidad médica: existen tantos actos médicos como especialidades haya reconocido el sistema normativo correspondiente, *v.gr.* acto médico del cirujano vascular, del obstetra o del ginecólogo.⁴⁷³
- La existencia del consentimiento que legitima la actuación médica: consensuales y aconsensuales.⁴⁷⁴
- El medio en el que acontecen: corpóreos o sobre el cuerpo y extracorpóreos.⁴⁷⁵ Éstos pueden ser documentales (emisión de certificados, recetas, historias clínicas).⁴⁷⁶ Los corpóreos se pueden clasificar en directos (con finalidad curativa o satisfactiva) e indirectos (que repercuten en la promoción de la salud *in genere* o en la consecución de un efecto curativo en persona diferente a quien recibe la intervención).

Atendiendo a una definición omnicomprendensiva de acto médico establecida por Martínez-Calcerrada, nos centraremos en la clasificación derivada de los actos

⁴⁷² *Ibid.*, pp. 50-53.

⁴⁷³ En el caso español, los enumerado en el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, que determina y clasifica las especialidades en Ciencias de la Salud.

⁴⁷⁴ El artículo 9.2 de la LBRAP regula los supuestos restrictivos en los que es posible realizar intervenciones medias sin necesidad de contar con el consentimiento del paciente, a saber, actos médicos no consensuales.

⁴⁷⁵ Esta categoría acontece si se acoge la definición omnicomprendensiva de Martínez-Calcerrada. *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 1, apartado 3.2.

⁴⁷⁶ Por actos extracorpóreos entendemos aquellos que se realizan a propósito de la investigación o experimentación biomédica y los que constituyen la plasmación de una intervención anterior, como es el caso de la expedición de certificados, la formulación de recetas médicas o la elaboración de la historia clínica. Cfr. GUZMÁN MORA, Fernando. El acto médico: consideraciones esenciales. *Revista médico legal*. 1998, vol. IV, núm. 3. pp. 13-24.

médicos directos que se realizan sobre el cuerpo ⁴⁷⁷ –recogida por la jurisprudencia española– que conforman lo que se ha denominado un acto médico complejo y que se dividen en: actividad con finalidad curativa y con finalidad no curativa.⁴⁷⁸

i. Actos con finalidad curativa: Se dividen en cuatro actos sucesivos:

- *La prevención o profilaxis*, previa a la aparición de la enfermedad, hace referencia a la recomendación de cautelas o medidas para evitar la aparición de futuros procesos patológicos. En estos casos, la LRBAP trata al sujeto que solicita estos servicios como usuario y no paciente, porque no existe enfermedad manifiesta.⁴⁷⁹
- *El diagnóstico*, que ocurre una vez detectada la existencia de una posible enfermedad. Es la opinión técnicamente fundada del médico sobre el estado de salud del paciente, después de un proceso de examen y evaluación de síntomas, a partir de la observación directa o de análisis requeridos para tal efecto.⁴⁸⁰
- *La terapéutica*.⁴⁸¹ En esta fase, Martínez-Calcerrada distingue dos momentos: el primero, relacionado con la elaboración de la receta, orden u ordenanza médica, cuya redacción final puede verse influenciada no solo por la ciencia y conciencia del médico, sino también por el lugar de elaboración (consultorio privado u hospital) o los honorarios que recibe. El segundo corresponde al tratamiento médico, que se define como la actuación de las técnicas terapéuticas, previamente establecidas en la prescripción, relacionadas directamente con el fenómeno patológico

⁴⁷⁷ Conviene advertir que, al efectuar su tipología de actos médicos, MARTÍNEZ-CALCERRADA incluye a la cirugía plástica en el tipo de actos con finalidad curativa (debido a la noción omnicomprensiva de acto médico que ha propuesto). Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *Sistemas de protección...*, *op. cit.*, pp. 474 y ss.

⁴⁷⁸ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos. *El médico ante el Derecho: La responsabilidad penal y civil del médico*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990. pp. 15-18; RETUERTO BUADES, Margarita; SIDO MARTIN, Juan, *op. cit.*, p. 813.

⁴⁷⁹ Cfr. GARRIDO JIMÉNEZ, José Manuel, *op. cit.*, pp. 451 y ss.

⁴⁸⁰ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, *op. cit.*, pp. 375-407.

⁴⁸¹ *Ibid.*, pp. 409-428; GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: José María Bosch, 1990.

detectado y confirmado por el diagnóstico.⁴⁸²

- La *rehabilitación*, conjunto de medidas necesarias para completar la fase terapéutica, y encaminadas a la recuperación del normal desenvolvimiento de las funciones corporales del paciente.⁴⁸³

ii. Actos con finalidad no curativa, voluntaria o satisfactiva: Son los que sin ser actos médicos *strictu sensu*, se consideran actos aceptados socialmente que han de ser ejecutados por médicos. Involucran la voluntad del cliente –no paciente, porque se trata de un sujeto sano, es decir que no presenta enfermedad o pérdida de salud (hábito psicoorgánico)– de satisfacer un deseo de embellecimiento, mejora de sus deseos particulares que, en algunos casos, involucran la eliminación o la transformación de una función corporal (función reproductiva). Por tanto, la obligación del médico, antes que la simple prestación del servicio, se espera que sea de resultado, es decir, que se consiga el efecto deseado, en su calidad de preveedor en el amplio escenario del mercado sanitario. Ello amerita que la información completa acerca de los riesgos, consecuencias y efectividad de los resultados sea lo más completa posible, de tal forma que el producto final quede acorde a lo esperado por el cliente o que, previa información, éste asuma los riesgos derivados de la intervención. Los más conocidos son los que buscan el embellecimiento, rejuvenecimiento del cuerpo (cirugía estética) o la esterilización voluntaria (vasectomía, ligadura de trompas).

Esta clasificación, como veremos más adelante, ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo aunque actualmente se pueden encontrar sentencias que mitigan de alguna manera los fundamentos de la diferencia entre medicina curativa y voluntaria.

⁴⁸² Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Sistemas de protección..., *op. cit.*, pp. 476-477.

⁴⁸³ Para algunos autores, forma parte de la fase terapéutica.

3.4. DESARROLLO LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DEONTOLÓGICO DEL ACTO MÉDICO

Desde el punto de vista jurídico positivo, el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, que establece las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, define la actividad sanitaria como el conjunto de acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, dirigidas a fomentar, restaurar o mejorar la salud de las personas realizadas por profesionales sanitarios.

El texto de la LBRAP es más restrictivo y utiliza, indistintamente, los términos actuación o intervención en el ámbito de la sanidad para referirse a toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.

Por su parte, la LOPS establece como función esencial del médico la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención. Se trata, pues, de una definición omnicomprendiva que asume el concepto global de acto médico. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de octubre de 2011, aludiendo a la LOPS, afirma sin ánimo de exhaustividad que "es función específica de la profesión sanitaria médica la de diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, como el enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención."⁴⁸⁴

A esto se agrega que el artículo 403 CP, al regular el delito de intrusismo, castiga el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, sin expresa mención de que dichos actos se acomoden o no a la finalidad

⁴⁸⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de octubre de 2011.

de la profesión. *Contrario sensu* y aplicado al ámbito de la Medicina, se considera acto médico todo aquel que realiza un profesional médico titulado legalmente reconocido, entendiendo por tales, los propios de la profesión.⁴⁸⁵ La jurisprudencia de la Sala Penal acoge esta definición de intrusismo e incluye entre las conductas exigibles a un profesional médico "la de expender recetas o, documentar el pago de honorarios y redactar historias clínicas, actos todos ellos que constituyen los comportamientos propios y esperados de un profesional".⁴⁸⁶

Como se puede advertir, ni el derecho positivo ni la jurisprudencia establecen una definición precisa de lo que debe entenderse por acto médico. Giran en torno a conceptos como intervenciones sanitarias o actuaciones propias de la profesión. Ahora bien, si asumimos la expresión "actos propios de la profesión" como sinónimo de acto médico *in genere* –opción asumida por el legislador– entonces procede aceptar, desde un punto de vista jurídico-positivo, la definición omnicomprendensiva de acto médico que incluye toda posible actuación del médico como tal, que persigue un efecto terapéutico o de curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud.

Esta definición ha sido acogida de una manera más concreta por algunas organizaciones médicas de considerable importancia. Según la Unión Europea de Médicos Especialistas (UEMS)⁴⁸⁷ el acto médico abarca todas las acciones

⁴⁸⁵ "El delito de intrusismo [...] está compuesto de una serie de elementos, unos de carácter normativo y otros de carácter material. El elemento normativo radica en la referencia al título oficial o reconocido por disposición legal o Convenio internacional. Al mismo tiempo el núcleo del tipo radica en la realización de los actos propios de una profesión, por lo que necesariamente habrá que remitirse a la clase de profesión desempeñada para determinar claramente cuáles son actos propios, distintivos e insustituibles para que la sociedad o los terceros puedan adquirir la creencia de que el impostor no es tal sino que se comporta como un auténtico profesional. El bien jurídico que se protege es el interés del Estado por que los profesionales tengan un nivel de condiciones indispensables para el ejercicio de su actividad, reservándose la concesión de la titulación oportuna y condicionándola al cumplimiento de determinados requisitos. Se trata por tanto de salvaguardar la confianza pública frente a las actuaciones falsarias de los que pretenden ejercer una actividad titulada careciendo de los requisitos exigidos para poder actuar profesionalmente. Para que la lesión del bien jurídico se produzca y se consume la acción delictiva es necesario que el sujeto activo realice, como ya se ha dicho, 'actos propios' de una profesión. La determinación del alcance de la expresión 'actos propios' hay que referirla, en cada caso, al tipo de profesión usurpada". STS (Sala de lo Penal) de 3 de marzo de 1997.

⁴⁸⁶ Cfr. STS (Sala de lo Penal) núm. 407/2005 de 23 de marzo de 2005 y de 3 de marzo de 1997.

⁴⁸⁷ La UNION EUROPÉENNE DES MÉDECINS SPÉCIALISTES (UEMS) fue creada por los países miembros de la Comunidad Económica Europea en Bruselas el 20 de julio de 1958 con el

profesionales, ya sean científicas, académicas, formativas y educativas, organizativas, clínicas o de intervención médico-quirúrgica, realizadas para promover la salud y su buen funcionamiento, la prevención de enfermedades, ofrecer diagnóstico o atención terapéutica y de rehabilitación a los pacientes, individuos, grupos o comunidades en el marco del respeto de la ética y los valores deontológicos. Es responsabilidad, y siempre debe ser realizado, por un médico o terapeuta legalmente titulado o bajo su directa supervisión y/o prescripción.

Por su parte, el artículo 7 del Código de Deontología Médica 2011 del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España entiende por acto médico toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos.⁴⁸⁸

Ahora bien ¿Por qué no asumir de manera pacífica como auténtica y aceptable la definición de la UEMS o el CGCOM? La respuesta es muy sencilla. Desde que la actividad médica es realizada por una persona con una moral y ética profesional determinada, puede ser que algunos de estos actos que se incluyen en estas definiciones "omnicomprensivas" —que apelan a la preservación o promoción de la salud entendida como estado de completo bienestar— aunque legalmente permitidos, no encajen los fines de la Medicina, a los cuales consagran su actividad profesional.

fin de promover la libre circulación de médicos europeos especialistas, garantizando la calidad de la atención médica de los ciudadanos europeos. Para ello adopta recomendaciones y estándares en aspectos críticos de la formación de posgrado y en la calidad en la práctica de los especialistas. Constituye como uno de los entes asesores de la Unión Europea en aspectos relacionados con la asistencia sanitaria.

La definición europea de acto médico (UEMS 2009/14) fue adoptada en la Asamblea del 21-22 de octubre del 2005, en Múnich. Esta definición fue modificada por el Consejo de la UEMS en Budapest (2006) y en Bruselas (2009).

⁴⁸⁸ Cfr. CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS. *Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica*. Madrid: CGCOM, 2011 [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.agamfec.com/pdf/noticias/201107_Codigo_deontologia_medica.pdf

Así pues, el problema de establecer una definición unívoca omnicomprendensiva radica, principalmente, en que existen actos, que según la conciencia ético-profesional del médico, aunque sean propuestas de manera legal o deontológica positiva, no considerados como tal por no responder a los fines de la profesión médica. Tal es el caso del aborto, la eutanasia, el cambio de sexo, las reproducción humana asistida. Frente a estos supuestos, y bajo la determinación legal de una definición global de acto médico, el profesional puede apelar a su derecho a la objeción de conciencia.⁴⁸⁹

Finalmente, habíamos dejado en el tintero las interrogantes planteadas al inicio de este apartado cuya respuesta dependerá de la noción de acto médico que se maneje. Entonces, por ejemplo, si el requisito para que exista un acto médico es sólo formal (la realización de la actividad por un profesional titulado en Medicina) cualquier acto que realice un médico es, en principio, un acto médico. Lo anterior implica que, por ejemplo, la atención de la salud buco-dental no es en el sentido que queda dicho un acto médico sino un acto odontológico.

Ahora bien, si atendemos a los fines de cuidado y preservación de la salud, sí cabe considerar un acto odontológico como un acto médico. De otro lado, también se abre la posibilidad de objetar en conciencia y no realizar determinadas actividades en caso que el médico, con recta intención, se considere que un acto se encuentra fuera de los fines de la Medicina.

4. DEFINICIÓN DE ABORTO

El término "aborto" proviene del latín *Ab-ortus*, privación de nacimiento; en alemán *Abtreibung* (extracción). Existe unanimidad en la doctrina médica en afirmar que el aborto es la pérdida del producto de la concepción, en otras

⁴⁸⁹ Para mayor información, Cfr. NAVARRO VALLS, Rafael; MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. *Conflictos entre conciencia y ley: Las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel, 2011; MORENO RANGEL, César. *La objeción de conciencia y su aplicación al supuesto de aborto*. Madrid: Dykinson, 2010; PALOMINO LOZANO, Rafael. *Las objeciones de conciencia: conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*. Madrid: Montecorvo, 1994.

palabras, la terminación espontánea (ocurrida de forma natural) o inducida (provocado artificialmente) del embarazo antes de que el feto haya alcanzado la posibilidad de vida extrauterina.⁴⁹⁰ De manera más precisa, Pardo Sáenz lo define como "la eliminación directa y voluntaria, como quiera que se realice, de un ser humano en la fase inicial de su existencia, que va de la fecundación hasta el nacimiento".⁴⁹¹

El problema en la definición unívoca aparece cuando se adjudica a este producto un nombre concreto (vida en formación, óvulo fecundado, vida intrauterina, ser humano, embrión humano, feto) y un plazo límite determinado para su extracción (v.gr. hasta las dos primeras semanas después de la fecundación, antes de cumplir 28 semanas de gestación, después del tercer mes, cuando alcance vida independiente).⁴⁹²

Al respecto, reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal (Sala Penal) ha definido el aborto como:

[...] la muerte maliciosa [dolosa] de un feto o producto de la concepción humana, ya privándole de la vida intrauterina dentro todavía del claustro materno, ya empleando los medios que provocan la expulsión prematura, produciéndose la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad; bien de la vida, en cuanto *spes personae*, el atacado, vida del *nasciturus* en estado de dependencia que, por no poder perdurar autónomamente al ser separado de forma prematura del albergue natural materno, periclita y se destruye al igual que si se hubiese puesto fin a la misma en el seno de la gestante.⁴⁹³

⁴⁹⁰ Cfr. OCÉANO. *Diccionario de medicina Océano Mosby*. Barcelona: Océano, 2006; UNIVERSIDAD DE NAVARRA. Facultad de Medicina. *Diccionario de Medicina*. Madrid: Espasa Calpe, 1999; LÓPEZ, Guillermo. *Aborto y contracepción*. Pamplona: EUNSA, 2009. p. 41; CASABONA, Romeo (dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares, 2011. p. 4; PARDO SÁENZ, José María. *La vida del no nacido: La verdad sobre el aborto y la dignidad de la mujer*. Pamplona: EUNSA, 2011. p. 33.

⁴⁹¹ PARDO SÁENZ, José María, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁹² MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis (dir.), *op. cit.*, pp. 622 y ss.

⁴⁹³ Cfr. STS (Sala de lo Penal) de 6 de diciembre de 1985, de 18 de diciembre de 1952, de 28 de febrero de 1973, de 11 de marzo de 1974, de 28 de junio de 1977, de 24 de febrero de 1982 y de 30 de enero de 1984.

De manera más concreta, se denomina "aborto provocado" a la intervención, generalmente realizada por medios médicos, encaminada a la eliminación del feto, sea por destrucción y posterior expulsión, sea por expulsión prematura con muerte posterior.⁴⁹⁴ Dentro de este grupo encontramos una curiosa clasificación en el Diccionario Mosby de Medicina⁴⁹⁵, que diferencia los siguientes conceptos:

- Aborto electivo (*elective abortion*), interrupción del embarazo antes de que el feto haya alcanzado un grado suficiente de desarrollo como para poder sobrevivir fuera del útero de la madre, considerada necesaria por la embarazada y realizada a petición suya.
- Aborto inducido (*induced abortion*), interrupción del embarazo antes de que el feto haya alcanzado un grado suficiente de desarrollo como para poder sobrevivir fuera del claustro materno. Entre el 20% y el 50% de las gestaciones se interrumpen tanto por petición de la madre como por indicaciones legales (por legrado durante el primer trimestre y por inducción del parto o histerectomía durante el segundo trimestre).
- Aborto voluntario (*abortion on demand*), tesis defendida por algunos sectores sociales que consideran que la embarazada tiene derecho a abortar a petición propia. Este derecho puede estar limitado por el tiempo de gestación o extendida a toda ella.

La primera definición corresponde al aborto realizado por la decisión "razonable" de la mujer (y amparado en 1973 por la Corte Suprema Norteamericana, como veremos después), mientras que la tercera definición obedece a una corriente ideológica rechazada por la misma Corte en la sentencia del caso *Casey v. Planned Parenthood* (1992).⁴⁹⁶ La segunda definición suele ser utilizada de manera más objetiva como sinónimo de "aborto provocado".

Con relación a la denominación "interrupción voluntaria del embarazo", el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y

⁴⁹⁴ Cfr. UNIVERSIDAD DE NAVARRA, Facultad de Medicina, *op. cit.*

⁴⁹⁵ Cfr. OCÉANO, *op. cit.*

⁴⁹⁶ *Vid infra*. Tercera Parte, capítulo 1, apartado 1.5.

reproductiva y de la interrupción del embarazo, aprobado el 23 de junio de 2009 considera inadecuado el título del anteproyecto porque parcialmente no se adapta a lo que se regula en su contenido, en particular en relación con la reforma de la regulación del aborto. Propuso la sustitución de la expresión "interrupción" voluntaria del embarazo por "terminación" voluntaria del embarazo, lo cual le otorga una mayor dosis de realismo y, por lo tanto, de seguridad jurídica, y menor eufemismo.⁴⁹⁷

Esta propuesta es utilizada por legislaciones como Bélgica, Ley de 3 de abril de 1990, de terminación del embarazo; Finlandia, Ley 328 de 6 de abril de 2001 por la que se reforma *The termination of pregnancy Law*; Luxemburgo, Ley de 15 noviembre de 1978 de Información sexual, aborto ilegal y terminación de embarazos; Italia en su Ley N° 194 sobre la Protección de la Maternidad y de la Terminación Voluntaria del Embarazo, de 22 de mayo de 1978; entre otros. Como alternativa, también propone el uso del término "aborto" (no IVE), tal como lo hace la legislación de Reino Unido, *The Abortion Act*, de 17 de octubre de 1967, reformada por la *Human Fertilization and Embryology Act* de 24 de abril de 1990; en Suecia *The Abortion Act* N° 595, de 14 de junio de 1974, reformada en mayo de 1995 o Polonia Ley de Planificación familiar, embriones humanos, protección y condiciones del aborto, de 7 de enero de 1993.⁴⁹⁸

Sobre los métodos abortivos, actualmente es posible conocer los procedimientos a través de la información proporcionada por organismos internacionales⁴⁹⁹ y, en

⁴⁹⁷ Este Informe se emite en virtud de lo establecido en el art. 14.4. J de la Ley 50/1981 de 30 diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por la Ley 24/07, de 9 de octubre de 2007. En dicha norma se dispone que corresponderá al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal (art. 14).

⁴⁹⁸ Cfr. CONSEJO FISCAL DEL MINISTERIO FISCAL. Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo. Aprobado el 23 de junio de 2009. pp. 1 y ss [ref. de 2 de noviembre de 2012]. Disponible en: <http://www.fiscal.es/>

⁴⁹⁹ Entre ellas, figuran las guías propuestas por las siguientes instituciones: National Abortion Federation (*Clinical policy guidelines*. Washington D.C., 2011), Royal College of Obstetricians and Gynaecologists (*The care of women requesting induced abortion*. Londres, 2011), American College of Obstetricians and Gynecologists (*Medical management of abortion*. Washington D.C., 2005, reafirmado en 2009 y modificado parcialmente por la guía sobre *Emergency contraception*. 2010).

algunas comunidades autónomas, la Seguridad Social. De hecho, es una exigencia legal informar sobre los mismos por cualquier medio a las mujeres que lo soliciten (artículo 17 LOIVE). Al margen de esta disposición, conviene precisar que la descripción y otros datos brindados por las clínicas especializadas en abortos suele ser incompleta o defectuosa ante la inexistencia de parámetros legales específicos.⁵⁰⁰

Para la descripción general de los procedimientos más comunes, nos remitiremos a la Guía Técnica elaborada por la OMS bajo el título de "Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud", cuya primera edición corresponde al año 2003⁵⁰¹ y ha sido recientemente actualizada en el 2012.⁵⁰²

Como medida de prevención frente a las muertes y complicaciones como consecuencia de abortos inseguros, la OMS considera necesario que los procedimientos y las técnicas para finalizar un embarazo sean simples y seguros. Señala que, cuando se lleva a cabo por profesionales de la salud capacitados y con equipo apropiado, una técnica adecuada y estándares sanitarios, el aborto se convierte en uno de los procedimientos médicos de menor riesgo. Bajo esta premisa, divide los procedimientos para abortar en dos tipos: quirúrgicos y médicos o químicos.

4.1. ABORTO QUIRÚRGICO

Entre los procedimientos más comunes –y recomendados– de aborto quirúrgico se encuentran la aspiración al vacío (AV) y la dilatación y evacuación (D&E). El procedimiento de dilatación y curetaje (D&C) era recomendado por la OMS en la versión de 2003, pero ha sido considerado obsoleto por la actualización del 2012.

⁵⁰⁰ *Vid infra*. Tercera Parte, capítulo 3, apartado 2.2.A.1).

⁵⁰¹ Este documento –que ha servido de base para la elaboración de los protocolos o normas técnicas en algunos Estados latinoamericanos como Colombia y Argentina– expone los métodos de aborto, recomienda los que considera más apropiados para cada etapa de embarazo y la mejor forma de manejar el dolor producido por esta práctica.

⁵⁰² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud*. 2da. ed. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2012.

A) ASPIRACIÓN AL VACÍO (AV)

También llamada *Vacuum aspiration*, la aspiración al vacío es la técnica quirúrgica utilizada preferentemente para embarazos hasta 12-14 semanas completas.

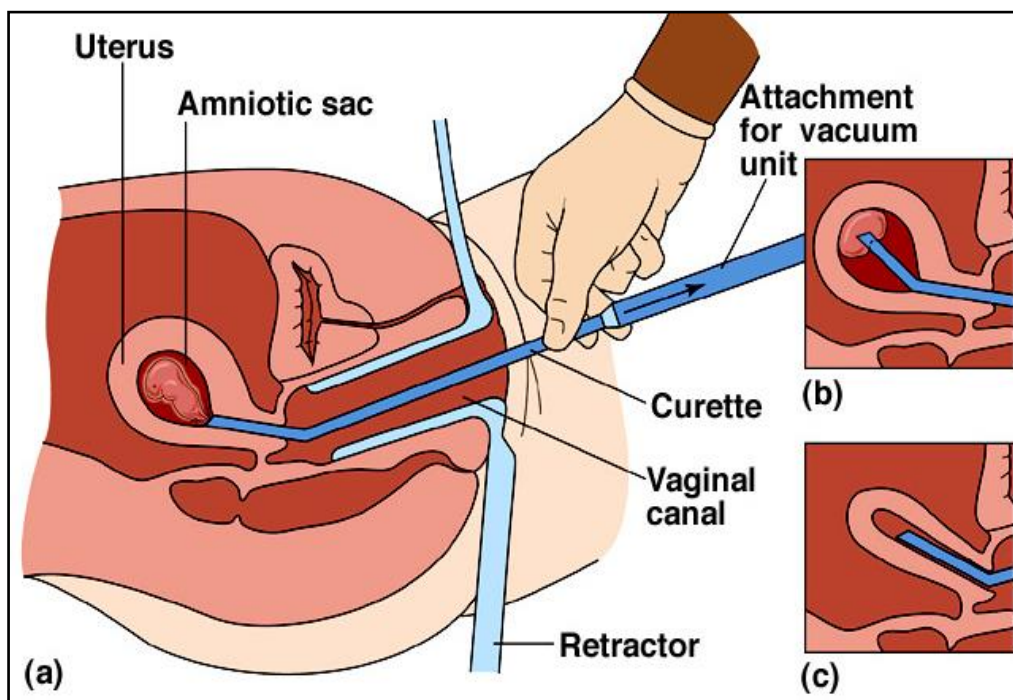
La aspiración al vacío involucra la evacuación del contenido uterino (feto en desarrollo) a través de una cánula plástica o de metal unida a una fuente de vacío. La aspiración al vacío eléctrica (AVE) utiliza una bomba de vacío eléctrica. Con la aspiración al vacío manual (AVM), el vacío se crea utilizando un aspirador plástico de 60 ml sostenido y activado con la mano, también llamado jeringa (Figura 1).

Existen aspiradores con cánulas plásticas de distintos tamaños, que oscilan de 4 a 12 mm de diámetro. Algunas cánulas y la mayoría de los aspiradores pueden ser utilizados nuevamente una vez que se los ha limpiado y desinfectado o esterilizado perfectamente. También hay disponibles bombas mecánicas para ser utilizadas con el pie.

Dependiendo de la duración del embarazo, el aborto mediante aspiración al vacío lleva entre 3 y 10 minutos y puede realizarse de manera ambulatoria, utilizando analgésicos y/o anestesia local. En embarazos muy tempranos, la cánula puede ser introducida sin dilatación cervical previa. Sin embargo, generalmente, antes de la inserción de la cánula se requiere la dilatación utilizando dilatadores osmóticos o mecánicos, solos o en combinación con la preparación cervical con un agente farmacológico como la mifepristone⁵⁰³ o una prostaglandina⁵⁰⁴ (misoprostol o gemeprost).

⁵⁰³ *Mifepristona*: Acción antiprogestágena como resultado de una competencia con la progesterona en los receptores de progesterona [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.vademecum.es>. La progesterona se usa como una parte de la terapia de reemplazo hormonal en las mujeres que han pasado la menopausia (el cambio de vida) y no han tenido una histerectomía (operación quirúrgica para extraer el útero). La terapia de reemplazo hormonal incluye generalmente estrógeno, que se usa para tratar los síntomas de la menopausia y reducir el riesgo de contraer ciertas enfermedades. Sin embargo, el estrógeno también puede causar un

FIGURA 1
ASPIRACIÓN AL VACÍO (AV)



Fuente: McGraw-Hill Human Sexuality. Image Bank. [ref. de 24 de enero de 2013] Disponible en: <http://www.mhhe.com/socscience/sex/common/ibank/set-6.htm>

engrosamiento anormal de la membrana interna del útero y aumentar el riesgo de contraer cáncer uterino. La progesterona ayuda a prevenir este engrosamiento y reduce el riesgo de contraer cáncer uterino. También se usa para producir la menstruación (período) en las mujeres en edad fecunda que han tenido períodos normales y luego han dejado de menstruar. Pertenecce a una clase de medicamentos llamados progestinas (hormonas femeninas). Funciona como parte de la terapia de reemplazo hormonal al disminuir la cantidad de estrógenos en el útero. Funciona para producir la menstruación al reemplazar la progesterona natural que no está presente en algunas mujeres [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/medlineplus.html>

⁵⁰⁴ *Prostaglandinas o dinoprostona*: son sustancias naturales fabricadas por el organismo, que tienen diversas funciones, entre las que se encuentra la estimulación de las contracciones del útero (órgano del embarazo y del parto). Ello es debido a que actúa iniciando el ablandamiento y dilatación de dicho músculo, cambios que ocurren espontáneamente a medida que avanza el embarazo, y que permiten la expulsión del feto. Se utiliza en el aborto diferido (para la expulsión del feto que está muerto dentro del útero) y en la mola hidatiforme (crecimiento anormal de la placenta) [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.vademecum.es>

Generalmente, las mujeres que abortan durante el primer trimestre con anestesia local pueden darse de alta después de haber permanecido alrededor de 30 minutos en observación en una sala de recuperación.

La aspiración al vacío es un procedimiento muy seguro de obtención del resultado deseado.⁵⁰⁵ Aunque infrecuentes, este método puede provocar infecciones pélvicas, sangrado excesivo, lesión cervical, evacuación incompleta, perforación uterina, complicaciones de la anestesia y embarazos que continúan. Los cólicos abdominales o el dolor y el sangrado similar al de la menstruación son efectos colaterales de cualquier procedimiento abortivo.

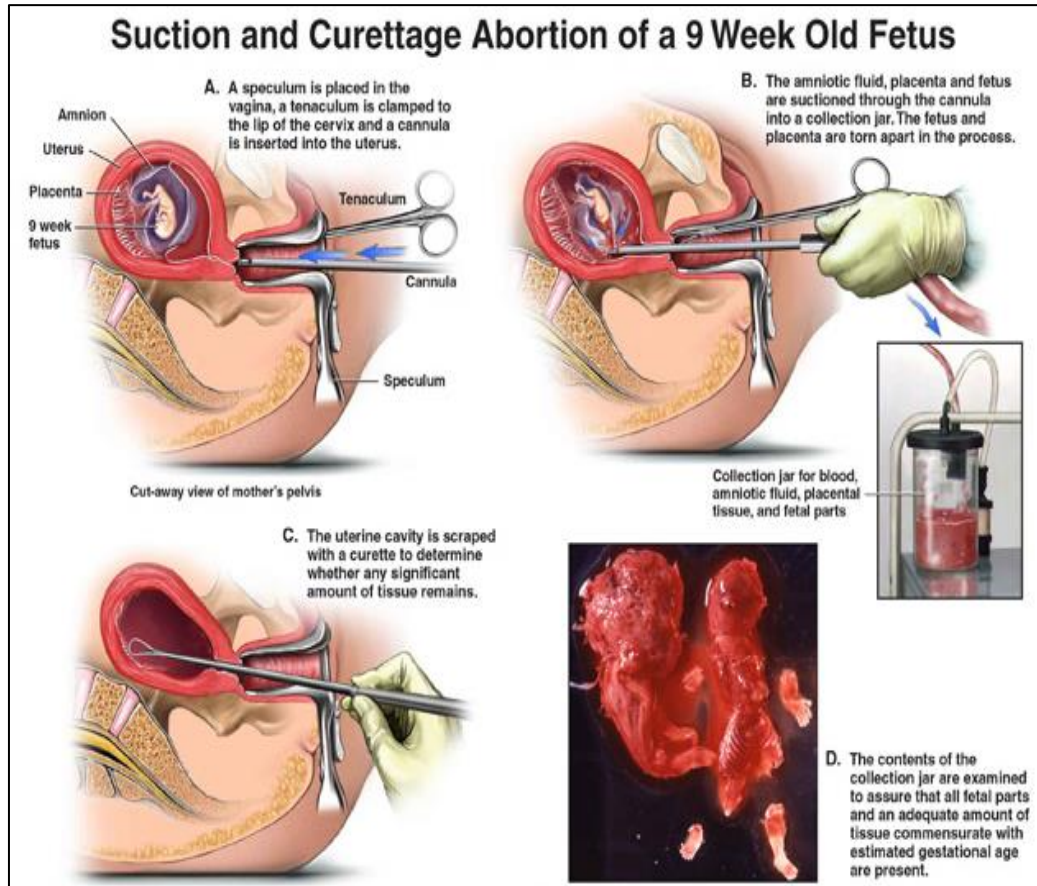
B) DILATACIÓN Y CURETAJE

La dilatación y curetaje (D&C), también conocida como curetaje cortante, *suction & curettage abortion*, recomendado hasta la semana 12 de gestación, involucra la dilatación cervical mediante agentes farmacológicos o dilatadores mecánicos y la utilización de curetas metálicas filosas para raspar las paredes uterinas (Figura 2).

Este procedimiento puede provocar, de manera más frecuente que en la AV, retorcijones del útero o dolor pélvico, útero perforado; herida al intestino o la vejiga; corte o cerviz rasgada (laceración cervical); aborto incompleto o tejido de embarazo dejado dentro del útero (la aspiración de vacío repetida puede ser necesaria); infección que puede ocasionar la infertilidad; hemorragias o, aunque de manera infrecuente, la muerte.

⁵⁰⁵ Un estudio sobre 170.000 abortos de primer trimestre llevado a cabo en Nueva York, USA (la mayoría mediante aspiración al vacío) indicó que menos de un 0.1% de las mujeres experimentaron complicaciones serias que requirieran hospitalización.

FIGURA 2
DILATACIÓN Y CURETAJE (D&C)



Fuente: Nucleus Medical Art, Inc. [ref. de 23 de enero de 2013]. Disponible en: www.nucleusinc.com

Según se aprecia en el cuadro que sigue, la dilatación y curetaje es menos segura que la aspiración al vacío y considerablemente más dolorosa para la mujer. Las tasas de complicaciones mayores de la D&C son de dos a tres veces más que aquellas de la aspiración al vacío.

**CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS CARACTERÍSTICAS DEL
ABORTO POR ASPIRACIÓN AL VACÍO Y LA D&C**

Característica	Aspiración al vacío	Dilatación y curetaje
Lugar	Sala de examen Sala de operación general Sala de operación de obstetricia y ginecología	Sala de operación general Sala de operación de obstetricia y ginecología
Manejo del dolor	Sedación leve y/o anestesia local	Sedación leve o fuerte, analgesia y/o anestesia local
Nivel del profesional	Ginecólogo Médico general Profesional de nivel entrenado	Ginecólogo Médico general entrenado

Fuente: OMS. *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud*. Ginebra: OMS, 2003. p.34

Corrigiendo la edición anterior, la Guía 2012 afirma que el procedimiento D&C ha quedado obsoleto y recomienda su reemplazo por la aspiración al vacío o por los métodos médicos o químicos. Los índices de complicaciones relevantes producidas por la D&C son entre dos y tres veces más altos que con la aspiración de vacío. Un ensayo controlado aleatorizado que comparó la D&C con la AV reveló que, hasta las 10 semanas desde la fecha de última menstruación, la aspiración de vacío es más rápida y está asociada con menor pérdida de sangre que la D&C.⁵⁰⁶

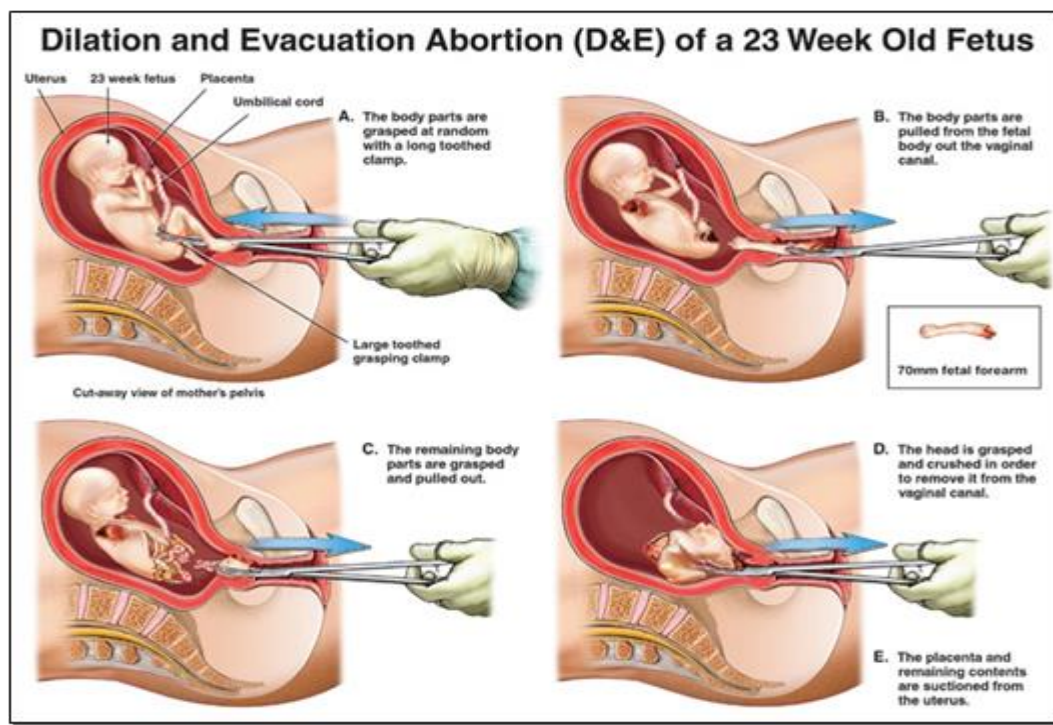
C) DILATACIÓN Y EVACUACIÓN

La dilatación y evacuación (D&E) es utilizada a partir de las 12 semanas completas de embarazo. En aquellos lugares donde se dispone de profesionales

⁵⁰⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud*. 2da. ed. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2012. p. 50.

con experiencia y habilidad, es la técnica quirúrgica más efectiva y segura para embarazos avanzados (Figura 3).

FIGURA 3
DILATACIÓN Y EVACUACIÓN (D&E)



Fuente: Nucleus Medical Art, Inc. [ref. de 23 de enero de 2013]. Disponible en: www.nucleusinc.com

La D&E requiere la preparación cervical con mifepristone o una prostaglandina como el misoprostol, o laminaria o un dilatador hidrofílico similar; dilatar el cérvix y evacuar el útero utilizando una aspiración al vacío eléctrico con una cánula de 14 a 16 mm de diámetro y pinzas. El procedimiento, en condiciones normales, tiene una duración promedio de treinta minutos. Dependiendo del tiempo de embarazo, una adecuada dilatación puede requerir desde dos horas hasta un día completo. Si bien no es esencial, muchos profesionales encuentran útil la utilización de ecografía durante el procedimiento de D&E.

Este procedimiento puede provocar, de manera más frecuente en el aborto del primer trimestre, abertura en el útero (perforación uterina) o otros daños al útero;

sangre coagulada en el útero; herida al intestino o vejiga; corte o cerviz rasgada (laceración cervical); infección que puede ocasionar la infertilidad; hemorragias o, raramente, la muerte.

D) OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL MÉTODO QUIRÚRGICO

La OMS recomienda que las operaciones mayores no se utilicen como métodos principales para un aborto. La histerotomía, por ejemplo, no tiene indicación en la práctica abortiva contemporánea, dado que su morbilidad, mortalidad y costos son mayores que los de la D&E u otros.

Al finalizar el aborto quirúrgico, es importante evaluar inmediatamente los productos de la concepción (embrión o feto y sus membranas como el amnios y el saco coriónico) para excluir la posibilidad de un embarazo ectópico. Con la AV, después de aproximadamente 6 semanas completas de embarazo, los profesionales entrenados pueden identificar visualmente los productos de la concepción, específicamente el saco coriónico. Si la aspiración no contiene los productos de la concepción esperados, debe sospecharse un embarazo ectópico y la mujer debe ser evaluada.

Otro tema relevante relacionado con el aborto quirúrgico es la preparación cervical con dilatadores osmóticos o agentes farmacológicos, pues hace que el procedimiento sea más fácil y rápido. Asimismo, en el caso de abortos realizados después de la novena semana completa de gestación se reduce la incidencia de complicaciones inmediatas comunes.

Las desventajas de la preparación cervical vienen dadas por el costo extra y el tiempo requerido. Por eso se recomienda para embarazos de más de 9 semanas completas en mujeres que no han tenido partos (nulíparas), para mujeres menores de 18 años y para todas las mujeres con embarazos de más de 12 semanas completas.

Asimismo, la OMS detalla que algunas investigaciones han sugerido que la administración oral o vaginal de 400 mg de misoprostol 3 a 4 horas antes de la cirugía es efectiva. Otros regímenes efectivos son la toma oral de 200 mg de mifepristone, 36 horas antes del procedimiento o la administración vaginal de 1 mg de gemeprost, 3 horas previas al procedimiento.

4.2. MÉTODOS MÉDICOS O QUÍMICOS DE ABORTO

Pardo Saenz⁵⁰⁷ divide los métodos químicos en dos: por un lado, los interceptivos o antiimplantatorios, que son aquellos productos que interceptan el embrión antes de su anidación en el útero materno. Los más comunes son la *espiral* (DIU) y la llamada *píldora del día después* (PDD)⁵⁰⁸; y, por otro, los contragestativos, sustancias que provocan la eliminación del embrión apenas implantado. Los más empleados son los mencionados por la norma técnica de la OMS: RU 486 (Mifepristona), prostaglandinas y Metotrexate.

La OMS asegura que los métodos médicos de aborto son seguros y efectivos. Los regímenes más utilizados se basan en el antiprogestágeno⁵⁰⁹, mifepristone, el cual se une a los receptores de progesterona inhibiendo la acción de la progesterona y, por ende, interfiriendo con la continuación del embarazo. Los regímenes de tratamiento conllevan una dosis inicial de mifepristone seguida de la administración de un análogo sintético de la prostaglandina, que aumenta las contracciones uterinas y ayuda a despedir el feto.

Entre los agentes médicos más utilizados para realizar un aborto médico se encuentran:

⁵⁰⁷ PARDO SÁENZ, José María, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

⁵⁰⁸ Este producto ha sido tema de complejos debates por sus efectos. Se trata de una sustancia anticonceptiva o abortiva, según los casos. Para mayor información: *Ibid.*, pp. 43-53; LÓPEZ, Guillermo, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

⁵⁰⁹ *Progestágeno*: Dicho de una sustancia o de un medicamento: Que favorece el curso normal de la gestación, aunque en dosis elevadas impide la ovulación, por lo que se emplea como componente de los anticonceptivos orales. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [ref. de 12 de noviembre de 2012]. Disponible en: <http://www.rae.es>.

- Mifepristone (RU486) y prostaglandinas.
- Misoprostol⁵¹⁰ o gemeprost⁵¹¹ solos.
- El metotrexate⁵¹², una droga citotóxica que se utiliza para el tratamiento del cáncer, la artritis reumatoide, la psoriasis y otras enfermedades, ha sido utilizado en combinación con el misoprostol como un método médico para abortos tempranos (hasta 7 semanas completas desde la fecha de última menstruación) en algunos países donde no se dispone de mifepristone. Paneles de expertos lo consideran poco recomendable.

Los efectos de los métodos de aborto médico son similares a aquellos asociados con un aborto espontáneo e incluyen cólicos y un sangrado similar al menstrual prolongado. Por lo general, suaviza el cuello del útero y provocan la expulsión del embrión recién anidado. El sangrado ocurre durante 9 días promedio, pero, aunque infrecuente, puede durar hasta 45 días.

Los efectos colaterales incluyen náuseas, vómitos y diarrea. Las condiciones que requieren precaución con el uso de mifepristone y una prostaglandina, incluyen

⁵¹⁰ *Misoprostol*: Induce la contracción de la musculatura uterina, actúa como agente dilatador de vasos sanguíneos y como ligero broncodilatador sobre la fibra muscular lisa bronquial. Se usa en combinación con mifepristona para terminar un embarazo reciente. También es utilizado para prevenir las úlceras en las personas que toman ciertos medicamentos para la artritis o el dolor, incluyendo las aspirinas, que pueden provocar úlceras. Protege la mucosa que recubre el estómago y reduce la producción de secreción ácida Cfr. MEDLINEPLUS [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/medlineplus.html>; VADEMECUM [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.vademecum.es>. Para mayor información sobre su uso y eficacia, cfr. GIPPINI REQUEIJO, Isabel. "Nuevo abordaje en el manejo del aborto diferido". Director: P. Coronado Martín e I. Cristóbal García. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2012.

⁵¹¹ *Gemeprost*: es una hormona que se utiliza para terminar el embarazo, incluye aquellos no viables en los que se espera la muerte del feto. Se utiliza para provocar la contracción de los músculos del útero, además de ayudar a relajar el cuello uterino. Puede ser utilizado para preparar el cuello uterino de la mujer embarazada para realizar determinados tipos de procedimientos quirúrgicos [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.nhs.uk/>.

⁵¹² *Metotrexate*: Pertenecer a un grupo de medicamentos denominados antimetabolitos antagonistas del ácido fólico. Se utiliza en dosis altas para tratar muchos tipos de cáncer. A dosis más bajas, puede ser utilizado también para tratar psoriasis y artritis reumatoide. Está indicado para el tratamiento de diversas enfermedades tumorales como la neoplasia trofoblástica gestacional, la leucemia aguda, cáncer de mama, cáncer de cabeza y cuello, cáncer de vejiga urinaria, osteosarcoma y linfomas no Hodgkin. VADEMECUM [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.vademecum.es/>.

falla hepática o adrenal aguda o crónica, alteraciones de la coagulación, tabaquismo intenso y alergia a cualquiera de las drogas utilizadas.

**POSOLOGÍAS Y VÍAS DE ADMINISTRACIÓN DE
MIFEPRISTONA SEGUIDA DE MISOPROSTOL**

Para embarazos con una edad gestacional de 9 semanas (63 días) como máximo
• 200 mg de mifepristona por vía oral. • Se recomienda que la administración de misoprostol se realice entre 1 y 2 días (24 a 48 horas) después de la mifepristona. • En el caso de la vía vaginal, bucal o sublingual, la dosis recomendada de misoprostol es 800 µg. • En el caso de administración oral, la dosis recomendada de misoprostol es 400 µg. • En el caso de gestaciones con un máximo de 7 semanas (49 días), puede administrarse el misoprostol por vía vaginal, bucal, sublingual u oral. Después de las 7 semanas de gestación, no debe emplearse la administración oral de misoprostol. • En el caso de gestaciones con un máximo de 9 semanas (63 días), puede administrarse el misoprostol por vía vaginal, bucal o sublingual.
Para embarazos con una edad gestacional entre 9 y 12 semanas (63 a 84 días)
• 200 mg de mifepristona por vía oral, seguida de, 36 a 48 horas después: • 800 µg de misoprostol por vía vaginal administrado en un centro de salud. Es posible administrar un máximo de cuatro dosis adicionales de 400 µg de misoprostol con intervalos cada tres horas, por vía vaginal o sublingual.
Para embarazos con una edad gestacional mayor a 12 semanas (>84 días)
• 200 mg de mifepristona por vía oral, seguida de, 36 a 48 horas después: • 400 µg de misoprostol por vía oral u 800 µg por vía vaginal seguido de 400 µg de misoprostol por vía vaginal o sublingual cada tres horas con un máximo de cinco dosis, administrado en un centro de salud. En el caso de embarazos con una edad gestacional superior a las 24 semanas, es necesario reducir la dosis de misoprostol debido a la mayor sensibilidad del útero a las prostaglandinas, pero la falta de estudios clínicos impide realizar recomendaciones de posología específicas

Fuente: OMS. Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud.
Ginebra: OMS, 2012. pp.3-4

Cuando se realizan abortos después de la semana 20 de gestación por el método farmacológico, debe considerarse la inducción de la muerte fetal antes del procedimiento. En estos casos, no basta con la combinación de mifepristona y misoprostol o misoprostol solo. Para inducir la muerte del feto se suele utilizar una inyección de cloruro de potasio (KCl) a través del cordón umbilical o en las cavidades cardíacas del feto que, según afirma la OMS, es sumamente eficaz pero requiere experiencia para aplicar la inyección en forma segura y precisa y tiempo para observar la cesación cardíaca mediante ecografía. Otra forma es la inyección intraamniótica o intrafetal de digoxina, que aunque tiene una tasa de fracaso más alto que el KCl para provocar la muerte fetal; es técnicamente más fácil de usar, no requiere de ecografía.

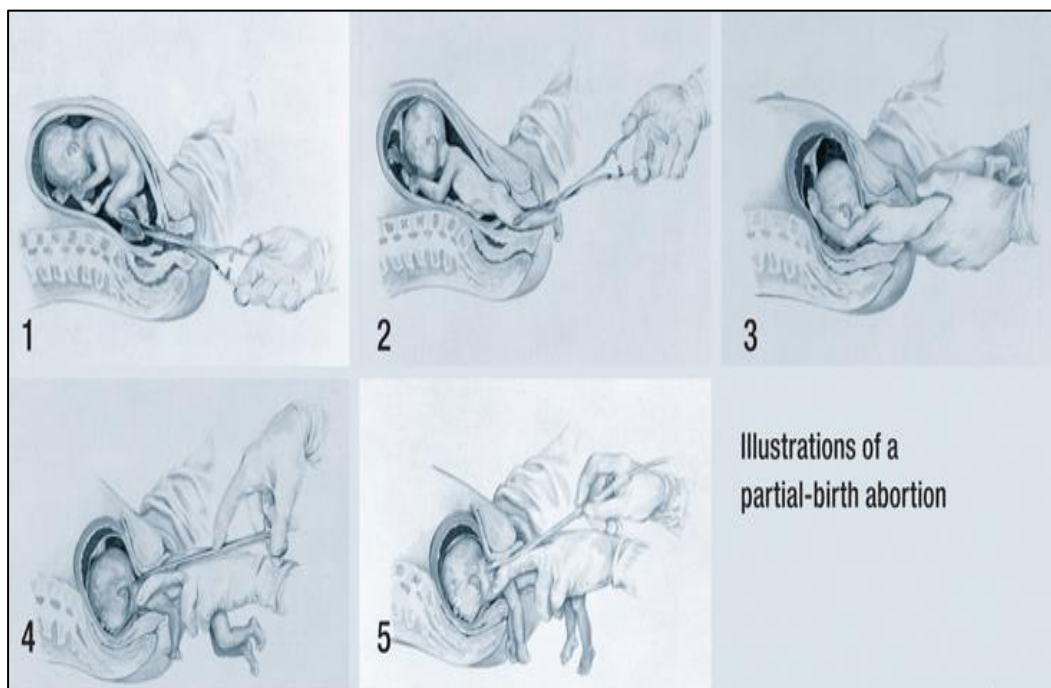
4.3. OTROS PROCEDIMIENTOS DE ABORTO

Además de los métodos y procedimientos descritos por la OMS, diferentes centros especializados en la práctica del aborto realizan los siguientes:

D.1) Dilatación y extracción (D&X)

El *intact dilatation and extraction* (*intact D&X* o *intact D&E*), también llamado *Intrauterine Cranial Decompression* o *Partial Birth Abortion* (aborto por nacimiento parcial) es utilizado para abortos después de la semana 21 de gestación (Figura 4).

FIGURA 4
ABORTO POR NACIMIENTO PARCIAL (INTACT D&X)



Fuente: GRACE, Rebecca. Partial-birth abortion revisited. En: *American Family Association*. [ref. de 23 de enero de 2013]. Disponible en http://www.afajournal.org/2007/january/0107sanctity_life.asp.

Dos días antes del procedimiento, se insertan laminarias (tallos cortos) por vía vaginal para dilatar el cuello del útero. Alrededor del tercer día la mujer debe regresar a la clínica. El médico gira el feto utilizando fórceps (tenazas de uso médico) para colocarlo en posición podálica, es decir, longitudinal pero con el polo pelviano, tira de las piernas, los hombros y los brazos a través del canal de parto. Extrae el cuerpo excepto la cabeza, realiza una pequeña incisión en la base del cráneo para permitir el acceso de un catéter de succión, que elimina la materia cerebral del feto y efectúa el parto vaginal de un feto muerto e intacto.⁵¹³

⁵¹³ Cfr. AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *American Medical Association Policy Compendium on Issues Relating to Women Physicians and Women's Health*. p. 2 [ref. de 8 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.ama-assn.org/resources/doc/wpc/wpc-policy-compendium-2012-final.pdf>; AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION. *Surgical abortion procedures* [ref. de 8 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://americanpregnancy.org/unplannedpregnancy/surgicalabortions.html>

Los efectos secundarios comunes del procedimiento incluyen calambres, náuseas, sudoración y sensación de desmayo. Los efectos secundarios menos frecuentes incluyen sangrado prolongado, coágulos de sangre, daño al cuello uterino, perforación del útero. La infección puede ser provocada por los restos del feto retenidos o la infección causada por una ETS (enfermedad de transmisión sexual) o bacterias se introducen en el útero y ocasionan fiebre, dolor, sensibilidad abdominal y, posiblemente, tejido cicatricial.⁵¹⁴

La AMA aconseja no utilizar este método a menos que los procedimientos alternativos representen un riesgo significativamente mayor para la mujer, lo cual es inusual en la práctica médica.⁵¹⁵

D.2) Métodos por instilación

Según la RAE, "instilar" significa echar poco a poco, gota a gota, un líquido en otra cosa. Las técnicas de instilación requieren la inyección de drogas o productos químicos a través del abdomen o el cuello uterino en el saco amniótico para causar el aborto y son usadas a partir del final de segundo trimestre de embarazo (Figura 5).⁵¹⁶

Los medicamentos (químicos) más usados son las prostaglandinas (que normalmente ayuda en el proceso de parto) y la urea (solución a base de nitrógeno). Se puede utilizar con oxitocina o prostaglandinas para inducir el parto y causar la expulsión vía vaginal del feto muerto.

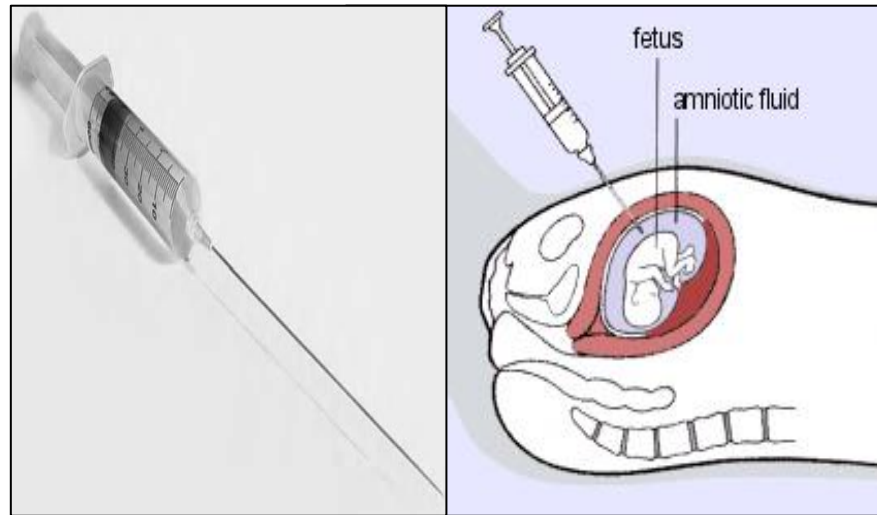
Los efectos secundarios pueden incluir placenta retenida, trauma cervical y lesiones del cuello uterino, hemorragia, paro cardíaco y la ruptura del útero, náuseas, vómitos, endometritis, infección del revestimiento del útero.

⁵¹⁴ AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵¹⁵ Cfr. AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵¹⁶ La explicación del método por instilación fue recogida y traducida de PALMER, Louis J.; PALMER, Xueyan Z. *Encyclopedia of abortion in the United States*. Carolina del Norte, London: McFarland, 2009. p. 224.

FIGURA 5
JERINGA CON AGUJA ESPINAL - INSTILLATION METHODS



Fuente: PALMER, Louis J.; PALMER, Xueyan Z. *Encyclopedia of abortion in the United States*. Carolina del Norte, London: McFarland, 2009. p. 224

También es frecuente el empleo de soluciones salinas (técnica conocida como *amniocentesis saline* o *hypertonic saline*). Ello implica la inserción de una aguja a través del abdomen de la mujer para extraer líquido amniótico. Una vez hecho esto una solución de sal concentrada se inyecta con una aguja en el saco amniótico y provoca el aborto. Los efectos secundarios de este procedimiento incluyen *consumption coagulopathy* (sangre sin control de coagulación del cuerpo) con hemorragia severa, así como efectos secundarios sobre el sistema nervioso central.

D.3) Abortos por histerectomía y histerotomía

Un aborto por histerectomía es un procedimiento del segundo trimestre, similar a una cesárea, pero su intención es entregar (*to deliver*) un feto muerto. Durante su ejecución el médico suele cortar el cordón umbilical en el útero y esperar algunos

minutos para que el feto expire. A partir de entonces, el útero entero de la mujer y el feto muerto se quitan.⁵¹⁷

El aborto por histerotomía es también similar a una cesárea, sin embargo, su intención es abortar el feto. Consiste en abrir el abdomen y retirar el contenido de la matriz. Se utiliza como procedimiento para embarazos del segundo trimestre, cuando falla el aborto por instilación o cuando existe una ligadura de trompas.⁵¹⁸

4.4. RECOMENDACIONES PARA EL ABORTO

Además de clasificar los tipos de aborto, la Guía Técnica sobre aborto de la OMS recomienda a quienes elaboran políticas de salud aquéllos que considera más adecuados, según el tiempo de gestación de la embarazada y establece unos requisitos mínimos en términos de logística y medicación.

- i. Métodos para ser utilizados hasta 12 semanas completas desde la fecha de última menstruación

En este periodo se recomienda la aspiración al vacío manual o eléctrica ó métodos médicos que utilizan una combinación de mifepristone seguida de una prostaglandina. Este segundo método es efectivo hasta las 9 semanas completas de embarazo y se está evaluando su seguridad y efectividad entre las 9 y 12 semanas completas. En todo caso, el uso de métodos médicos de aborto requiere el soporte de aspiración al vacío en el lugar o la posibilidad de derivación en caso de falla o aborto incompleto.

⁵¹⁷ La explicación del método por histerectomía fue recogida y traducida de *ibid.*, p. 200.

⁵¹⁸ *Ibid.*, pp. 224-225.

ii. Métodos para ser utilizados después de las 12 semanas completas desde la fecha de última menstruación

El método médico de aborto recomendado para esta etapa es el mifepristone seguido de dosis repetidas de una prostaglandina, como misoprostol o gemeprost. El método quirúrgico de elección es la dilatación y evacuación (D&E), usando aspiración y pinzas.

De otro lado, el documento de la OMS elabora un listado con los instrumentos, medicación y requerimientos físicos necesarios para el aborto, según el método que se trate, según se aprecia a continuación:

MEDICAMENTOS, SUMINISTROS Y EQUIPOS PARA EL CUIDADO DEL ABORTO SIN RIESGOS

Paso del procedimiento	Medicamentos y suministros	Equipo
Evaluación clínica Procedimiento de aborto quirúrgico	- Guantes de examen limpios - Agua limpia - Detergente o jabón - Agente de preparación del cuello uterino (por ejemplo, comprimidos de misoprostol, dilatadores osmóticos, mifepristona) - Medicamentos para el dolor, como analgésicos y ansiolíticos - Guantes - Bata, protección facial - Agujas (espinal calibre 22 para bloqueo paracervical y calibre 21 para la administración de medicamentos) - Jeringas (5, 10 y 20 ml) - Lidocaína para el bloqueo paracervical - Esponjas de gasa y bolas de	- Equipo para medir la presión arterial - Estetoscopio - Espéculo - Tenáculo - Dilatadores cónicos hasta 37 mm o circunferencia equivalente - Aspirador de vacío eléctrico o aspirador de AVM y cánula de hasta 12 mm - Pinzas portaesponjas (de aro) - Recipiente de acero inoxidable para preparar solución - Bandeja para instrumentos - Plato de vidrio claro para la inspección de los tejidos - Filtros (metal, vidrio o gasa)
		Para D&E: - Espéculo de boca ancha para aumentar la exposición del cuello uterino y corto para evitar

	- algodón - Solución antiséptica (sin base alcohólica) para preparar el cuello uterino - Solución para embeber instrumentos - Soluciones y materiales para esterilización o desinfección de alto nivel - Silicona para lubricar las jeringas	- alejar el cuello uterino, o espéculo de Sims si se dispone de asistente - Tenáculo atraumático - Dilatadores cónicos hasta 51mm - Aspirador de vacío eléctrico con cánula de 14 o 16 mm - Pinzas Bierer de evacuación uterina (grande y pequeña) - Pinzas Sopher de evacuación uterina (pequeña) - Cureta flexible posparto grande
Aborto médico	- Mifepristona - Misoprostol - Medicamentos para el dolor	- Área privada con sillas separada del cuidado prenatal o de trabajo de parto, para que las mujeres esperen en la clínica la expulsión - Baños adecuados
Recuperación	- Apósitos sanitarios o algodón - Analgésicos - Antibióticos - Información sobre el autocuidado - posterior al procedimiento - Métodos e información anticonceptiva - posterior al aborto, o derivación	- Equipo para medir la presión arterial - Estetoscopio
En caso de complicaciones	- Antagonistas adecuados de los medicamentos utilizados para el dolor - Agentes uterotónicos (oxitocina, misoprostol o ergotamina). - Vía y fluidos intravenosos (IV) (solución salina, lactato de sodio, glucosa) - Mecanismos claros de derivación a instalación de nivel superior, cuando sea necesario	- Oxígeno y balón Ambú - Acceso en el centro a un ecógrafo (opcional) - Portagujas largo y sutura - Tijeras - Compresas de gasas para la cavidad uterina

Fuente: OMS. *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud*. Ginebra: OMS, 2012. p. 70.

Por su parte la AMA, de acuerdo con la ciencia y los valores de la medicina recogidos por esta organización, recomienda no realizar abortos en el tercer trimestre, excepto en casos de graves anomalías fetales incompatibles con la vida. Tampoco se recomienda en los casos de indicación por grave riesgo para la vida de la madre, dado que, de hecho, no suelen ser necesario para esos propósitos. Excepto en circunstancias extraordinarias, los riesgos de salud materna que requieren un aborto se pueden acomodar sin sacrificio del feto. Además, la casi certeza de la viabilidad fetal –probada por los medios técnicos correspondientes – argumenta a favor de llevar a cabo término el embarazo de una manera apropiada (*by appropriate delivery*).⁵¹⁹

4.5. MANEJO DEL DOLOR

Según la OMS, los factores asociados con el dolor durante el aborto quirúrgico realizado con anestesia local han sido evaluados en varios estudios de observación y se encuentra asociado a variables como la edad, la duración del embarazo, la cantidad de dilataciones cervicales y el temor de la mujer.

Se ha comprobado que un parto vaginal previo disminuye el dolor. También se ha observado que un intervalo menor de dos minutos entre la administración de la anestesia local y el comienzo del procedimiento, la falta de elección entre anestesia local o general y una historia previa de uso frecuente de analgésicos contribuyen a aumentar el dolor.

El manejo adecuado del dolor no implica gran inversión en drogas o equipamientos. Además de un tratamiento médico, el dolor también puede disminuir con la actitud amigable del médico o la compañía de algún familiar cercano.

⁵¹⁹ Cfr. AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *American Medical Association Policy Compendium on Issues Relating to Women Physicians and Women's Health*. p. 2 [Ref. de 8 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.ama-assn.org/resources/doc/wpc/wpc-policy-compendium-2012-final.pdf>

i. Medicación para el dolor

Siempre debe ofrecerse medicación para el dolor. Para el manejo del dolor durante el aborto, se utilizan tres tipos de drogas, solas o combinadas:

- Analgésicos, que alivian la sensación de dolor (antiinflamatorios no esteroides)⁵²⁰
- Tranquilizantes, que reducen la ansiedad (diazepan)
- Anestésicos que adormecen la sensación física

En la mayoría de los casos, los analgésicos, la anestesia local y/o una sedación leve complementada con apoyo verbal es suficiente.

Los tranquilizantes pueden provocar amnesia, somnolencia y retrasar la deambulación. El uso complementario de analgésicos narcóticos también puede ser apropiado, pero dada la posibilidad de complicaciones, tal como la depresión respiratoria, es necesario disponer de agentes que reviertan el efecto narcótico y tengan capacidad de resucitación.

ii. Anestesia

En aquellos casos en los que se requiera una dilatación cervical para la realización de un aborto quirúrgico, para aliviar las molestias de la mujer debe utilizarse un bloqueo paracervical con un anestésico local como la lidocaína de acción rápida, inyectada por debajo de la mucosa cervical en el "cuarto cuadrante" del cérvix.

Frente a la anestesia general, una local tiene la ventaja de reducir el tiempo de recuperación y que, al estar consciente la mujer, puede alertar al profesional sobre los inconvenientes surgidos.

⁵²⁰ En estas tres pruebas se vio que el paracetamol no es efectivo para aliviar el dolor post-procedimiento.

La anestesia general no se recomienda para abortos y aumenta los riesgos clínicos, salvo que se trate de procedimientos difíciles. Ha sido asociada con mayores tasas de hemorragia que la anestesia local, aumenta los costos.

CAPÍTULO II

EL ABORTO COMO ACTO MÉDICO

El pretender determinar si el aborto provocado califica o no como un acto médico *strictu sensu*, nos lleva necesariamente a considerar qué valor se debe atribuir al embrión-feto afincado en el seno de la mujer que pretende un aborto.

No es finalidad de este apartado realizar un estudio exhaustivo sobre lo que, con mayor o menor acierto, diversos autores han manifestado respecto al estatuto del embrión. Sin embargo, sí consideramos pertinente recoger los supuestos básicos sobre este tema para evidenciar la complejidad de definir el aborto como acto médico.

1. EL EMBRIÓN ¿OBJETO O SUJETO?

Con el fin de abordar el estatuto del embrión de una forma objetiva es necesario, en primer lugar, verificar los hechos, comprobando científicamente su consistencia y exactitud; valorarlos, en función de los requerimientos de la dignidad del ser humano y, finalmente, identificar cuál debe ser la postura desde la ética del derecho, a la luz de los conceptos y valores fundamentales del ser humano.

Para ello, dividiremos este apartado en tres partes. En primer lugar, se trata el estatuto biológico del embrión, que expone las etapas del desarrollo de un ser humano, comprobadas científicamente según los estudios de Embriología y Genética (desde el proceso de fecundación hasta el nacimiento). Se precisarán *grosso modo* los cambios biológicos más importantes, que servirán de fundamento para las teorías filosóficas-antropológicas desarrolladas en el siguiente acápite.

Seguidamente, a partir de las realidades biológicas ya señaladas, expondremos brevemente las teorías que pretenden definir cuál es el estatuto ontológico del embrión, es decir, desde cuándo se le debe considerar como ser humano-persona.

Finalmente, a partir de las consideraciones expuestas, le corresponde a la ética del Derecho establecer su posición frente a la protección del embrión-feto, determinando los mínimos éticos que aseguren que la dignidad del hombre, desde sus orígenes biológicos –aún en caso de duda– no sea eliminada, manipulada o reducida a fines utilitarios o, incluso, mercantiles.

1.1. DESDE EL PUNTO DE VISTA BIOLÓGICO

Para aproximarnos a la determinación del estatuto del embrión-feto, es necesario comprender *de quién o de qué* hablamos utilizando, en primer lugar, los datos científicos obtenidos primordialmente a partir de la embriología y la genética. Ellos nos permitirán establecer cuándo nos encontramos en presencia de un nuevo ser viviente, perteneciente a la especie humana y qué papel desempeña el embrión-feto en este devenir, es decir, cuál es su estatuto biológico.

A) LA REPRODUCCIÓN EN SERES HUMANOS

Los seres humanos tenemos un periodo de vida limitado, razón por la cual poseemos mecanismos de producción de nuevos individuos (sistema reproductor) que permiten la supervivencia de nuestra especie.

Como preparación para la participación del proceso reproductor, los gametos o células germinativas masculinas (espermatozoides) y femeninas (óvulos) experimentan un proceso llamado gametogénesis (Figura 6), una fase de formación y desarrollo de estas células generativas especializadas, preparándolas –a través de la meiosis⁵²¹– para la fecundación. Cada gameto contiene una mezcla de genes paternos y maternos, que, al ser fusionados, aparece una nueva célula (el cigoto), que posee una combinación de genes de los padres y abuelos maternos y paternos.

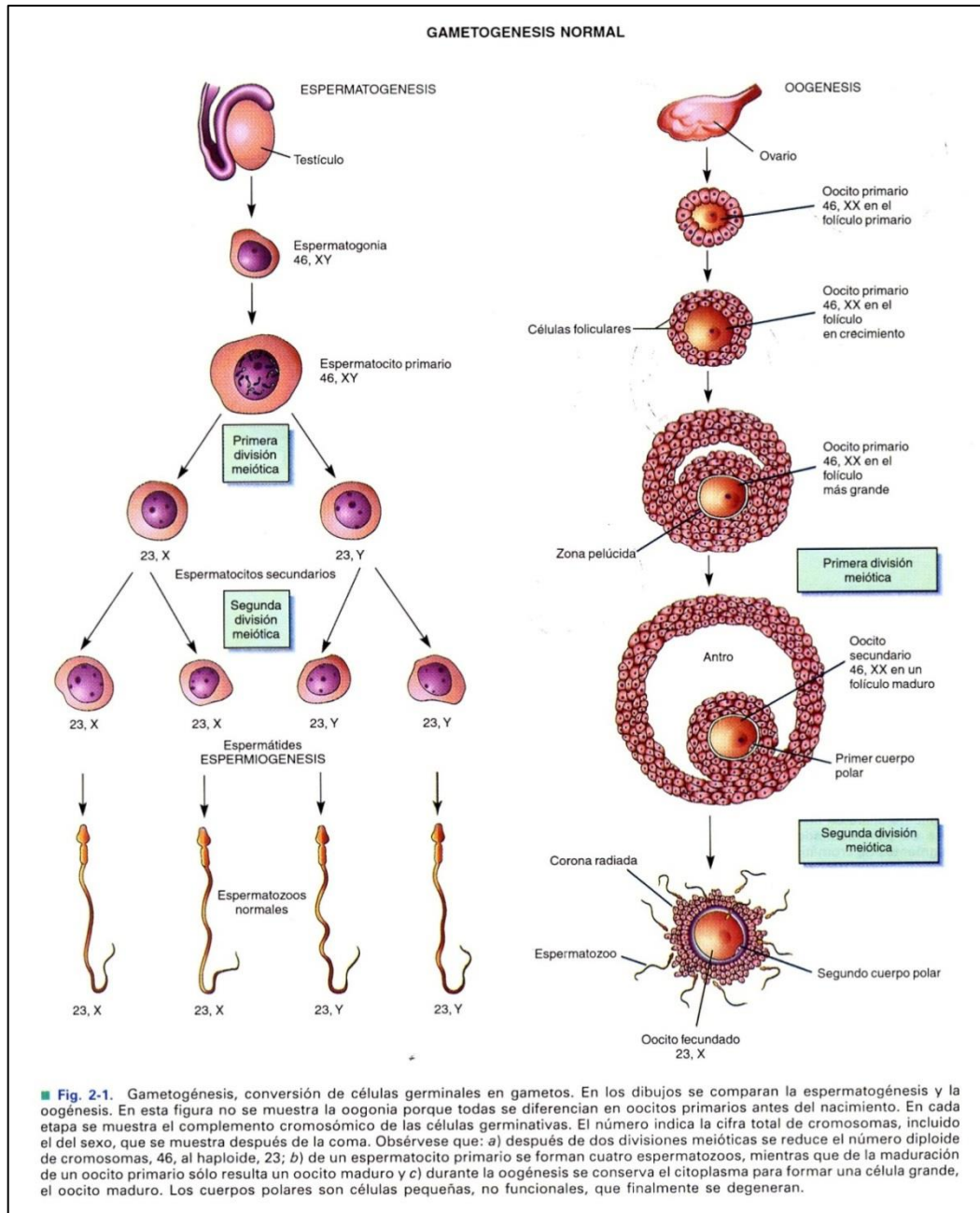
En el caso de los gametos masculinos, tienen que atravesar por un proceso llamado espermatogénesis, referido a la secuencia completa de acontecimientos a través de los cuales las células primitivas llamadas espermatogonios se transforman en espermatozoides, compuestos por 23 cromosomas cada uno. Este proceso se inicia en la pubertad y continúa hasta la madurez.

Por su parte, en el caso de los gametos femeninos, se produce el proceso denominado ovogénesis u oogénesis que denota la secuencia de eventos mediante la cual los oogonios (óvulos primitivos) se transforman en óvulos que cuentan con 23 cromosomas. Este es un proceso recurrente que forma parte del ciclo ovárico. Sin embargo, a diferencia de la espermatogénesis, el óvulo no culmina su segunda (generalmente última) división meiótica hasta que el espermatozoide logre penetrarlo.

⁵²¹ *Meiosis*: Tipo de división nuclear –generalmente dos divisiones celulares sucesivas– que da lugar a células hijas (gametos) con la mitad del número de cromosomas (23) correspondientes a la célula original (46), redistribuyendo los genes recibidos de la madre y el padre entre los gametos. VILLEE, Claude. *Biología*. México: MacGraw-Hill Interamericana, 1999. p. 562.

FIGURA 6

GAMETOGENÉISIS NORMAL



Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N. *Embriología clínica*. México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2008. (fig. 2-1).

B) DEL CIGOTO AL BLASTOCISTO (PRIMERA SEMANA)

El desarrollo humano se inicia con el proceso de fecundación, es decir, cuando un gameto masculino o espermatozoide se fusiona con un gameto femenino u óvulo para formar el cigoto, que se constituye en la primera célula del nuevo ser humano⁵²², cuyo proceso de segmentación se iniciará durante su primera semana de vida. En efecto, gracias a los avances tecnológicos, ningún científico negaría que una nueva vida humana se inicia en el momento de la fecundación, el problema se presentará en determinar si esa vida humana que acaba de iniciarse es ya un ser humano.⁵²³

B.1) El proceso de fecundación y la concepción

La concepción de un individuo humano, es el punto final de un proceso complejo llamado proceso de fecundación, cuyo curso consta de sucesivas etapas en un orden obligado (Figura 7). En palabras del Jérôme Lejeune:⁵²⁴

Quisiera decir, si se puede expresar así, que la vida tiene una historia muy larga, pero que cada uno de nosotros tiene un comienzo muy preciso, el momento de la concepción.

Sabemos, y la genética y la zoología están ahí para decírnoslo, que existe un lazo entre los padres y los hijos. Y este lazo está formado por una larga molécula que podemos analizar, la molécula de ADN, que transmite la información de padres a

⁵²² Cfr. MOORE, Keith. *Embriología básica*. México: Interamericana-McGraw-Hill, 1990. p. 27; SADLER, Thomas W. *Langman, embriología médica*. Buenos Aires: Panamericana, 2010. p. 13; SERRA, Angelo. La contribución de la biología al estatuto del embrión. Parte 1 [ref. de 18 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://guiadederechocivil.blogspot.com/2007/05/fecundacion-in-vitro.html>; *ibid.*, p. 584; ANDORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 94.

⁵²³ Cfr. CARRERA, José María; KURKAJ, Asim. *Medicina de embrión*. Barcelona: Masson, S.A., 1997. p. 3; LÓPEZ MORATALLA, Natalia; IRABURU ELIZALDE, María. *Los quince primeros días de una vida humana*. Pamplona: EUNSA, 2004, pp. 56 y ss.

⁵²⁴ Doctor en Medicina y Doctor en Ciencias, Profesor de Genética Fundamental en la Facultad de Medicina de París, médico del hospital de niños enfermos en París, fue Profesor de Genética Humana en el *California Institute of Technology*. A él se debe el descubrimiento de la trisomía 21 (síndrome de Dawn). Poseedor de la Medalla Memorial *Allen Award* por este descubrimiento, miembro de la Academia Americana de las Artes y las Ciencias, de la *Royal Society of Medicine* en Londres, de la *Royal Society of Science* de Estocolmo, de la Academia de las Ciencias de Italia, de la Academia de las Ciencias en Argentina, de la Academia Pontificia de las Ciencias del Vaticano, miembro del Instituto de Francia, miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París y de la Academia de Medicina de París.

hijos, de generación en generación. En cuanto el programa se escribe en el ADN (hay veintitrés trozos de este programa transportados por el espermatozoide y otros veintitrés diferentes y homólogos transportados por el óvulo), tan pronto como se encuentran los veintitrés cromosomas transportados por el espermatozoide con los veintitrés transportados por el óvulo, ya tenemos reunida toda la información necesaria y suficiente para expresar todas las características del nuevo ser.⁵²⁵

En efecto, la fecundación puede ser definida como la secuencia de acontecimientos que comienza cuando el espermatozoide y el óvulo entran en contacto y finaliza con la fusión de los núcleos del espermatozoide y del óvulo que integran los cromosomas maternos y paternos. Generalmente, la fecundación se lleva a cabo en la porción dilatada de la trompa de Falopio denominada "ampolla" y puede tardar aproximadamente entre 24 y 32 horas en llevarse a cabo, dependiendo de las circunstancias externas e internas que la rodeen.⁵²⁶

Teniendo en consideración que los espermatozoides recién eyaculados por sí solos no pueden fecundar los oocitos secundarios, deben experimentar un proceso de activación o capacitación en el conducto genital femenino (útero y trompas de Falopio), donde son alimentados por sustancias presentes en las secreciones de este conducto y, a su vez, eliminan algunas proteínas, adquiriendo mayor capacidad de penetrar la corona radiada y la zona pelúcida que rodean al óvulo.

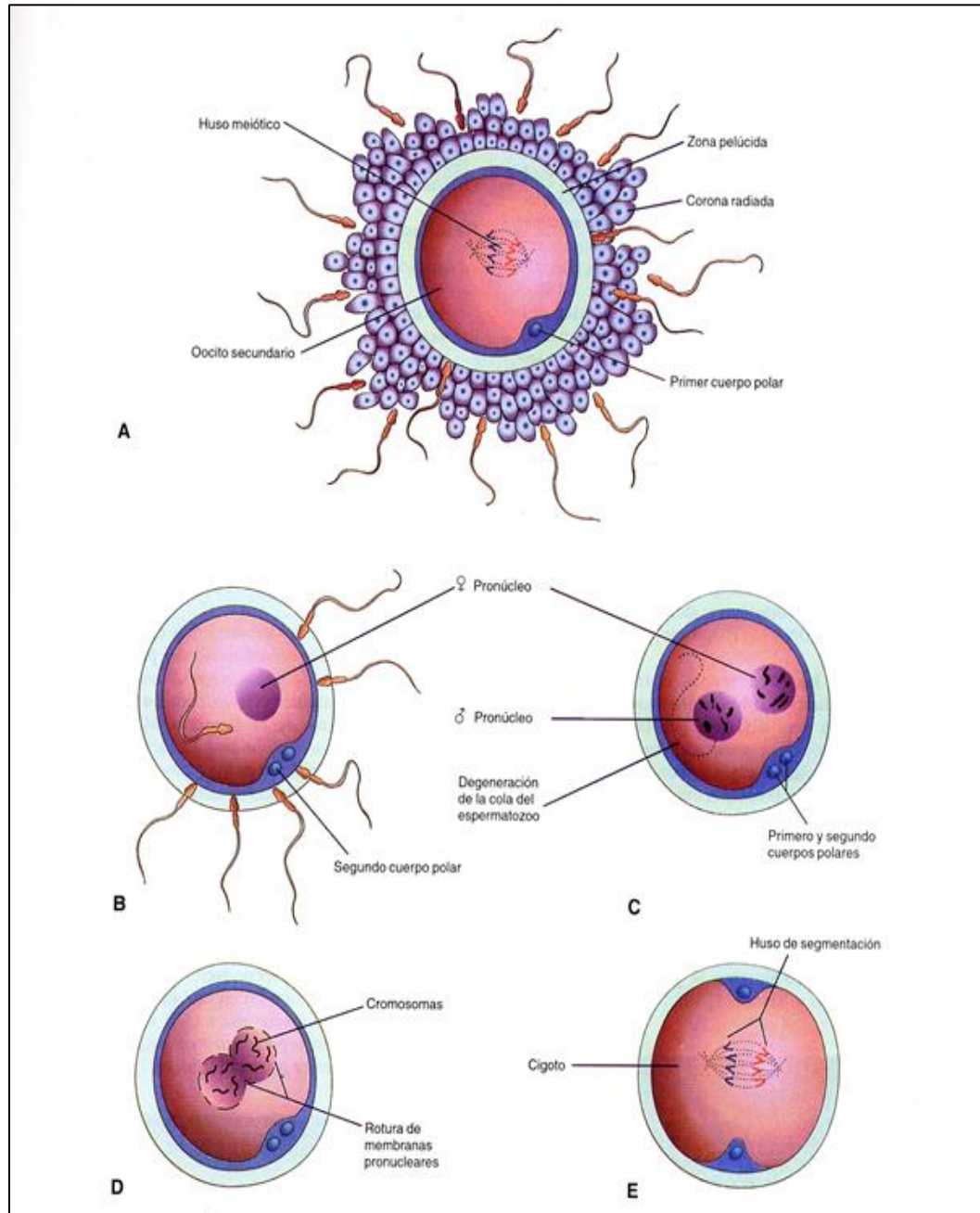
El primer espermatozoide que alcance la zona entre el débil espacio previtelínico, situado entre la zona pelúcida y la membrana plásmica del oocito, puede ahora fundirse con esta última, dando lugar a la singamia, es decir, al englobamiento del espermatozoide en el oocito, bajo la fuerza impulsora de sustancias propias, algunas producidas por el oocito y otras por el medio.⁵²⁷

⁵²⁵ LEJEUNE, Jérôme. *¿Qué es el embrión humano?* Madrid: RIALP, 1993. p. 35.

⁵²⁶ Cfr. MOORE, Keith, *op. cit.*, p. 27; SADLER, Thomas W., *op. cit.*, pp. 36 y ss.; VILLEE, Claude, *op. cit.*, p. 571.

⁵²⁷ Cfr. SERRA, Angelo y COLOMBO, Roberto. Identidad y estatuto del embrión humano: La contribución de la biología. En: CARRASCO DE PAULA, Ignacio; COLOMBO, Roberto; COZZOLI, Mauro; *et. al. Identidad y estatuto del embrión*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2000. p. 129.

FIGURA 7
ESQUEMA DE FECUNDACIÓN



Esquema de fecundación. Serie de procesos que se inician cuando los espermatozoos entran en contacto con el óvulo (A); sólo uno penetra, se forma el pronúcleo femenino (B); la cabeza del espermatozoo crece y forma el pronúcleo masculino (C); se fusionan los pronúcleos (D); se forma el cigoto (E). Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N.

Embriología clínica. México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2008. (fig. 2-15).

Después de producida la fusión entre el espermatozoide y el óvulo, el segundo se vuelve extraordinariamente activo inicia una serie de eventos que finalizan en el impulso del desarrollo embrionario.⁵²⁸

El cigoto o embrión unicelular comienza a operar con un sistema único que inicia su propia etapa de mitosis.⁵²⁹ Al respecto, A. Serra señala:

Esta fusión conduce a la reconstrucción de un conjunto genético completo de 46 cromosomas. Este proceso requiere alrededor de 22-32 horas desde el momento de la penetración del espermatozoo en el oocito. Concluida la reconstrucción nos hallamos en presencia de una nueva célula llamada cigoto. Este es el neo-concebido.⁵³⁰

Por ello, afirma que es indiscutible que de la integración de los dos conjuntos de información genética (contenida en el óvulo y el espermatozoide), diversos entre sí pero complementarios el uno del otro, y dotados de funciones específicas durante el desarrollo embrionario, surge un "nuevo proyecto" y un "nuevo programa", los cuales permanecen respectivamente delineados e inscritos de manera estable en el genoma del cigoto. Así, desde el punto de vista biológico, este nuevo concebido es un nuevo ser viviente que inicia su propia existencia diversa y distinta de la de sus progenitores.

Sobre el particular, Lejeune afirma que,

El proceso de reproducción es un fenómeno muy impresionante en el sentido de que lo que se reproduce nunca es la materia sino su información. Por ejemplo, para reproducir una estatua se puede hacer un molde y debe haber una contigüidad exacta de los átomos de la estatua original con los átomos del molde. Durante el proceso

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ Mitosis: proceso de división celular que garantiza que cada célula hija recibirá exactamente el mismo número de y tipo de cromosomas que tenía la célula progenitora. Así, en la mitosis humana, cada uno de los 46 cromosomas ha elaborado otro idéntico, existiendo 92. Al completarse la división celular 46 cromosomas se dirigen a una célula hija y 46 a la otra. Cfr. VILLEE, Claude, *op. cit.*, pp. 62 y ss.

⁵³⁰ SERRA, Angelo. *El Embrión humano, ciencia, medicina, en torno a un reciente documento*. En: ABEL I FABRE, Francesc (ed.) *La vida humana: origen y desarrollo* y otros. Barcelona: Instituto Borja de Bioética, 1989. pp. 41-43.

de vaciado habrá otro contacto, átomo por átomo, entre el molde y el yeso, de modo que se pueda reproducir la estatua. Pero lo que se reproduce no es el original [material], porque se puede hacer de yeso, o de bronce o de cualquier otra cosa. Lo que se reproduce es la forma que el genio del escultor ha impreso a la materia. [...]

La materia es el soporte de la información. Y esto explica por qué es posible la vida, puesto que sería imposible reproducir la materia. La materia no está viva, la materia no puede vivir en absoluto. La materia es materia. Lo que se reproduce y transmite es una información que anima la materia. No hay, por tanto, algo que sea materia viviente, lo que existe es materia animada. Y lo que aprendemos en genética es a reconocer lo que anima a la materia, lo que fuerza a la materia a adoptar la forma de un ser humano.⁵³¹

Lo anterior es concordante con lo precisado por A. Serra, respecto del papel de coordinación jerárquica que desempeñan los genes en la morfogénesis:

La tarea específica, pues, de estos millares de genes reguladores es la de determinar la gradual estructuración de los diversos órganos y la correlativa diferenciación de las células en el tiempo y en el espacio, a través de la acción regulada por una enorme variedad de macromoléculas cuya producción es controlada por los genes.

Concluyendo, el análisis cada vez más minucioso del desarrollo de las partes más especializadas del organismo de los vertebrados, [...] ofrece una precisa respuesta a la pregunta inicial: el secreto de la morfogénesis y del surgir de un ser con aquella determinada forma y figura está en su genoma, que se establece con la fecundación. Es él quien con su actividad, que implica la colaboración de miles de genes, sostiene y mantiene la unidad morfológica y, especialmente, funcional del embrión desde el momento de su aparición con la fusión de los gametos. Unidad que se conserva a medida que se estructura la nueva totalidad.⁵³²

De lo expuesto se concluye que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento de la concepción o fertilización (término empleado por los científicos norteamericanos).

⁵³¹ LEJEUNE, Jérôme. *op.cit.*, pp. 36 y ss.

⁵³² SERRA, Angelo. *La ley del desarrollo del embrión humano revela cuándo "Yo" soy "Yo"*. En: LÓPEZ, Mónica y LUCAS, Ramón (dirs). *El inicio de la vida: Identidad y Estatuto del embrión humano*. Madrid: BAC, 1999, p. 37-38.

B.2) Consecuencias de la fecundación

A partir de lo anterior se deducen cuatro consecuencias principales⁵³³:

- a) La fusión de los gametos (cada uno con 23 cromosomas) produce un cigoto, célula diploide con 46 cromosomas, número ordinario de la especie humana.
- b) El cigoto contiene una nueva combinación de cromosomas que difiere de la de los padres, debido a que cada uno de ellos aporta solo 23 cromosomas, garantizando la variabilidad de la especie humana.
- c) La reorganización del nuevo genoma representa el principal centro de información para el desarrollo del ser humano y para todas sus funciones ulteriores.
- d) El sexo cromosómico del embrión se determina durante la fecundación mediante la clase de espermatozoide que fecunda el óvulo. En otras palabras, los gametos del padre determinan el sexo del nuevo ser. Así, la fecundación por un espermatozoide portador de un cromosoma X produce un cigoto XX, que, normalmente genera el sexo femenino, mientras que la fecundación por un espermatozoide XY, dará origen al sexo masculino.
- e) Se estimula a que el cigoto se divida mitóticamente, es decir, de inicio a su proceso de segmentación.

B.3) Segmentación del cigoto

Conforme desciende el cigoto por la trompa de Falopio, atraviesa por una serie de divisiones celulares.⁵³⁴ Así, en el periodo aproximado de cinco días se da una rápida multiplicación de células, bajo el control de gran número de genes implicados en muchos aspectos del ciclo mitótico (producción de sustancias) que

⁵³³ Cfr. MOORE, Keith, *op. cit.*, p. 29-30; SERRA, Angelo, La contribución..., *op. cit.*; VILLEE, Claude, *op. cit.*, p. 572-573; SADLER, Thomas W., *op. cit.*, p. 36.

⁵³⁴ *Ibid.*, pp. 30-35.

regulan el propio ciclo y a otros elementos necesarios para la estructuración y la actividad del creciente número de células (Figura 8).

La división meiótica del cigoto en dos células hijas o blastómeros comienza poco después de la fecundación, sucediéndose rápidamente divisiones ulteriores, formando blastómeros cada vez más pequeños.

El tercer día se habrá formado una bola sólida de 16 blastómeros que recibe el nombre de mórula, la cual entra al útero, mientras el líquido de la cavidad uterina pasa a su interior y se acumula entre sus células. Dicha acumulación separa a estas células en dos partes: una capa celular externa o trofoblasto (que contribuirá a la formación de la placenta) y un grupo de células de localización central que recibe el nombre de masa celular interna o embrioblasto (que formará la parte orgánica del embrión).

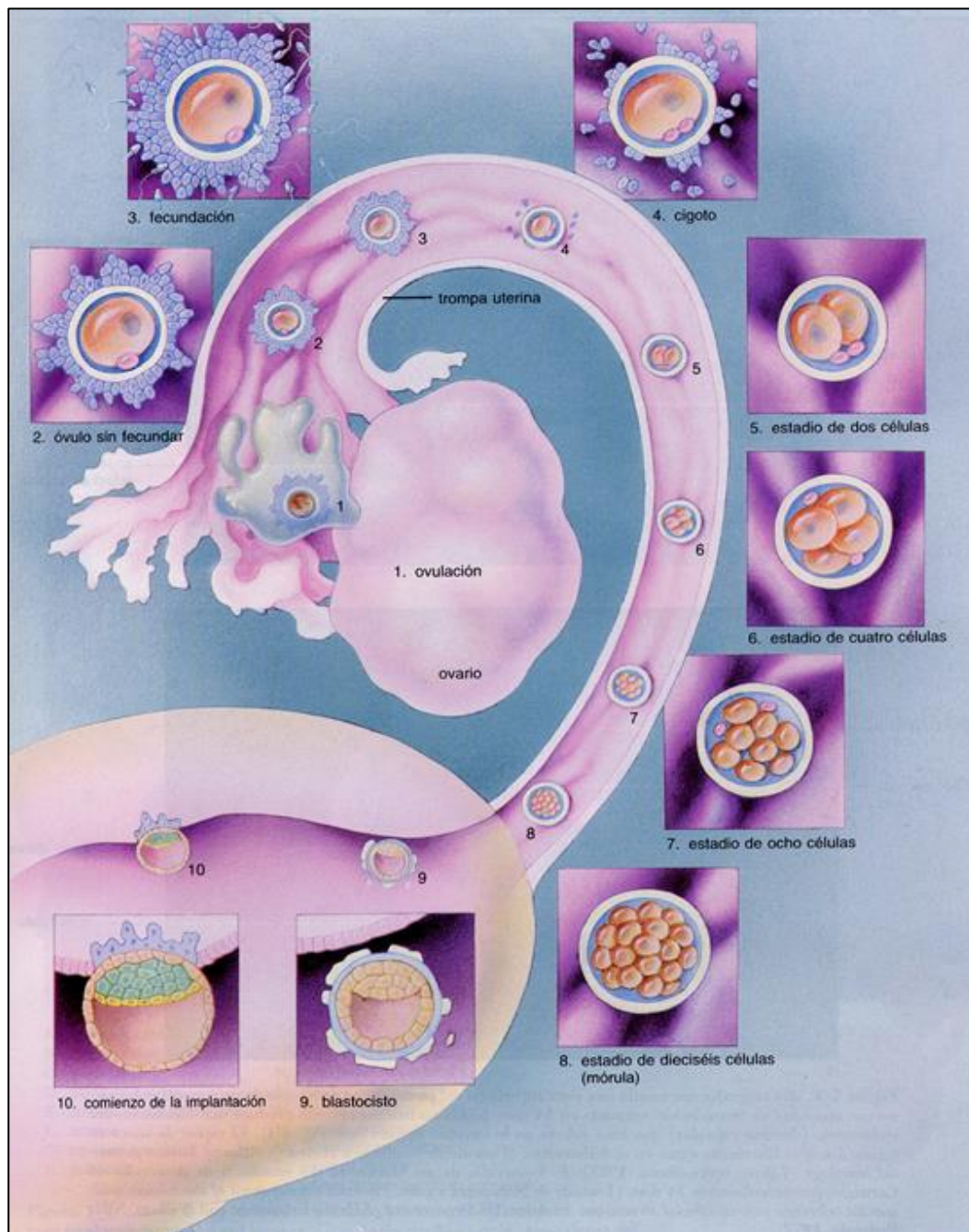
Las células trofoblásticas secretan una proteína inmunosupresora, el factor temprano del embarazo (FTE), y aparece en el suero materno en el transcurso de 24 a 48 horas de la fecundación. El FTE constituye la base de las pruebas de embarazo durante la primera semana del desarrollo.⁵³⁵

Al cuarto día se fusionan los espacios llenos de líquido para constituir un espacio único y grande llamado cavidad del blastocisto que convierte la mórula en blastocisto, donde el trofoblasto forma su pared y la masa celular interna se proyecta al interior de la cavidad del blastocisto.

Durante dos días, el blastocisto se encuentra libremente en las secreciones uterinas que satisfacen sus requerimientos nutritivos.

⁵³⁵ Cfr. MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N. *Embriología clínica*. México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2008. p. 33.

FIGURA 8
PRIMERA SEMANA DE DESARROLLO



Esquema de la Primera Semana de desarrollo humano: Desde ovulación (1) y fecundación (3) en la trompa uterina; formación del cigoto (4), hasta la formación del blastocisto (9) y el inicio de la implantación en el útero (10), atravesando por diferentes divisiones celulares (5-8). Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N.; SHIOTA, Kohei. *Atlas de la embriología clínica*. México: Panamericana, 1994. (fig. 1-3).

El quinto día se degenera y desaparece la zona pelúcida y, al día siguiente, cuando el embrión alcanza el útero y antes del proceso de implantación, el blastocisto emerge del revestimiento de fertilización y puede adherirse libremente al epitelio endometrial uterino, generalmente en la parte superior de la pared posterior del útero.⁵³⁶

Al finalizar la primera semana, el blastocisto se habrá implantado en la superficie del endometrio del útero.

C) DE LA IMPLANTACIÓN Y APARICIÓN DEL DISCO EMBRIONARIO (SEGUNDA SEMANA)

La implantación o incrustación del blastocisto en el endometrio (revestimiento) del útero finaliza durante la segunda semana del desarrollo, una vez que el epitelio superficial lo ha cubierto totalmente.⁵³⁷

Conforme procede la invasión del trofoblasto, aproximadamente en el octavo día, se forman dos capas en éste: una interna denominada citotrofoblasto o trofoblasto celular y una externa denominada sincitiotrofoblasto o sincitio, conformada por una masa multinucleada sin límites celulares reconocibles, que producen sustancias que erosionan los tejidos maternos para que el blastocisto pueda penetrar en el epitelio endometrial e invadir el estroma endometrial.

Al mismo tiempo, aparece un pequeño espacio entre la masa celular interna y el trofoblasto invasor que constituye el principio de la cavidad amniótica y, a medida que se va constituyendo dicha cavidad, ocurren cambios en la masa celular interna que ocasionan la formación de un disco embrionario⁵³⁸ aplanado y

⁵³⁶ La pared del útero está formada por tres capas: el *endometrio* o mucosa que reviste el interior de la pared; el *miometrio*, una capa gruesa de músculo liso; y el *perimetrio*, revestimiento que cubre la capa externa de la pared. Cfr. SADLER, Thomas W., *op. cit.*, p. 41-43.

⁵³⁷ *Ibid.*, pp. 43 y ss; MOORE, Keith, *op. cit.*, 37-47; SERRA, Angelo; COLOMBO, Roberto, *op. cit.*, pp. 133-135.

⁵³⁸ El disco embrionario es una estructura compleja compuesta por gran cantidad de células y representa un punto de llegada altamente significativo entre los estadios iniciales del desarrollo precoz del nuevo ser humano y, también, un punto decisivo para su futuro desarrollo. Así,

esencialmente circular el cual consta de dos capas: el epiblasto, formado por células que se asocian a la cavidad amniótica y el hipoblasto, constituido por pequeñas células cuboidales relacionadas con la cavidad del blastocisto (Figura 9).

Conforme aumenta de tamaño la cavidad amniótica, adquiere un techo epitelial, el amnios, derivado de células citotrofoblásticas, y el epiblasto forma su piso. Al mismo tiempo, otras células provenientes del trofoblasto originan una delgada membrana exocelómica (de *Heuser*) que encierra una cavidad llamada saco vitelino primario, que es fundamental para la formación de la sangre. Mientras tanto, algunas células trofoblásticas producen una capa denominada Mesodermo extraembrionario, dispuesta en torno al amnios y al saco vitelino primario.

A los diez días, el embrión se incrusta completamente en el endometrio: el amnios ya está diferenciado, el saco vitelino primitivo está delimitado, el trofoblasto polar con el mesodermo extraembrionario da origen al corion, del que se desarrollará la placenta (Figura 10). Entre el undécimo y décimo tercer día, en el sincitiotrofoblasto aparecen espacios aislados o lagunas que proceden a llenarse de una mezcla de sangre de los capilares maternos desgarrados y de las secreciones provenientes de las glándulas endometriales erosionadas, que sirven de nutrientes que quedan a disposición del embrión.

Al finalizar la segunda semana, conforme se constituye el celoma extraembrionario a partir de los espacios en el mesodermo extraembrionario,⁵³⁹ se reduce el tamaño del saco vitelino primario, que pasa a denominarse saco vitelino secundario (Figura 11).

durante las tres semanas siguientes, en este disco embrionario –que forma un todo con las estructuras embrionales, especialmente con el amnios y corion, sin las cuales no podría producirse un desarrollo posterior– se define el diseño general del cuerpo (body plan) y se inicia el modelado (*patterning*) de los diferentes órganos y tejidos. *Ibid.*

⁵³⁹ El celoma divide al mesodermo extraembrionario en dos capas: *mesodermo somático embrionario*, que reviste el trofoblasto y cubre el amnios y el *mesodermo esplácnico extraembrionario*, que cubre el saco vitelino. El primero constituye el corión junto con dos capas de trofoblasto. El *corión* a su vez forma el *saco coriónico*, en cuyo interior se encuentra suspendido el embrión y sus sacos amnióticos y vitelino mediante el tallo conector. Cfr. MOORE, Keith, *op. cit.*, p. 42.

FIGURA 9
IMPLANTACIÓN DEL BLASTOCISTO

Esquema de la implantación del blastocisto en el endometrio: A medida que va penetrando ($\pm$ 8 días) se va formando la cavidad amniótica (A). Se forma el disco embrionario bilaminar (B). Se culmina con la implantación total, llamada “intersticial” (C).

Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N. *Embriología clínica*. México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2008. (fig. 3-1).

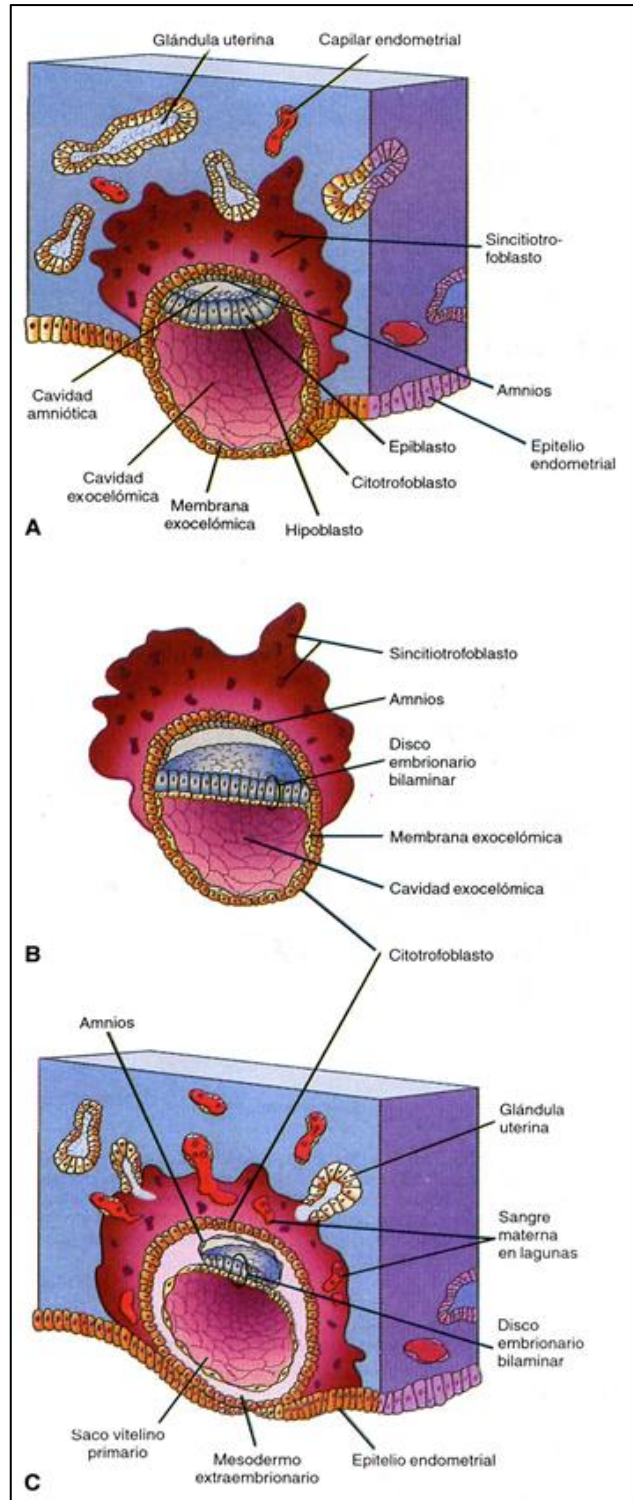
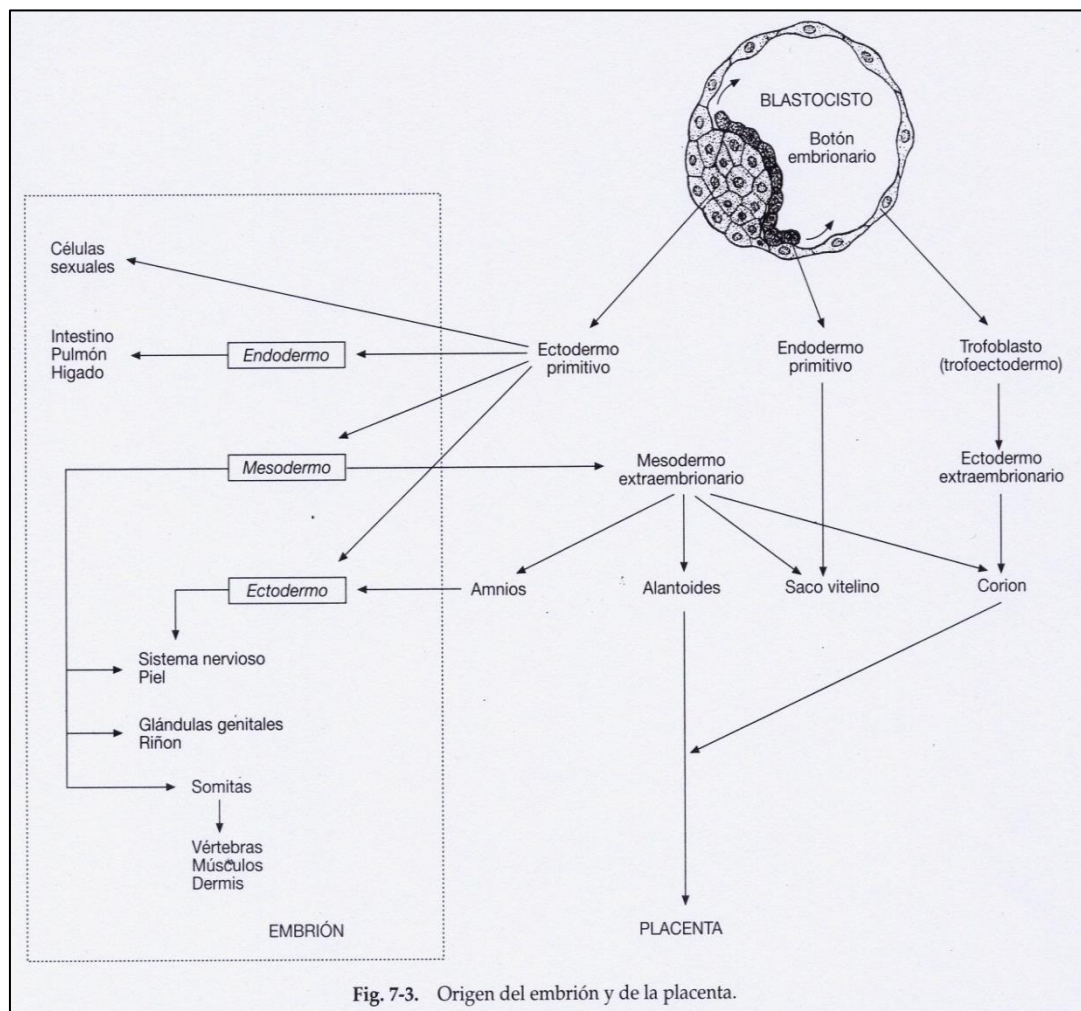


FIGURA 10
EVOLUCIÓN DEL BLASTOCISTO

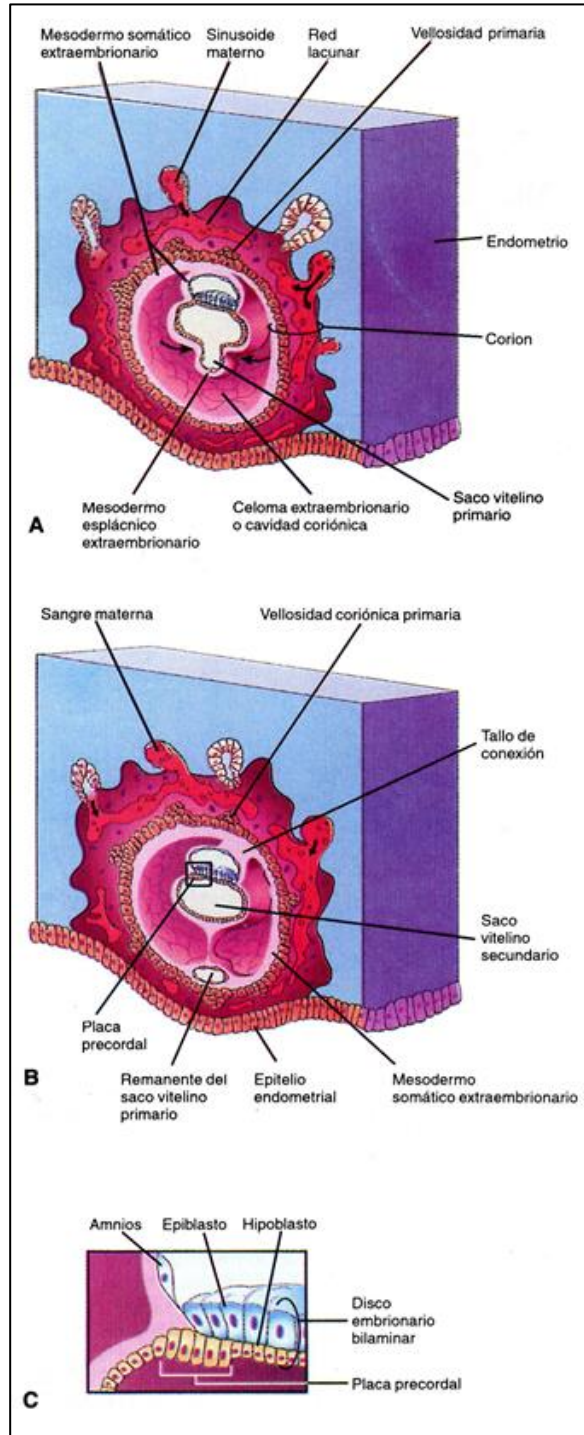


Se aprecia cómo, de los componentes del blastocisto, se derivan los elementos constitutivos, en el corto plazo, del periodo embrionario y de la placenta, y, en el mediano plazo, la composición orgánica del ser humano. Fuente: CARRERA, José M.; KURJAK, Asim. *Medicina del embrión*. Barcelona: Masson, 1997. (fig. 7-3).

FIGURA 11
FORMACIÓN DEL CELOMA EXTRAEMBRIÓNARIO

Se empieza a formar el celoma extraembrionario, el saco vitelino primario reduce su tamaño (A) y se forma el saco vitelino secundario (definitivo) (B).

Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N. *Embriología clínica*. México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2008. (fig. 3-5).



Finalmente, alrededor del día 14 después de la fecundación, en el extremo caudal (inferior) del embrión, aparece un denso grupo de células denominado *estría primitiva*.

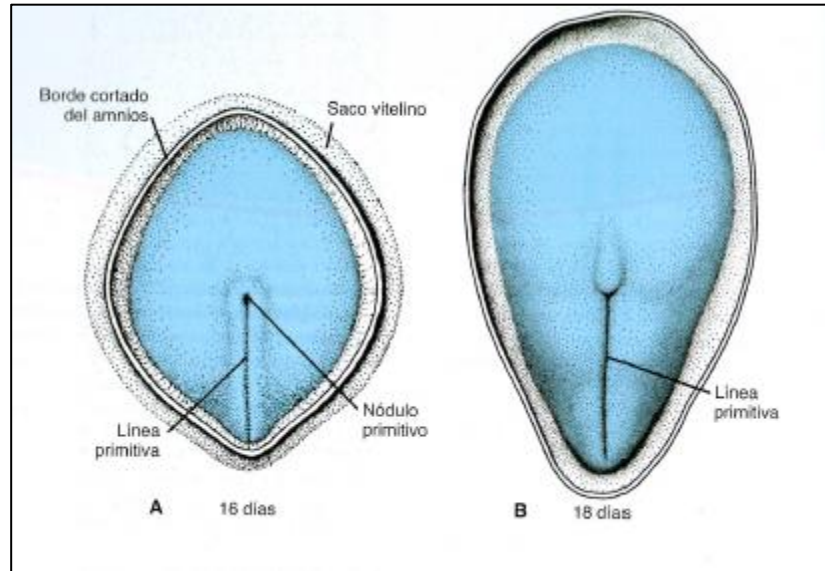
D) DE LA APARICIÓN DE LA LÍNEA PRIMITIVA (TERCERA SEMANA)

La tercera semana constituye el inicio de un periodo de desarrollo rápido del embrión a partir del disco embrionario bilaminar que se formó durante la segunda semana y coincide con la primera ausencia de menstruación. El fenómeno más relevante en este periodo es la *gastrulación*, proceso mediante el cual la masa celular interna (disco bilaminar) se convierte en un disco embrionario trilaminar. Representa el comienzo de la *morfogénesis* (desarrollo de la forma del cuerpo) y es el suceso más significativo que ocurre durante la tercera semana. Durante esta etapa ocurren procesos importantes como la formación de la *estría primitiva*, *notocordio* y *capas germinales*: *ectodermo* (origina la epidermis y el sistema nervioso), *mesodermo* (da lugar a los músculos, tejidos conectivos, huesos y vasos sanguíneos) y *endodermo* (forma los revestimientos de los conductos digestivo y respiratorio).⁵⁴⁰

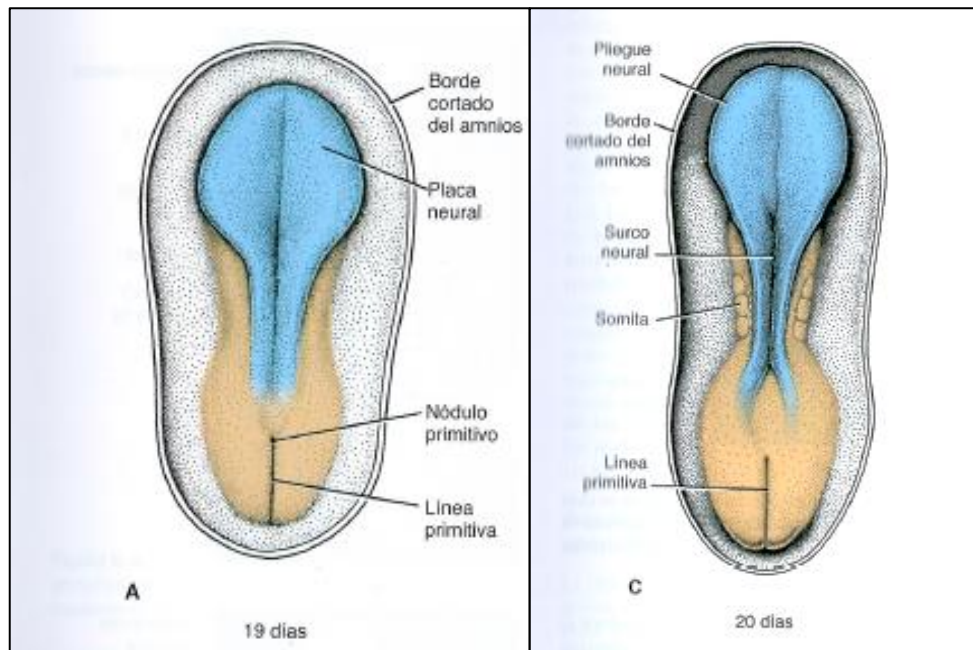
La *gastrulación* comienza con la formación de la *línea primitiva* en el *epiblasto* del disco embrionario. Así, al principio de la tercera semana, aparece en sentido caudal, en la línea media de la superficie dorsal del disco embrionario, una espesa banda lineal del epiblasto embrionario denominada *línea o estría primitiva*, que es el resultado del "amontonamiento" de células del epiblasto que proliferan y emigran al centro del disco embrionario (Figura 12). La *línea primitiva* tiene la forma de un estrecho surco primitivo con pliegues suaves a cada lado. Poco después de que aparezca la *línea primitiva*, las células se desprenden de su capa profunda y forman una red laxa de tejido conectivo embrionario llamado *mesénquima*, algunas de las cuales forman el *mesodermo*.

⁵⁴⁰ SADLER, Thomas W., *op. cit.*, pp. 51 y ss.; *ibid.*, pp. 49-62.

FIGURA 12
VISTA DORSAL EMBRIÓN 16 Y 19 DÍAS



En la vista dorsal de embrión de 16 días, se puede observar la línea primitiva y el nudo primitivo (A). En el día 18 va incrementando la región cefálica, algo más que el caudal (inferior) (B). Fuente: SADLER, Thomas W. *Langman Embriología Médica*. México: Panamericana, 2010. (fig. 6-1).



En la vista dorsal de embrión de 19 días, se advierte claramente la placa neural (A). En el día 20 aprox. Aparecen somitas y se forma el surco neural y los pliegues neurales (B). Fuente: SADLER, Thomas W. *Langman Embriología Médica*. México: Panamericana, 2010. (fig. 6-2).

Conforme se alarga esta línea por la añadidura de células a su extremo caudal, su extremo craneal (superior) se engrosa para formar un nudo primitivo, dando origen a unas células que constituyen un tejido conectivo embrionario llamado mesoblasto, el mismo que, al diseminarse, se agrega para constituir una capa entre el epiblasto y el hipoblasto conocida como mesodermo intraembrionario, que, a su vez, transforma el disco embrionario bilaminar en un disco embrionario de tres capas (ectodermo, endodermo, mesodermo embrionario).

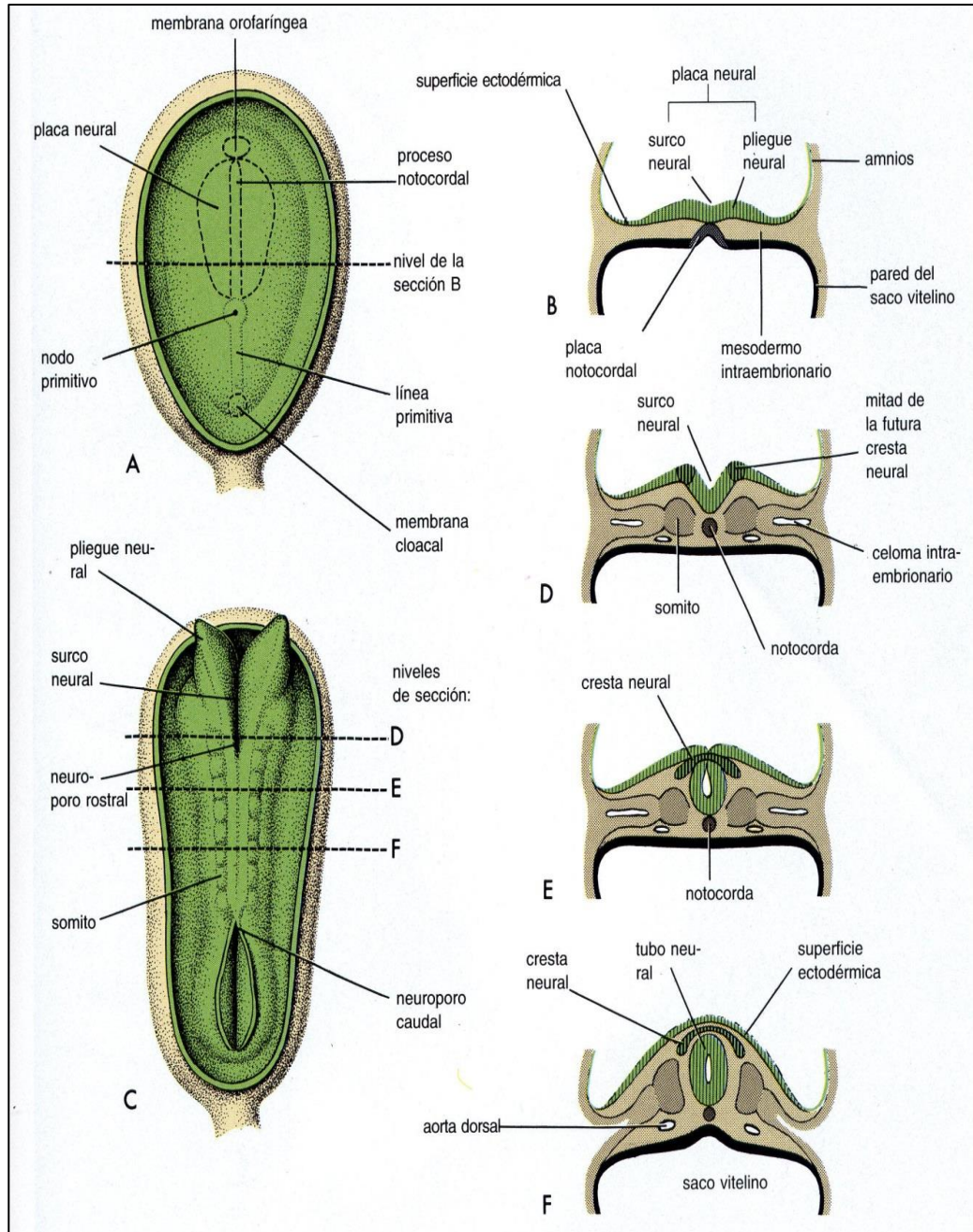
Las células que emigran en sentido craneal a partir del nudo primitivo de la línea primitiva forman un cordón en la línea media conocido como proceso notocordial, que se constituye como la siguiente estructura en aparecer durante la tercera semana. Este proceso crece hacia la placa procordal que indica dónde se desarrollará la boca. Al final de la tercera semana el proceso notocordal, en forma de tubo se ha transformado en la notocorda.

El notocordio es un bastón o cordón celular que se desarrolla a partir del proceso notocordial, proporciona rigidez y define el eje primitivo del embrión, constituyendo la estructura en torno a la cual se forma la columna vertebral. Al mismo tiempo, induce a que el ectodermo suprayacente constituya la lámina neural –ubicado a poca distancia del nudo primitivo– que origina el sistema nervioso central (cerebro y médula espinal) y aparece como un espesamiento en la línea media del ectodermo embrionario (Figura 13).

La neurulación es el proceso más importante que comienza al final de la tercera semana. Implica la formación de la placa neural, pliegues neurales, cresta neural y tubo neural. Este último comenzará su formación a nivel medio del embrión, procederá hacia los extremos craneal y caudal y su cierre ocurre al finalizar la cuarta semana.

Cuando se forman estas estructuras, el mesodermo intraembrionario prolifera para formar dos columnas del mesodermo paraxial. Cada columna se continúa lateralmente con el mesodermo intermedio, el cual gradualmente se adelgaza lateralmente en una capa de mesodermo lateral.

FIGURA 13
FORMACIÓN DEL TUBO Y CRESTA NEURAL



Formación del Tubo neural y de la cresta neural: (A) Visión dorsal de embrión de 18 días, sin el amnios. (B) Sección transversal: muestra el desarrollo de la placa y surco neural y la notocorda en desarrollo. (C) Visión dorsal de embrión de 22 días: muestra los pliegues neurales fusionados a nivel de los somitos pero abiertos en los polos. (D a F) Sección transversal: muestra la formación del tubo neural. Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N.; SHIOTA, Kohei. *Atlas de la embriología clínica*. México: Panamericana, 1994. (fig. 2-6).

El mesodermo, situado a ambos lados del notocordio, se engruesa para formar columnas longitudinales de mesodermo paraxil. Al final de la tercera semana, comienza en sentido craneal la división de estas columnas mesodérmicas paraxiles en pares de cuerpos cuboidales llamados somitos (Figura 14), que originaran la columna vertebral, costillas y músculos dorsales asociados. El celoma intraembrionario también aparece entre las capas de mesodermo lateral, que es el primordio de las cavidades del cuerpo (cavidad pericárdica, pleural y peritoneal).

La formación de la sangre y de los vasos sanguíneos comienza a inicios de la tercera semana en el mesodermo extraembrionario del saco vitelino y comunica al tallo conector y corion. Así, en esta semana hay necesidad de vasos que alimenten y oxigenen al embrión a partir de la circulación materna. De otro lado, antes de finalizar la tercera semana, se forma el corazón primitivo, los tubos cardíacos se habrán unido con los vasos sanguíneos del embrión conectado al tallo, corion y saco vitelino para constituir el sistema cardiovascular primitivo.

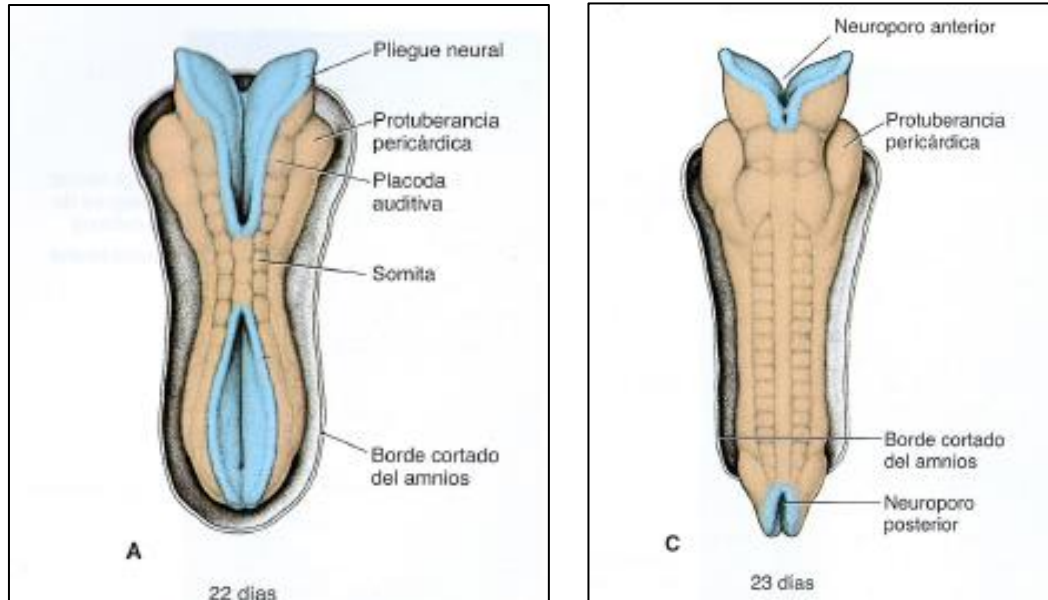
La circulación sanguínea da inicio antes de concluir la tercera semana, cuando el corazón empieza a latir. Por ende, el cardiovascular es el primer sistema orgánico que adquiere estado funcional.

E) DE LA PLEGADURA DEL EMBRIÓN (CUARTA A OCTAVA SEMANA)

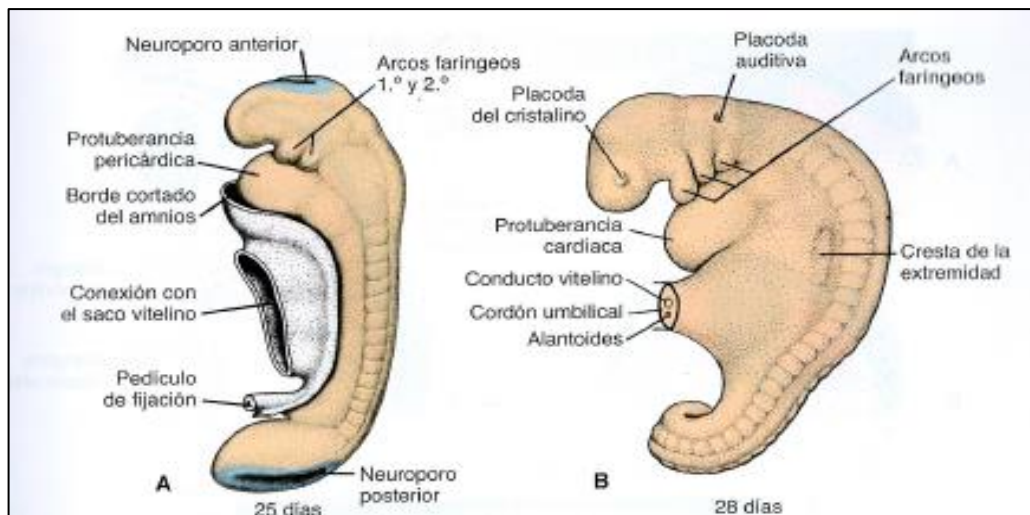
Al iniciarse este periodo, las plegaduras longitudinales y transversa transforman al aplanado disco embrionario trilaminar en un embrión cilíndrico en forma de "C". La porción dorsal del saco vitelino se incorpora al embrión durante el plegado y origina el tubo digestivo primitivo (Figura 15).⁵⁴¹

⁵⁴¹ SADLER, Thomas W., *op. cit.*, pp. 67-90; SERRA, Angelo. La contribución..., *op. cit.*; MOORE, Keith, *op. cit.*, pp. 63-80.

FIGURA 14
EMBRIÓN 22 Y 25 DÍAS

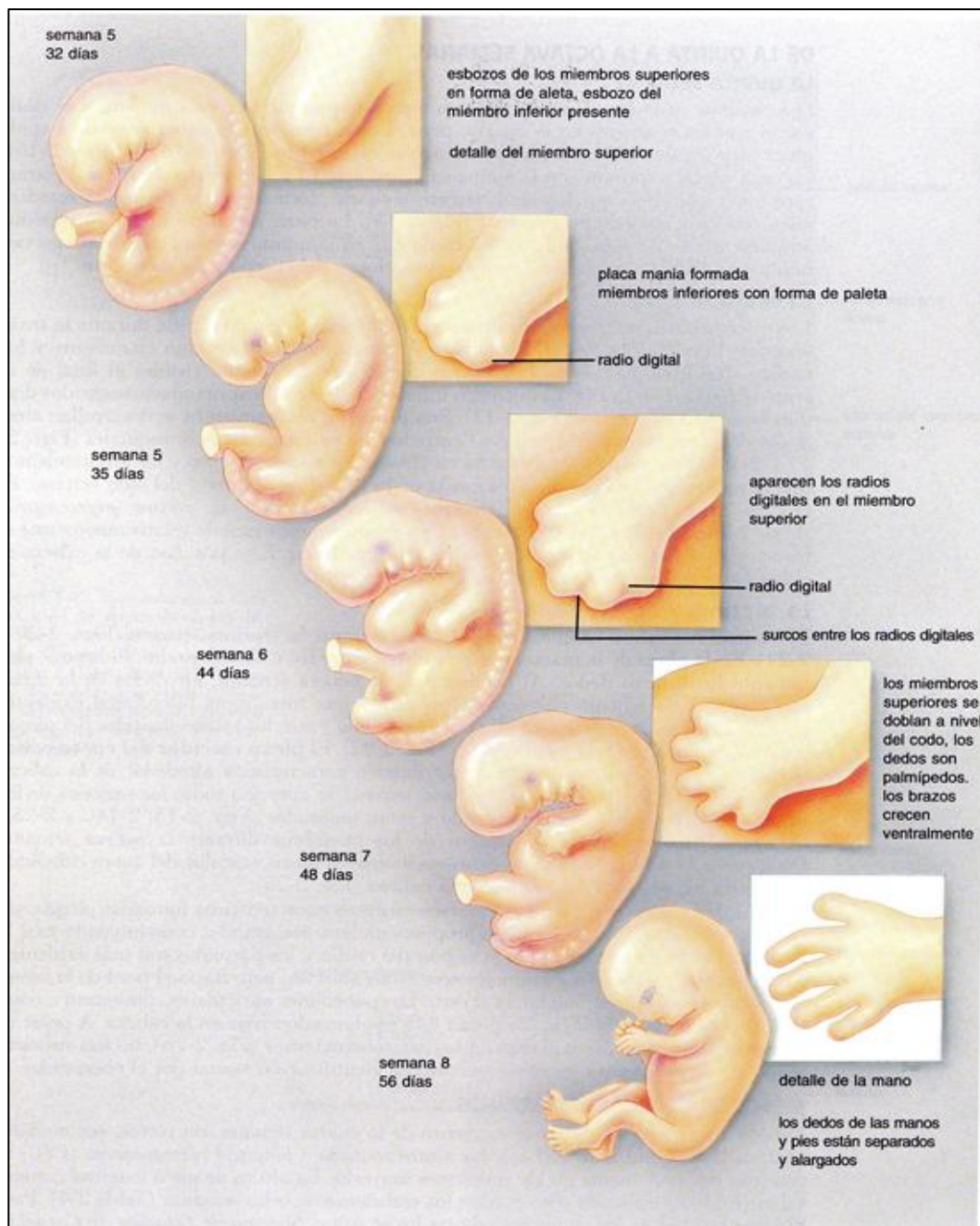


En la vista dorsal de embrión de 22 días, se advierte 7 somitas a cada lado del tubo neural (A). En el día 23 aprox. (B). Fuente: SADLER, Thomas W. *Langman Embriología Médica*. México: Panamericana, 2010. (fig. 6-3).



En la vista dorsal de embrión de 25 días, embrión de 14 somitas y mayor desarrollo (A). En el día 28 aprox., lado izquierdo de un embrión de 25 somitas, aparecen los tres primeros arcos branquiales y placodas auditivas y cristalinas (ojo) (B). Fuente: SADLER, Thomas W. *Langman Embriología Médica*. México: Panamericana, 2010. (fig. 6-4).

FIGURA 15
DESARROLLO FETAL 5-8 SEMANAS



Esquemas de desarrollo del embrión desde los 32 días (5 semanas) hasta los 56 días. (8 semanas). Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N.; SHIOTA, Kohei. *Atlas de la embriología clínica*. México: Panamericana, 1994. (fig. 2-13).

Las tres capas germinativas se diferencian en diversos tejidos y órganos, de manera que hacia el final del periodo embrionario se habrán establecido los primordios de todos los principales sistemas de órganos, produciendo características que dan al embrión una apariencia humana (Figura 15).

Así, por ejemplo, de la capa del ectodermo deriva el sistema nervioso central (cerebro y médula espinal), el sistema nervioso periférico, el epitelio sensorial del ojo, oído y nariz, la epidermis y sus anexos (cabellos y uñas), las glándulas mamarias, la hipófisis (o glándula pituitaria), las glándulas subcutáneas y el esmalte de los dientes.

La capa del mesodermo origina cartílagos, huesos, tejido conectivo, músculos estriados y lisos, corazón, sangre, vasos y células sanguíneas y linfáticas, riñones, gónadas (ovarios y testículos), conductos genitales, bazo y corteza de la glándula suprarrenal. Finalmente, la capa del endodermo origina el revestimiento epitelial de los conductos gastro-intestinales y respiratorio, la glándula tiroides, el hígado, el páncreas, el revestimiento epitelial de la vejiga urinaria y la uretra, entre otros.

En la quinta semana de gestación, cuando la longitud del embrión es algo inferior a un centímetro, están ya presentes –aunque en estado primario– la estructura del cerebelo, corazón y de algunos trazos pulmonares, gastro-entéricos y urinarios y se inicia la diferenciación sexual; en la sexta semana los miembros en esbozo son claramente visibles y en la séptima semana la forma del cuerpo es completa. Así, al final del segundo mes han aparecido caracteres que dan al embrión la forma humana definitiva.

TABLA 1
SEMANAS DE GESTACIÓN Y LONGITUD DEL EMBRIÓN

Semanas de gestación y longitud del embrión						
Órganos	Semana 3 (2 mm)	Semana 4 (4 mm)	Semana 5 (10 mm)	Semana 6 (13 mm)	Semana 7 (18 mm)	Semana 8 (30 mm)
Cardiovascular	Aparece el área cardiogénica y se forman los tubos cardíacos	Se fusionan los tubos cardíacos	Comienza la tabicación. Cojines auriculoventriculares	Tabicación aorticopulmonar. Músculo cardíaco. Comienza la hematopoyesis en el hígado	Se completa el tabique interventricular	
Intestino anterior respiratorio	Placa precordial. Cierre del intestino anterior	La membrana oral se rompe. Aparece el surco laringotraqueal, las bolsas faringéas, el rudimento tiroideo, la bolsa de Ratke y el divertículo hepático	Se forman las placodas nasales, el primordio de la lengua, los primordios pulmonares, los recesos tubotimpánicos y los divertículos pancreáticos	Aparecen la lámina dental, los procesos palatinos y el tabique nasal primitivo. Se rompe la membrana buconasal. Se cierran las aberturas pleuropericárdicas y se produce la hernia del intestino medio. Se forman el ciego, el apéndice y el bazo		Se forman el órgano de esmalte, los orificios nasales y los bronquiolos. Se cierran los canales pleuroperitoneales. Se forma el músculo liso
Intestino posterior urogenital	Membrana cloacal. Cierre del intestino posterior	Aparecen los cordones nefróticos y los conductos nefricos	Los conductos nefricos llegan a la cloaca. Los primordios ureterales alcanzan el metanefros. Aparecen las crestas genitales y el tabique urorrectal	Surgen los conductos de Müller y la placa uretral	Se distinguen los testículos y los ovarios. Se rompe la membrana cloacal	
Musculo-esquelético	Mesodermo intraembrionario	Aparecen los primordios de las extremidades	Aparecen las flexiones articulares. Manos y pies	Se inician la consolidación y osificación membranosa	Sistema musculoesquelético. Dedos de las manos y los pies	Los conductos de Müller se fusionan y se forma el músculo liso
Sistema nervioso	Placa neural y surco neural	El tubo neural se cierra. Aparecen las vesículas encefálicas primitivas y surge la curvatura cervical. La cresta neural se segmenta. Aparecen las vesículas ópticas, las placodas del cristalino y las vesículas y placodas óticas	Aparecen la curvatura mesencefálica, las raíces de los nervios craneales, las capas ópticas y las vesículas del cristalino	Surge la curvatura pontina. Se forman los hemisferios cerebrales, los plexos nerviosos y el cerebro	Se forman los plexos coroides	Comienza la osificación endocranal

Cronología del desarrollo de los órganos. Fuente: CARRERA, José M.; KURJAK, Asim. *Medicina del embrión*. Barcelona: Masson, 1997. (Tabla 11-4)

F) DEL PERIODO FETAL (NUEVE SEMANAS AL NACIMIENTO)

Este periodo se caracteriza por el rápido crecimiento corporal y la diferenciación de sistemas orgánicos. Un cambio manifiesto es la disminución relativa del crecimiento cefálico en comparación con el resto del cuerpo (Figura 16).⁵⁴²

Al inicio de la vigésima semana la madre ya reconoce los movimientos fetales. Aparecen el cabello y las cejas, los párpados están cerrados durante gran parte de este periodo, pero se reabren a las 26 semanas. Un feto de 22 a 25 semanas puede sobrevivir si nace de forma prematura y recibe cuidados intensivos, pero también puede fallecer porque su sistema respiratorio es todavía inmaduro.⁵⁴³

A partir de la semana 26-29, los vasos pulmonares están lo suficientemente desarrollados para un intercambio gaseoso adecuado. Además, el sistema nervioso central ha madurado hasta el punto de dirigir los movimientos respiratorios rítmicos y controlar la temperatura corporal.⁵⁴⁴

Hasta aproximadamente las 30 semanas, el feto exhibe una apariencia rojiza y apergaminada debido a lo delgado de su piel y a la relativa ausencia de grasa subcutánea. Durante las últimas 6 u 8 semanas, desarrolla con rapidez la grasa, proporcionando al feto una apariencia lisa y regordete.

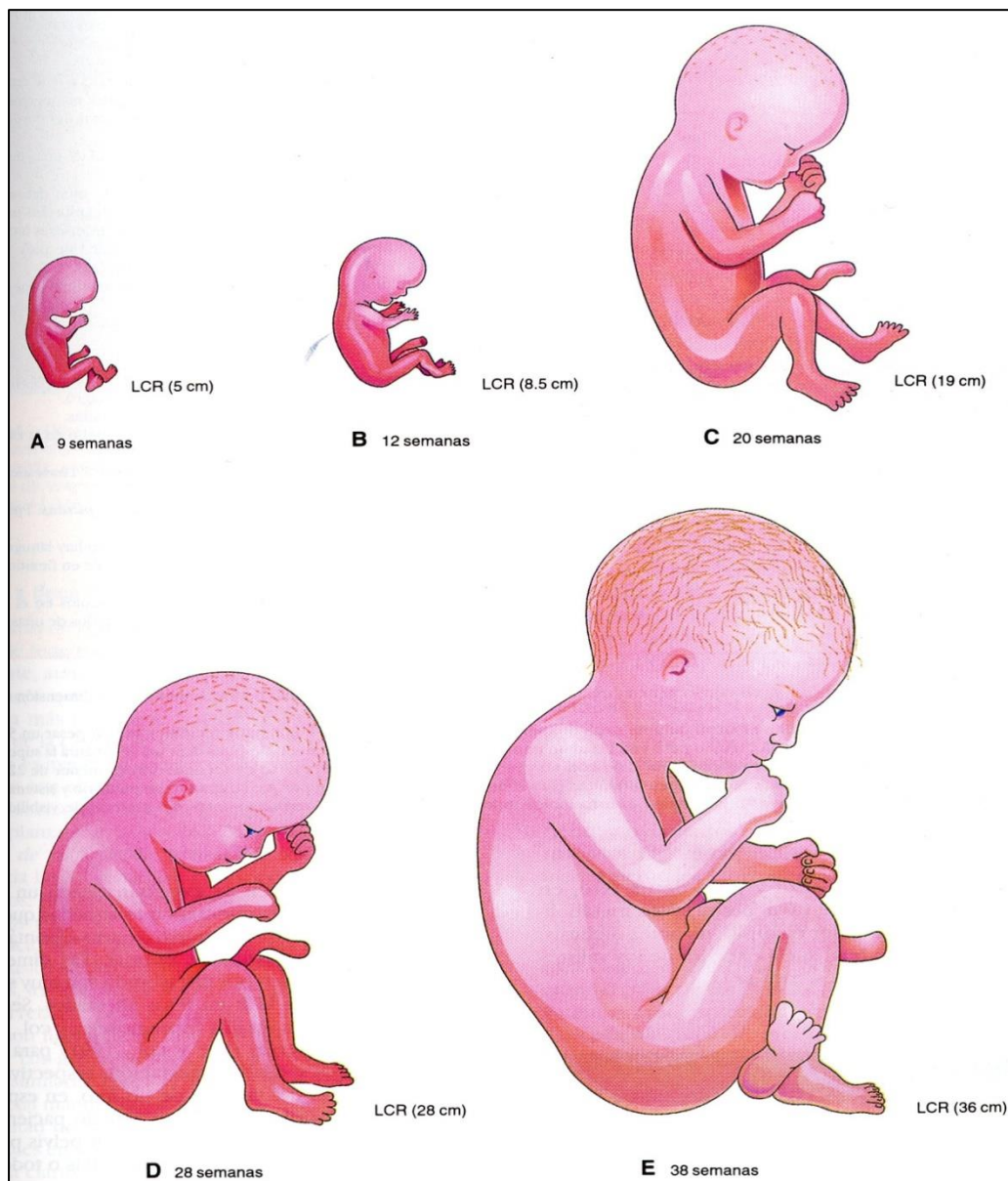
Este periodo terminal se encuentra principalmente consagrado a constituir los tejidos y a preparar los sistemas que intervienen en la transición del ambiente intrauterino hacia el extrauterino.

⁵⁴² Cfr. MOORE, Keith, *op. cit.*, pp. 81-95; SADLER, Thomas W., *op. cit.*, pp. 91-112; MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N.; SHIOTA, Kohei. *Atlas de la embriología clínica*. México: Panamericana, 1994. pp. 9-15.

⁵⁴³ Cfr. MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N., *op. cit.*, p. 101.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 102.

FIGURA 16
DESARROLLO FETAL 9-38 SEMANAS



Dibujos del desarrollo del feto (9-38 semanas). Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi. N. V. *Embriología Clínica*. México D.F.: Mac Graw-Hill Interamericana, 2008. (fig. 6-1).

De esta forma hemos apreciado brevemente como, desde el punto de vista de las ciencias naturales –particularmente, la embriología– la vida humana es un devenir que se inicia con la fecundación. A manera de conclusión, presentamos una tabla que precisa las principales características del desarrollo humano (Tabla 2 y Figura 17).

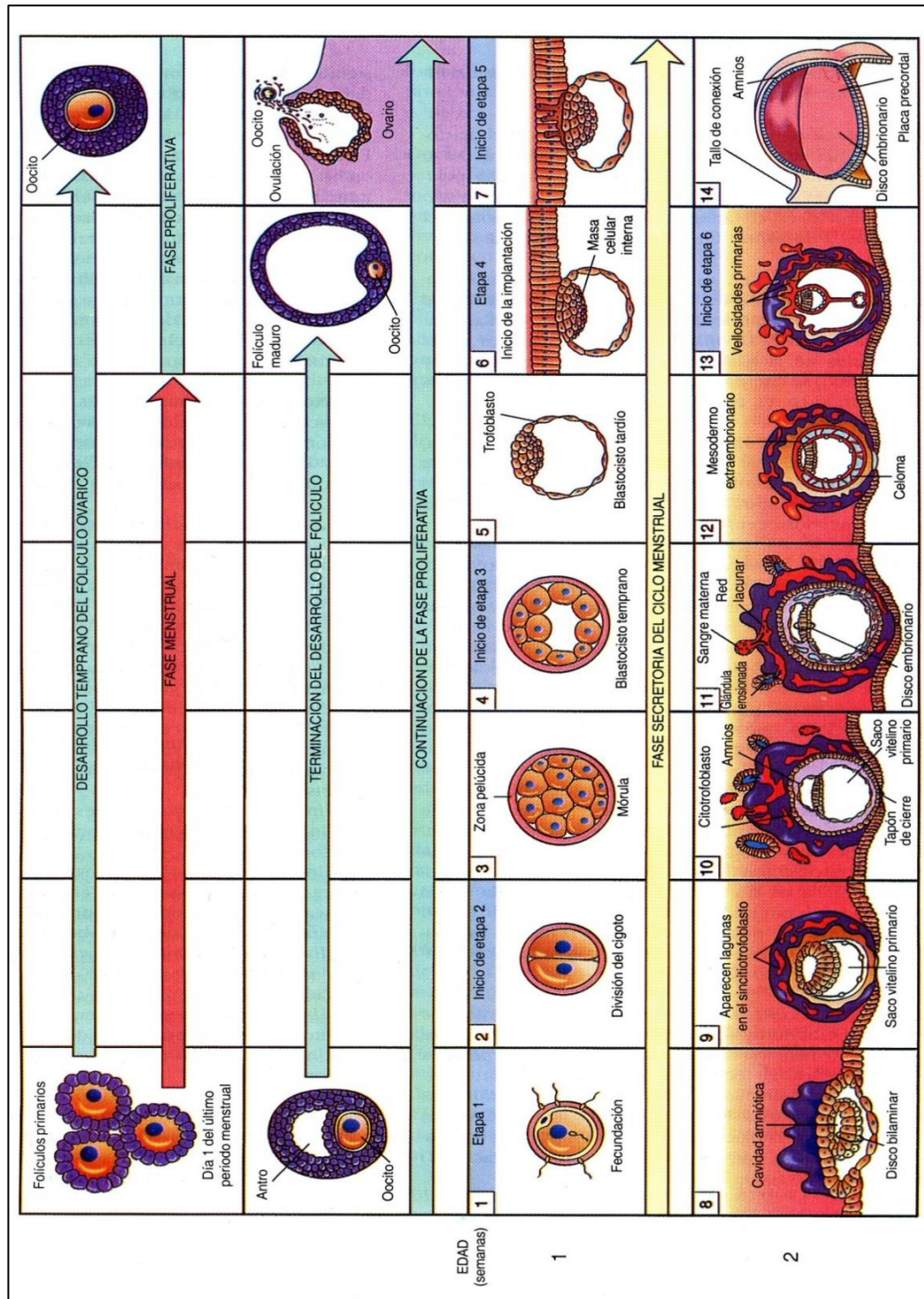
Finalmente, teniendo en consideración el objetivo de este capítulo con A. SERRA advertimos que:

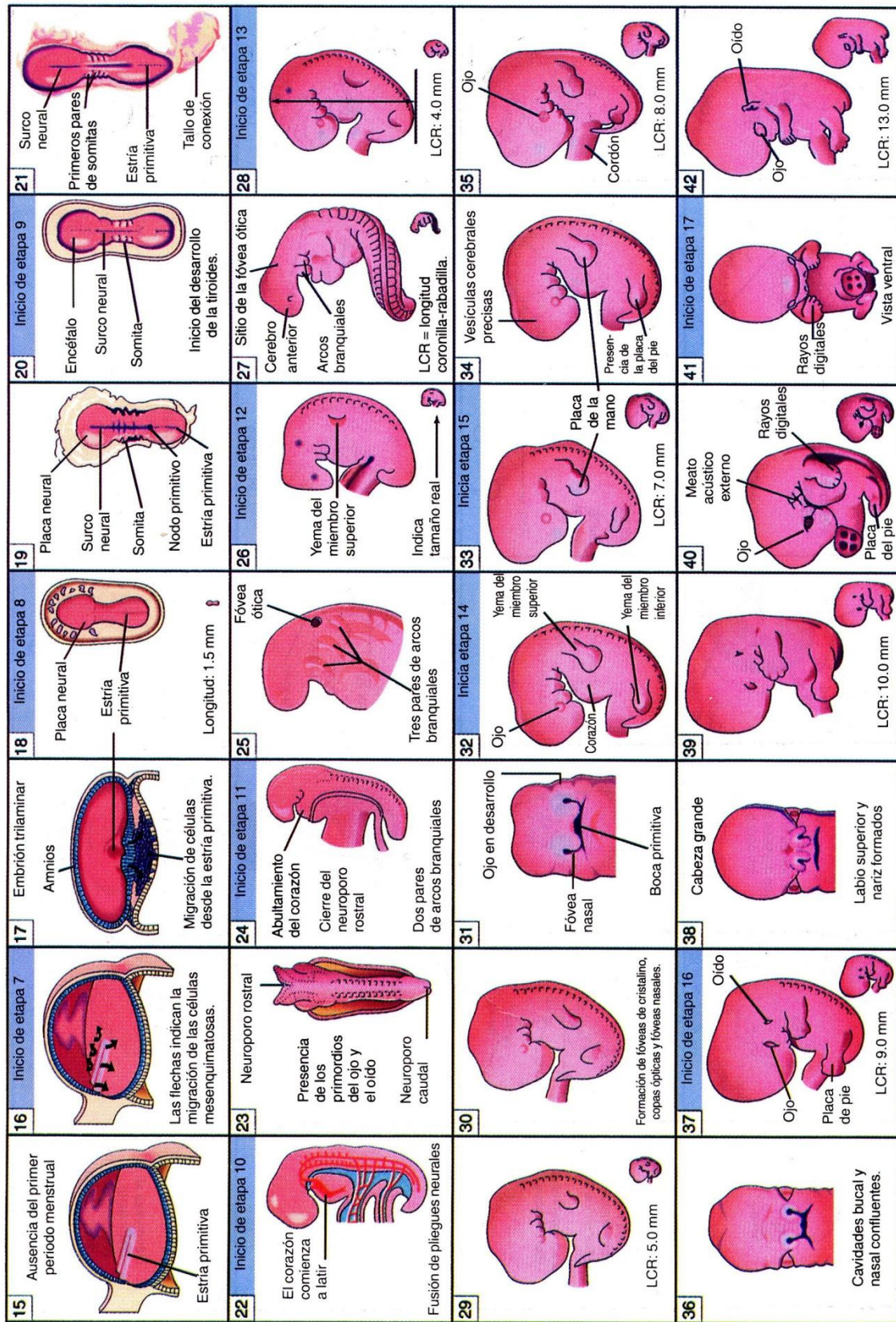
[...] la ciencia, a través de precisas observaciones, apropiadas experimentaciones para falsificar o verificar hipótesis y una rigurosa lógica biológica, sustancialmente inductiva, puede establecer –como para cualquier otro ser– el momento concreto en el que un determinado "ser humano" comienza su propio ciclo vital, o, traducido en términos metabiológicos, su real existencia individual. Pero aquí termina su tarea. Sobre esta base, corresponderá luego a las ciencias humanas desarrollar los demás conceptos metabiológicos, necesarios para una total comprensión del valor de este minúsculo ser, sobre los que se fundan su dignidad y sus derechos. Valor, dignidad y derechos que, permaneciendo a nivel biológico, se pueden entrever, pero no explicar ni comprender del todo.⁵⁴⁵

Partiendo de esta realidad, corresponde a las ciencias humanas, particularmente, a la filosofía, determinar *qué* o *quién* es el embrión humano.

⁵⁴⁵ SERRA, Angelo. La ley..., *op. cit.*, p 23.

FIGURA 17
ESQUEMA DEL DESARROLLO HUMANO





EDAD
semanas)

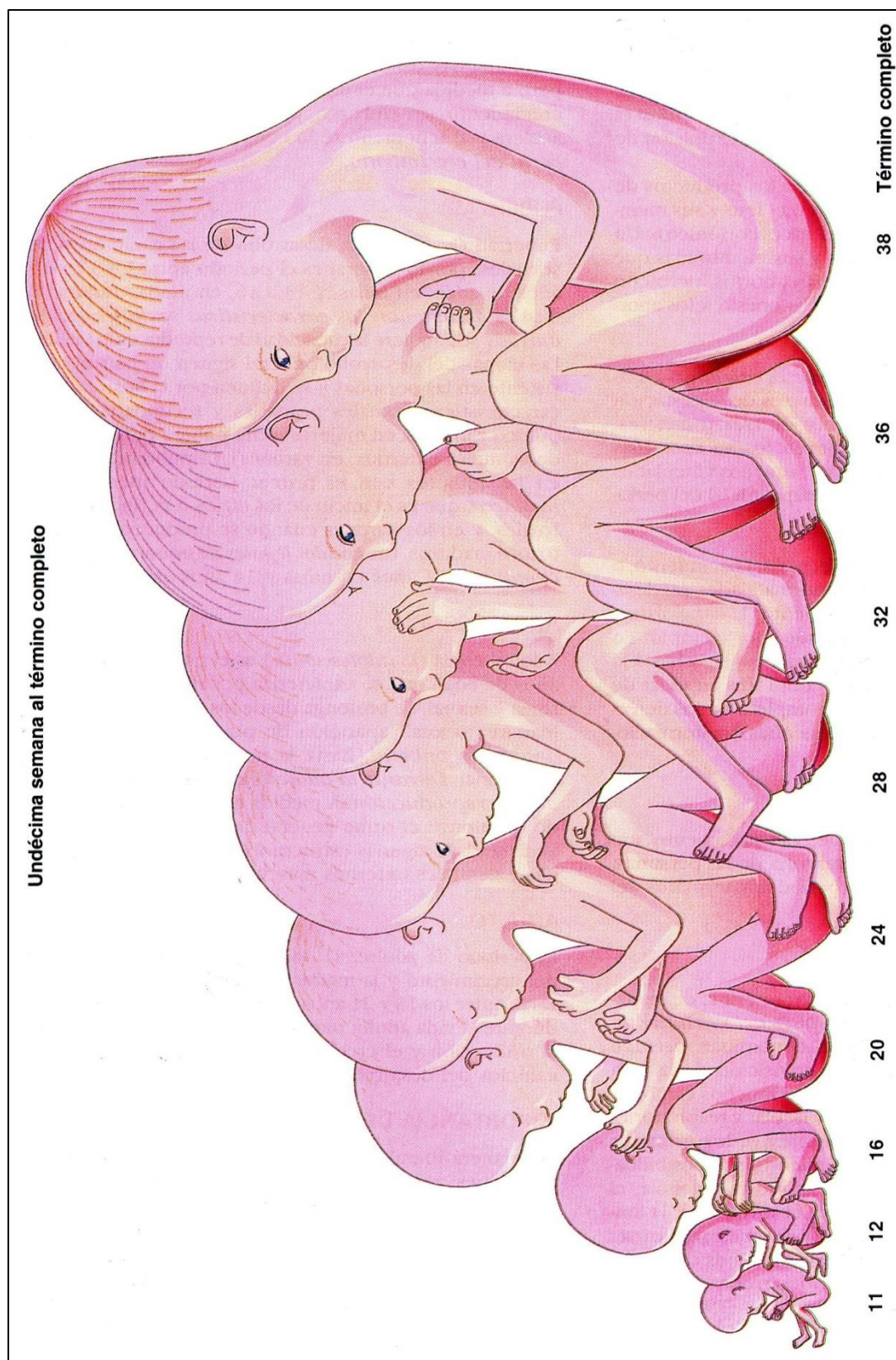
7

8

9

10

43	Tamaño real LCR: 16 mm	44	Inicio de etapa 18	45	La cabeza es grande, pero el mentón apenas se insinúa. Los surcos entre los rayos digitales indican los dedos.	46	Saco amniótico Pared uterina Cavidad uterina Corion liso	47	Tubérculo genital Membrana urogenital Membrana anal ♀ o ♂	48	Inicio de etapa 19 Párpado Oído externo Muñeca, dedos fusionados	49	Tamaño real LCR: 18 mm
50	Miembros superiores más largos y doblados en los codos. Dedos definidos pero unidos.	51	Ojo Nariz Dedos Dedos	52	Inicio de etapa 21 Frente grande	53	Genitales externos aún sin sexo definido pero comienzan a diferenciarse.	54	Inicio de etapa 22 Tubérculo genital Surco uretral Ano ♀ o ♂	55	Ojo Muñeca Rodilla Dedos	56	Etapa 23 LCR: 30 mm
57	Inicio del período fetal.	58	Ojo Muñeca Rodilla Dedos	59	Placenta	60	Genitales Falo Pliegue urogenital Pliegue labioscrotal Perineo ♀	61	LCR: 45 mm	62	Genitales Falo Pliegue urogenital Pliegue labioscrotal Perineo ♂	63	LCR: 50 mm
64	La cara tiene perfil humano. Obsérvese el crecimiento del mentón en comparación con el del día 44.	65		66	Las orejas aún están más abajo	67	Clitoris Labios menores Surco urogenital Labios mayores ♀	68	Los genitales tienen características características ♀ o ♂ pero aún no se forman por completo.	69	Glande del pene Surco uretral Escroto ♂	70	LCR: 61 mm



Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N. *Embriología clínica*. México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2008. (figs. 1-1 y 1-2).

TABLA 2
DESARROLLO DEL EMBRIÓN

Días	Estadio de Carnegie	Longitud (mm)	Características principales
1	1		Fertilización
2-3	2	0,1-0,2	Embrión de 2 a 16 células
4	3		Blastocisto libre
5-6	4		Masa de células internas (MCI)
7-12	5	0,2-0,4	Implantación: el trofoblasto penetra en el endometrio. Embrión bilaminar + vesícula vitelina. Mesodermo extraembrionario
13-15	6		Línea primitiva. Huevo con 3 cavidades: amniótica, vesícula vitelina y exoceloma. Angiogénesis en la vesícula vitelina
15-17	7	0,4-1	Embrión trilaminar con mesodermo intraembrionario
18-20	8	1-1,5	Placa neural. Canal notocordal. Formación de vasos intraembrionarios
20-22	9	1,5-3	1-3 somitos. Surco neural. Pliegue cefálico. Membrana cloacal definitiva: intestino anterior y posterior. Celoma intraembrionario. Plexos y tubos endocárdicos; inicio de la circulación
22-23	10	2-3,5	4-12 somitos. Inicio del cierre del tubo neural. Mesodermo intermedio y cordón nefrogénico. Primer y segundo arcos branquiales. Membrana orofaríngea, primordio tiroideo y respiratorio; placa hepática; arcos y bolsas faríngeas. Asa cardíaca
24-25	11	2,5-4,5	13-20 somitos. Cierre del neuroporo anterior. Placoda auditiva. Vesículas ópticas. Conducto mesonéfrico y vesículas néfricas. Células germinales primordiales migran de la vesícula umbilical al intestino. Se rompe la membrana orofaríngea. Divertículos hepático y cístico. Seno venoso; partes trabeculadas de los ventrículos
26-27	12	3-5	21-29 somitos. Tres arcos branquiales. Primordio de las extremidades superiores. Cierre del neuroporo caudal. Cola. Fosas auditivas. El conducto mesonéfrico aboca a la cloaca. Células germinales primordiales en la pared intestinal. Prominencia cardíaca completa. Válvulas venosas, septo interventricular. Estomodeo, primordio pulmonar y páncreas dorsal
28-30	13	4-6	30 o más somitos. Embrión en forma de C. Cuatro arcos branquiales. Extremidades superiores en aleta. Primordio de extremidades inferiores. Neurulación secundaria. Vesícula ótica. Primordio del cristalino. Glomérulos y túbulos en S; septo urogenital. <i>Septum</i> y <i>foramen primum</i> . Primordios pulmonares, estómago, bazo, páncreas ventral y canales pleuroperitoneales
31-32	14	5-7	Extremidades superiores en pala. Acodadura mesencefálica. Placa cerebelosa, eminencia medial del cuerpo estriado. Inicio de la división cerebral en dos hemisferios. Primordio uretral; blastema metanefrónico. Células germinales migran a los pliegues gonadales. Los cojinetes endocárdicos se aproximan. Seno cervical, tráquea, esófago y tubérculos anales
33-36	15	7-9	Placas de las manos. Extremidades inferiores en pala. Vesícula cristalina y nasal. Seno urogenital primario. <i>Foramen secundum</i> . Asa intestinal, ciego, vía biliar. Hematopoyesis embrionaria
37-40	16	10-11	Placa de los pies. Evaginación de la neurohipófisis. Pliegues y seno uretral. Conductos paramesonéfricos. Obliteración del <i>foramen primum</i> ; septo cono-tronco; válvulas semilunares. Paladar primario, bronquios lobulares. Fositas nasales de localización anterior. Pigmento retiniano aparente
41-43	17	11-14	Radiales digitales en las manos. Rectificación del tronco. Pabellones auriculares. Todos los nervios craneales están presentes. El mesonefros produce orina. Canal vesicouretral, seno urogenital definitivo. Paladar secundario; apéndice
44-46	18	13-17	Codo. Manos en aleta. Radiales digitales en los pies. Inicio de la osificación. Plexos coroideos en el IV ventrículo. Túbulos colectores. El uréter se abre en la vejiga, cefálico al <i>ductus</i> mesonéfrico. Cordones testiculares, tubérculos y tumefacción genital. Surco y pliegues uretrales. <i>Septum secundum</i> y agujero oval. Fusión de los cojinetes endocárdicos. Obliteración del agujero interventricular secundario
47-48	19	16-18	El tronco se alarga y rectifica. Bulbo olfatorio, ínsula. Los riñones ascienden a nivel lumbar. Persiste la membrana anal y se rompe la cloaca. Herniación de intestino.
49-51	20	18-22	Membranas interdigitales en las manos. Plexos coroideos en los ventrículos laterales. Se identifican los cordones testiculares. Vasos en el epicráneo
52-53	21	22-24	Se individualizan los dedos de las manos. Membranas interdigitales en los pies. Placa cortical en los hemisferios cerebrales. Se reduce la cola
54-55	22	23-28	Se separan los dedos de los pies. Cápsula interna y externa, y claustró. Cejas y orejas más desarrolladas
56-60	23	27-31	Capa germinal externa en el cerebelo. Se fusionan las placas palatinas. Vascularización del epicráneo. Hernia umbilical. Ha desaparecido la cola. Genitales externos indiferenciados

Datos de O'Railly R y Müller F. Human Embryology and Teratology. New York: Wiley Liss, 1992 y Moore KL y Persaud YVM. The developing human. Clinically oriented embryology. 5.ª ed. Philadelphia: WB Saunders, 1993.

Cronología del desarrollo de los órganos. Fuente: CARRERA, José; M. KURJAK, Asim. *Medicina del embrión*. Barcelona: Masson, 1997. (Tabla 12-1).

1.2. PERSPECTIVA ONTOLÓGICA

Acabamos de determinar que el ser humano inicia su ciclo de vida en el momento de su concepción. Sin embargo, esta naturaleza humana advertida por la ciencia no coincide pura y simplemente con la noción filosófica de "persona". Detrás de ella hay una distinción muy sutil donde se concentra el misterio de la individualidad e irrepetibilidad de la persona humana.⁵⁴⁶

Sin duda, el razonamiento científico experimental que concierne al saber *cómo* nace y se propaga la vida humana es diferente del plano filosófico (no menos científico) del *por qué*, es decir, de la finalidad y del valor de la vida humana.⁵⁴⁷ Dado el carácter corpóreo-espiritual del ser humano, la ciencia no puede demostrar que el embrión es persona, como tampoco puede demostrar lo contrario; simplemente es un tema que no es cuestión de su competencia, por que el concepto de persona es de carácter filosófico y no, en cuanto tal, demostrable empíricamente. Por su parte, la reflexión filosófica tampoco deduce mecánicamente del dato biológico el carácter personal del ser humano. Es la reflexión integrada y completa la que nos permitirá un acercamiento objetivo al estatuto ontológico del ser humano.⁵⁴⁸

Partiendo de la premisa que no existe consenso entre los autores respecto a la verdad de la afirmación "todo ser humano es persona", abordamos, en primer lugar, las diferentes posturas acerca del carácter humano del embrión y, en segundo lugar, su consideración como persona. Para este segundo punto, enunciamos las diferentes concepciones sobre la corporeidad humana que nos introducen en la reflexión acerca de la relación cuerpo-espíritu en la unidad de la persona y terminamos sustentando, en el marco de una concepción personalista, el estatuto ontológico de persona del embrión desde la fecundación.

⁵⁴⁶ Cfr. LUCAS LUCAS, Ramón. El estatuto antropológico del embrión humano. En: CARRASCO DE PAULA, Ignacio; COLOMBO, Roberto; COZZOLI, Mauro; *et. al. Identidad y estatuto del embrión*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2000. p. 166.

⁵⁴⁷ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁵⁴⁸ Cfr. LUCAS LUCAS, Ramón. El estatuto..., *op. cit.*, pp. 171-173.

A) EL CARÁCTER HUMANO DEL EMBRIÓN

A continuación, abordaremos *grosso modo* las principales teorías que pretenden determinar desde cuándo es posible reconocer el carácter de individuo de la especie humana al embrión.

A.1) Fecundación o fertilización (concepción)

El desarrollo del ser humano empieza con la fecundación, es decir, con la unión de los gametos masculino y femenino, pues el desarrollo biológico es ininterrumpido y se actúa sin una mutación cualitativa intrínseca y sin que se necesite una ulterior intervención que lo origine:⁵⁴⁹

El huevo fertilizado de un ser humano es en sí mismo una vida humana. La ciencia biológica ha demostrado con suficiente rigor que con la fecundación del óvulo, al fusionarse los pronúcleos de los gametos de los progenitores, se determina irreversiblemente el individuo con todos los caracteres propios de la especie, al establecerse la dotación genética que porta el cigoto. El patrimonio genético completo ya en la concepción contiene las instrucciones precisas para que se constituyan los diversos tejidos y órganos.⁵⁵⁰

En efecto, por un lado, la embriología nos muestra que el embrión y el adulto que de él procede son un mismo y único ser y que el embrión es un ser organizado diferente del espermatozoide y el óvulo que han contribuido a formarlo.⁵⁵¹ Por

⁵⁴⁹ El embrión no pasa de ser un ente en estado vegetal o animal a la especie *homo sapiens*, sino que es parte de dicha especie desde su concepción. Tampoco necesita de una intervención posterior (que un tercero interfiera en su evolución) para desarrollarse y ser un hombre. ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, pp. 96-104; LUCAS LUCAS, Ramón, *op. cit.*; SERRA, Angelo. *La ley...*, *op. cit.*; SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 540-547.

⁵⁵⁰ ZACK, Brian G. Abortion and the limitations of science. *American Association for the Advancement of Science*. 1981, vol. 213, núm. 4505 y LÓPEZ MORATALLA, Natalia; RUIZ REATEGUI, Antonio. Manipulación del patrimonio genético humano con fines eugenésicos. En: LÓPEZ MORATALLA, Natalia (dir.) *Deontología biológica*. Navarra, Facultad de Medicina, Universidad de Navarra, 1987, citados por VEGA GUTIÉRREZ, José María, VEGA GUTIÉRREZ, Francisco Javier y MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín. *Consideraciones sobre el comienzo de la vida humana* [ref. de 18 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/135/919/>

⁵⁵¹ Se distingue entre vida humana y ser humano, la primera está constituida por todos los tejidos y órganos que proceden del ser humano, que son parte de éste, mientras que el segundo es un nuevo ser completo, individual, genéticamente único, nunca antes existente. Cfr. IRVING,

otro lado, la genética nos dice que ningún embrión puede volverse específicamente humano si no lo era desde el principio.⁵⁵²

Así, ambas ciencias permiten afirmar que desde la fecundación existe un individuo de la especie humana, en tanto puede verificarse la novedad biológica que implica la fusión de los núcleos de las células germinales que generan una información genética única e irrepetible.

En efecto, el embrión constituye una unidad interna, es un individuo real a pesar de no encontrarse maduras todas sus capacidades. Desde el momento mismo que el gameto masculino penetra en el óvulo femenino y se verifica la fusión de las dos células y de su estructura cromosómica formando los pronúcleos, el espíritu está presente como forma sustancial, constituyendo un nuevo ser humano por su unión con la materia primera. Su ser tiene un proyecto y un programa nuevo, absolutamente original que lo individualiza, coordina y organiza. Así, el desarrollo genético no implica cambio de naturaleza, sino simplemente una manifestación gradual de la capacidad que posee desde el inicio, porque el espíritu humano está presente desde el primer momento.⁵⁵³

A.2) Inicio de la implantación

El embrión humano no puede ser considerado un individuo humano hasta la implantación o anidación del cigoto en el útero de la madre, que se inicia aproximadamente al sexto o séptimo día de la fecundación.

i. Necesidad de la interacción con la madre

La coexistencia embrión-madre es una condición necesaria para que el embrión perteneciente a la especie humana pueda adquirir el carácter de individuo humano y llegar a ser un miembro de la comunidad humana. Hasta el momento,

Dianne N. When do human beings begin? "Scientific myths" and scientific facts. *The International Journal of Sociology and Social Policy*. 1999, vol. 19, núm. 3/4, pp. 22 y ss.

⁵⁵² Cfr. ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

⁵⁵³ Cfr. LUCAS LUCAS, Ramón, *op. cit.*, pp. 171-173.

ningún mamífero ha podido completar su desarrollo en el útero de un individuo de otra especie. Así, puede presumirse que los tejidos del organismo adulto están dirigidos por mensajes que provienen del organismo de la madre.⁵⁵⁴

La razón aducida es que sólo en el momento de implantación el embrión adquiere aquella información extracigótica que debe provenir de la madre y es imprescindible para la constitución del ser humano y para que éste llegue a ser un miembro de la comunidad humana. Por esto, el obstetra no considera que ofende la dignidad de ser humano por no reconocerla en el cigoto y, especialmente, en el cigoto *in vitro*. Él la reconoce en el blastocisto.⁵⁵⁵

Es la objeción preferida por los ginecólogos mediante la cual se niega el estado de "individuo humano" al embrión hasta el estadio de implantación. Sin embargo, contrariamente a lo expuesto por esta teoría, y como venimos exponiendo, la individualidad del embrión humano, con la unidad genética que supone, puede determinarse biológicamente durante toda su etapa de desarrollo, desde sus primeras divisiones:

Es bien sabido que la coexistencia del embrión con la propia madre se inicia mucho tiempo antes de la implantación, esto es, desde el momento en el que inicia su camino a lo largo de la trompa. Además, muchos descubrimientos recientes muestran que tal coexistencia es conveniente y sabiamente preordenada, pero no necesaria. Para probar esto, sería suficiente recordar que el desarrollo del embrión *in vitro* puede proseguir bien fuera del estadio de implantación y que el embrión de topo implantado bajo la cápsula renal del macho puede alcanzar el estado fetal.⁵⁵⁶

Así, el útero es necesario para que el embrión llegue a adulto, pero no es una condición *sine qua non* para que el embrión llegue a ser un hombre, y no un animal de otra especie.

⁵⁵⁴ Cfr. SERRA, Angelo. La contribución..., *op. cit.*

⁵⁵⁵ Cfr. ABEL FABRE, Francesc. *Bioética: Orígenes, presente y futuro*. Madrid: Instituto Borja de Bioética: Fundación MAPFRE, 2001. pp. 147-155.

⁵⁵⁶ VEGA GUTIÉRREZ, José María, VEGA GUTIÉRREZ, Francisco Javier; MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *op. cit.*

ii. El embrión es un conglomerado de células genéticamente humanas

Para esta teoría, el embrión en los primeros estadios de su desarrollo y hasta la implantación (aprox. en el día 15 después de la fecundación) no es un individuo, sino un conglomerado de células genéticamente humanas sin identidad propia:

[...] el embrión en los primeros estadios de desarrollo [...] no es otra cosa que un montón de células individuales distintas, cada una de las cuales es [...] una entidad ontológica en simple contacto con las otras encerradas en la zona pelúcida; y también en el estadio de mórula "falta aquella forma de unidad que se debería pedir para que un conjunto de células sea un individuo ontológico real"; y ni siquiera "el blastocisto es todavía un individuo definitivo [...] miembro de una determinada especie de mamífero, humana u otra."⁵⁵⁷

Esta teoría no es correcta. Durante las primeras etapas del desarrollo embrionario, las células que se van originando por divisiones sucesivas del cigoto, son más o menos equivalentes entre sí. Sin embargo, esto no quiere decir que se dé una multiplicación de la identidad, o que la identidad se haga difusa. Aunque puedan separarse, cuando están unidas, como lo venimos afirmando a lo largo del presente trabajo, constituyen una única realidad biológica, forman un organismo elemental (bicelular, tetracelular, etcétera).⁵⁵⁸

Es más, ese conjunto de células constituye una verdadera unidad gracias a la aparición de una proteína específica que se sitúa en la membrana, la proteína F9, que no sólo mantiene unidas a las células nacidas de las divisiones del cigoto, sino que establece una conexión o interacción precisa entre ellas y las ordena en la fase de mórula.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ SERRA, Angelo. La ley..., *op. cit.*, p. 39.

⁵⁵⁸ Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, José María, VEGA GUTIÉRREZ, Francisco Javier; MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *op. cit.*

⁵⁵⁹ La proteína F9, no está presente en los gametos de los progenitores ni en el cigoto, ni está en ninguna de las células después de superado el período de mórula. De forma similar, otro antígeno, SSEA (antígeno específico del estado embrionario), ordena las células de la mórula para dejar la cavidad interna que le convertirá en blastocisto. *Ibid.*, *loc. cit.*

Al respecto, A. Serra precisa que el desarrollo embrional desde el momento de la fusión de los gametos es un proceso en el que se da un coordinado subseguirse e integrarse de actividades celulares bajo el control del nuevo genoma, modulado por una ininterrumpida cascada de señales que se transmiten de célula a célula y de ambiente extracelular y extraembrional a cada una de las células. Esta innegable característica implica y exige una rigurosa unidad del ser en desarrollo:

El embrión humano, incluso en sus más precoces estadios, no es y no puede ser una mera agregación de células ontológicamente distintas, como alguien quisiera sostener. Es, por el contrario, un individuo en el que cada una de las células que se van multiplicando están integradas estrechamente en un proceso a través del cual él, a lo largo de todas las etapas diferenciadoras y morfogénicas, traduce autónomamente su propio "espacio genético" en su propio "espacio organísmico".⁵⁶⁰

Así, una vez producida la fecundación, no solo la individualidad genética del embrión está perfectamente establecida, sino que –según lo hemos señalado– es capaz de presidir su propio destino.

A.3) Aparición de la estría o línea primitiva

MacLaren considera que, hasta cerca del día 14º desde la fecundación, sólo tiene lugar una preparación de los sistemas protectores y nutritivos requeridos para cubrir las futuras necesidades del embrión. Recién el día 15 aparece la estría primitiva (origen del sistema nervioso), que es una entidad espacialmente definida, llamada disco embrionario, que puede desarrollarse directamente en un feto y después en un niño.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ SERRA, Angelo. *La ley...*, op. cit., pp. 38-39

⁵⁶¹ MCLAREN, Anne. Prelude to embryogenesis. En: The Ciba Foundation. *Human Embryo Research*, Nueva York, 1986, pp. 5-23. citado por SERRA, Angelo y COLOMBO, Roberto, op. cit., p. 143.

Este motivo la indujo a introducir el término "pre-embrión"⁵⁶², para designar el embrión humano desde el momento de la fecundación hasta el 14º día del desarrollo.⁵⁶³

Consideramos que se trata de una tesis errónea en cuanto advertimos que:

[...] el disco embrionario es, en realidad, una estructura celular organizada que deriva de una diferenciación del embrioblasto, el cual está ya presente cuando el embrión en su totalidad provee, bajo el control genético, para una más rápida diferenciación de los derivados trofoblásticos, indispensables para un correcto y regular avance del proceso morfogénico.

En efecto, tanto el trofoblasto como el embrioblasto, derivados ambos del cigoto, componen simultánea y globalmente el propio camino como un todo según un programa finamente orquestado.⁵⁶⁴

⁵⁶² El término "pre-embrión" fue propuesto el año 1984 en el *Informe Warnock*, emitido por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas de Gran Bretaña. En este informe se puede leer: "Una vez que la fertilización ocurre, el proceso de desarrollo subsecuente continúa de uno a otro en un orden sistemático dirigiéndose hacia una división, a la mórula, al blastocisto, al desarrollo del disco embrionario, y así a características identificables dentro del disco embrionario tales como la línea primitiva, pliegue neural y tubo neural [...] cuando ha empezado el proceso de desarrollo, ningún estadio particular del proceso de desarrollo es más importante que otro; todos forman parte de un proceso continuo, y a menos que cada etapa se lleve a cabo normalmente, en el momento adecuado, en la secuencia adecuada, el desarrollo posterior cesará [...]. De modo que, biológicamente, no existe en el desarrollo del embrión ninguna fase particular antes de la cual el embrión "in vitro" podría dejar de ser considerado con vida[...]. Sin embargo, se ha convenido que ésta es un área en la que se debe tomar alguna decisión precisa, a fin de calmar la preocupación del público".

Y la decisión, tomada por mayoría, se expresó así: "A pesar de nuestra división sobre este punto, la mayoría de nosotros recomienda que la legislación debería conceder que la investigación pueda conducirse sobre cualquier embrión obtenido mediante fertilización in vitro, cualquiera que sea su procedencia, hasta el término del día 14.2 de la fertilización" y fue entonces cuando se introdujo el término "pre-embrión", propuesto precisamente por un miembro del propio Comité, a fin de "polarizar la cuestión ética".

En este documento queda patente la ausencia de un fundamento científico que permita negar la naturaleza de *ser humano* del embrión humano desde el momento de la fecundación. Pone en evidencia que el objetivo era lograr la permisión de investigar con embriones humanos y que con el término *pre-embrión* tan sólo se pretendía *calmar la tensión del público*. Cfr. VALENT, María. *Más sobre la cuestión de los embriones congelados* [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.iveargentina.org/Foro_SAlfonso/articulos_ajenos/embriones_congelados 2.htm

⁵⁶³ Dado el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y las regulaciones legales habidas sobre estas y el uso de embriones humanos en investigación, el uso del término "pre-embrión" debería haber alcanzado una mayoría de edad como palabra para designar una nueva realidad antes desconocida: la realidad pre-embrionaria, pero los datos parecen avalar lo contrario. Cfr. FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR GARCÍA, Luis Miguel. *Génesis y uso del término pre-embrión en la literatura científica actual. Persona y bioética*. 1998, año 2, núm. 2, p. 23.

⁵⁶⁴ SERRA, Angelo y COLOMBO, Roberto, *op. cit.*, p. 143.

En el mismo sentido, A. Serra precisa que cada uno de los acontecimientos individuales –aparición de los diversos tejidos y órganos– podría aparecer a nuestros ojos como discontinuo. Sin embargo, cada uno de ellos no es sino la expresión, en un determinado momento, de una sucesión ininterrumpida de acontecimientos concatenados y coordinados, el uno con el otro, sin interrupción: si hay interrupción, se da o patología o muerte.

Esta continuidad implica y establece la unicidad del nuevo ser en su desarrollo: es ininterrumpidamente el mismo e idéntico ser que se está formando, según un plan bien definido, aun pasando a través de estadios cualitativamente cada vez más complejos.⁵⁶⁵

El embrión, por tanto, debe ser visto como un todo. Antes de éste sólo hay un óvulo y espermatozoides, y hasta que alguno de estos no haya fecundado al primero, no existe un ser nuevo. Por tanto, no se puede hablar de pre-embrión por que el embrión es la forma más joven del ser.⁵⁶⁶ Sobre este término, en su momento, Lejeune manifestó:

Sé que ha habido recientemente discusiones de vocabulario, y me sorprendió mucho que hace dos años algunos de nuestros colegas británicos inventaran el término "pre-embrión". Esto no existe ni ha existido nunca. Me picó la curiosidad y consulté la enciclopedia Larousse, la que heredé de mi abuelo, impresa hace cincuenta años. La voz embrión decía "la forma más joven de un ser", que es una definición clara y sencilla, y afirmaba: "comienza en una célula fertilizada (óvulo fertilizado que también se denomina cigoto). Cuando el cigoto se divide en dos células se llama embrión de dos células. Cuando se divide en cuatro se llama embrión de cuatro células."⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ Cfr. SERRA, Angelo. *La ley...*, op. cit., p. 39.

⁵⁶⁶ En la enciclopedia Larousse, la voz embrión dice: forma más joven de un ser que comienza en una célula fertilizada (óvulo fertilizado que también se denomina cigoto). Cuando el cigoto se divide en dos células se llama embrión de dos células. Cuando se divide en cuatro se llama embrión de cuatro células. Cfr. FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR GARCÍA, Luis Miguel, op. cit., pp. 23-24.

⁵⁶⁷ LEJEUNE, Jérôme. op.cit., pp. 43-44.

Según este autor, dado el uso aceptado del término embrión entre los especialistas, no era necesario crear una subclase llamada "pre-embrión" porque no hay nada antes de aquel, sólo el espermatozoide y el óvulo.

A.4) Aparición de gemelos monocigóticos y embriones quiméricos

Antes del término de la implantación, un óvulo fecundado puede originar más de un individuo (en el caso de embarazo gemelar monocigótico) y en ocasiones, de forma extraordinaria, se produce un embrión por la fusión de dos embriones (formación de quimeras). Según estas observaciones, la individualidad ontológica del embrión no se produce hasta la implantación (alrededor del 14 día después de la fecundación), en tanto tiene la capacidad de ser dos individuos (Figura 18 A-B), por lo que no puede hablarse aún de ser humano.

Un individuo solo puede serlo en sentido pleno cuando su espacio-tiempo-forma se diferencia de otras posibles totalidades que en su singularidad no puede transformarse ya en múltiple. Por tanto, hasta que no exista la certeza que una célula se puede llegar a convertir en dos, no existe realmente un individuo.⁵⁶⁸

Este fenómeno es una *excepción* real: el 99-99,6% de los cigotos se desarrollan como un único organismo. Esto lógicamente significa que el cigoto está por sí determinado a desarrollarse como un único individuo humano.⁵⁶⁹

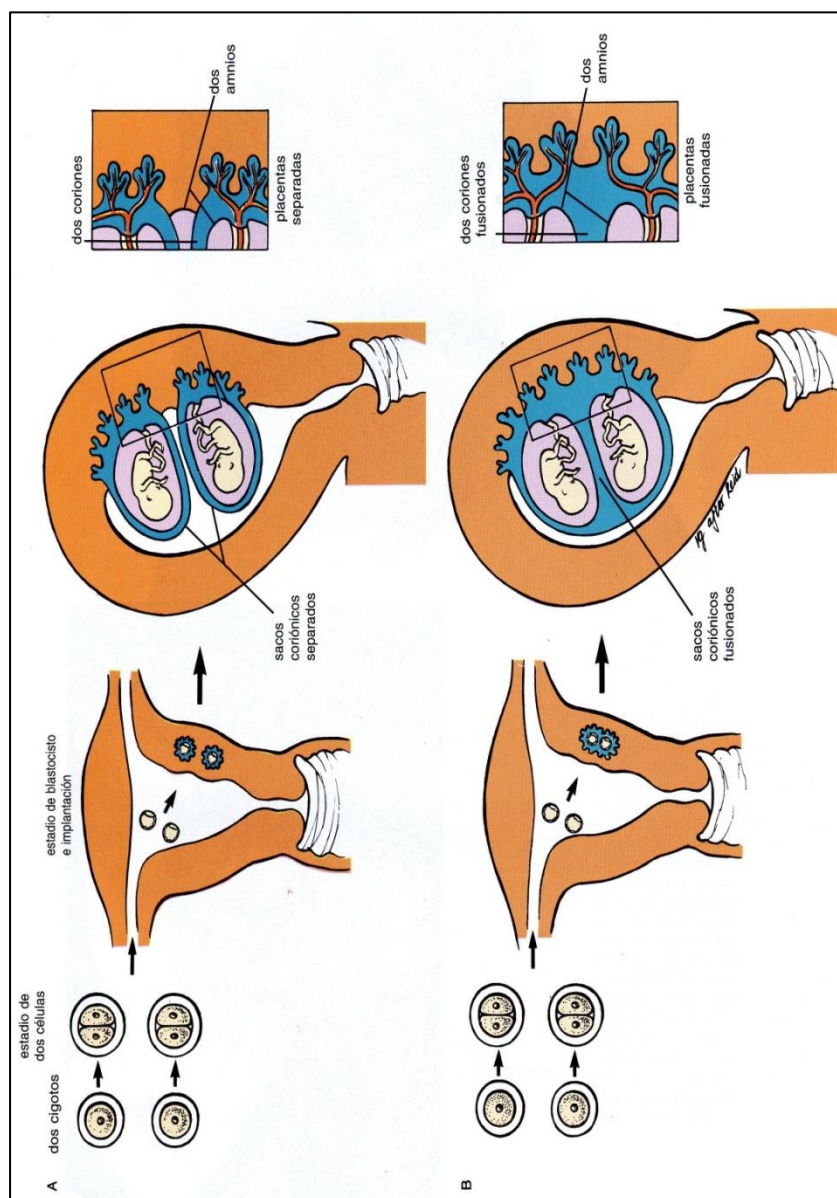
Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, contrariamente a esta postura, en este caso, encontramos un primer ser humano del que se origina un segundo ser humano. Entre el cuarto y séptimo día tras la fecundación, se determina un nuevo e independiente plano de desarrollo, de modo que un nuevo individuo inicia su propio ciclo vital.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, José María, VEGA GUTIÉRREZ, Francisco Javier y MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *op. cit.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

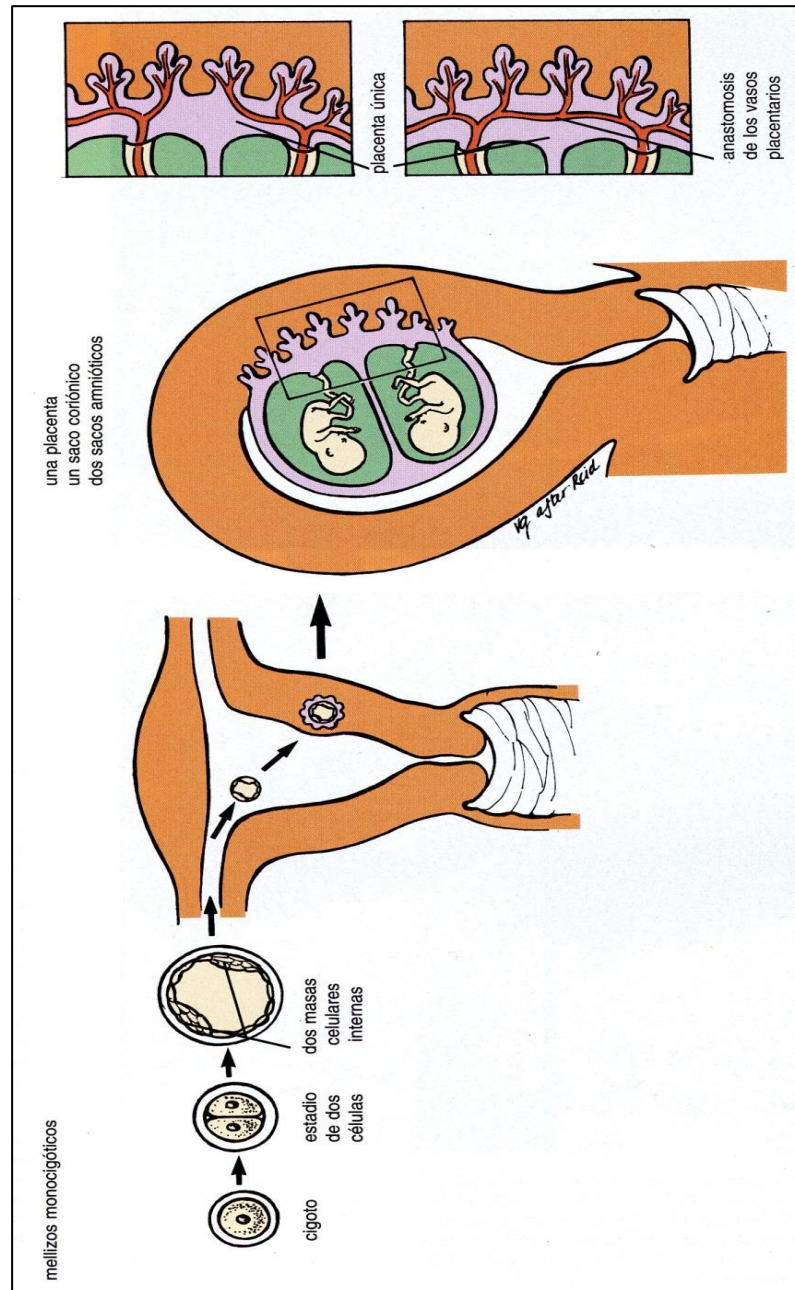
⁵⁷⁰ Cfr. ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, pp. 96 y ss.; SERRA, Angelo y COLOMBO, Roberto, *op. cit.*, p. 144.

FIGURA 18 A
ESQUEMA DE FORMACIÓN DE GEMELOS DICIGÓTICOS



Se muestra cómo se desarrolla el tipo más común de mellizos, resultado de la fecundación de dos óvulos por diferentes espermatozoides. Los blastocistos pueden implantarse separadamente en el endometrio (A) o las placentas pueden fusionarse (B). Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N.; SHIOTA, Kohei. *Atlas de la embriología clínica*. México: Panamericana, 1994. (fig. 4-17).

FIGURA 18 B
ESQUEMA DE FORMACIÓN DE GEMELOS MONOCIGÓTICOS



Se muestra como se forman gemelos idénticos a partir de un cigoto. La separación puede ocurrir en el estadio de dos células hasta el de mórula. Fuente: MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N.; SHIOTA, Kohei. *Atlas de la embriología clínica*. México: Panamericana, 1994. (fig. 4-18).

Así lo afirma R. Lucas cuando sostiene que la gemelaridad no implica que un individuo se convierta en dos, sino que de un individuo se origina otro sin perder la propia individualidad originaria:

En la germinación monocigótica no se rompe la continuidad ontológica; más bien el individuo originario continúa existiendo ontológicamente además de genéticamente (es el mismo individuo, uno de los dos gemelos, que llegará a ser adulto), dando origen (sin perder su individualidad) a otro individuo. El primero continuaría su desarrollo (sin perder su identidad biológica y ontológica), el segundo iniciaría su existencia en el momento en que se separa algún día después. Se podría decir que este segundo individuo se origina por reproducción agámica. El individuo consiste de partes y la pérdida de partes no implica la cesación del individuo.⁵⁷¹

Así entendido, las células que se separan en esta división sólo pueden dar origen a otro organismo, cuyo desarrollo tendrá el mismo programa genético constituido en la fecundación del óvulo, con idénticos caracteres biológicos y con los mismos progenitores. La posibilidad de tal multiplicación no contradice el carácter individual del embrión en los primeros estadios de su desarrollo.⁵⁷²

De lo anterior debe concluirse que la posibilidad que tiene el embrión humano de reproducirse por división en las dos primeras semanas de vida no puede llevarnos a negarle el carácter de individuo de la especie humana, pues, ya desde esta etapa de su desarrollo, tiene una potencialidad (activa) de devenir en uno o varios adultos (en el caso de gemelos monocigóticos), pero ya es un individuo humano,

⁵⁷¹ LUCAS LUCAS, Ramón. ¿Cuándo se inicia la persona humana? Individualidad biológica y existencia personal. En: LÓPEZ BARAHONA, Mónica y LUCAS LUCAS, Ramón (dirs.) *El inicio de la vida: Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: BAC, 1999. p. 69.

⁵⁷² Más aún, la posibilidad de que las células en fase de mórula se dividan en varias, depende de las interacciones establecidas a través de la proteína de membrana F9, cuya aparición, desaparición y cantidad están genéticamente controladas por el embrión. Se ha comprobado experimentalmente que si se deshace artificialmente la conexión que establece esa proteína entre las células de la mórula, mediante la adición de un Anticuerpo específico frente a esa proteína, ésta se desintegra al separarse las células. Cabría por tanto, incluso afirmar que el caso de la gemelaridad es un hecho que no ocurre al azar, sino que está establecido en la dotación genética que controlará la disposición y cantidad de la F9. Esto no querría decir que en el único cigoto con esa dotación genética haya dos individuos, sino que a ese único individuo le está facilitada o permitida por su dotación genética una multiplicación vegetativa. Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, José María, VEGA GUTIÉRREZ, Francisco Javier; MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *op. cit.*

que será –según el transcurso del tiempo– feto, bebé, niño, adolescente, adulto y, finalmente, anciano.

De otro lado, aunque infrecuente, puede ocurrir que, en los primeros días del desarrollo embrionario, se produzca una fusión embrional de hermanos heterocigóticos, es decir, la fusión de otros dos embriones (individuos), obteniéndose embriones quiméricos⁵⁷³, que darían origen a nuevos individuos. Entendemos que ello obedece a malformación de índole genética o disfunciones ambientales que han afectado el adecuado desarrollo del embrión, sin que ello afecte la identidad de cada embrión.

En efecto, A. Serra señala que es correcto plantearse si este fenómeno no contrasta con la atribución de una individualidad al embrión, el cual, de hecho, puede agregarse y fundirse con otro, dando así origen a un tercer individuo, en este caso, pues se trata de células todavía dotadas de toda o gran parte de la potencialidad original se extraen de la masa celular interna de uno o más blastocistos donadores y se trasplantan, mediante inyección, en un blastocisto receptor; estas células, dada su todavía gran plasticidad y adhesividad, se mezclan con las de los blastocistos receptores y se implican en su plan y control del desarrollo.⁵⁷⁴

Sin embargo, en este caso, prácticamente se destruye el blastocisto donante; el blastocisto receptor, en cambio, continuará su propio desarrollo, encauzando las células trasplantadas a lo largo de diversas vías en diferentes tejidos y órganos. Así, en este modelo, no se cuestiona la individualidad del blastocisto receptor; por el contrario, las células singulares del blastocisto donante se implican en su proyecto de desarrollo, que continúa según sus propias directrices.⁵⁷⁵

⁵⁷³ Cfr. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. Lima: Grijley, 2001. p. 123.

⁵⁷⁴ Cfr. SERRA, Angelo. *La contribución de la Biología al estatuto del embrión. Parte 2* [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/284/705/articulo.php?id=20635>

⁵⁷⁵ *Ibid.*

A.5) Actividad cerebral (6-8 semanas)

Ningún embrión humano puede ser considerado un individuo de la especie humana –y menos persona– hasta que el sistema nervioso central esté suficientemente formado, esto es, aproximadamente hasta la sexta y la octava semana de gestación. Según J .M. Goldenring,

[...] la vida humana puede ser vista como un espectro continuo, entre el inicio de la vida cerebral (8ª semana de gestación) y la muerte cerebral. En todo momento [de la vida] pueden darse tejidos y órganos, pero sin la presencia de un cerebro humano funcional éstos no pueden constituir un ser humano, al menos en sentido médico.⁵⁷⁶

Esta objeción está especialmente presente en los campos filosófico y teológico que niegan al embrión el estado de individuo humano, y a *fortiori* de persona, hasta que el sistema nervioso central no esté suficientemente formado.

La razón expresada por J. F. Donceel es que la presencia del alma humana exige, por lo menos, la disponibilidad de los siguientes órganos: los sentidos, el sistema nervioso, el cerebro y especialmente la corteza cerebral. Como en los primeros estadios del desarrollo humano no existen, no es posible hablar de la existencia de un ser humano.⁵⁷⁷

Frente a esta postura cabe advertir que, durante el estadio embrionario, se desarrolla un proceso altamente dinámico en el cual interactúan diversas células, tejidos y órganos que evidencian su unidad morfo-funcional. Ello requiere una gradual organización de todo el cuerpo y, por eso, también de las propias estructuras nerviosas y del cerebro, y donde la unidad y la individualidad están garantizadas por la ley intrínseca del desarrollo inscrita en el genoma.

⁵⁷⁶ GOLDENRING, John M. The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humanness. *Journal of Medical Ethics*. 1985, vol. 2, núm. 11, p. 204.

⁵⁷⁷ Cfr. SERRA, Angelo. *La ley...*, op. cit., pp. 42-43.

El sistema nervioso es el mismo durante todo su desarrollo (de embrión a adulto), controlado por la misma potencialidad genética, sin embargo, sus manifestaciones van apareciendo según los estímulos que vaya recibiendo.

A.6) Tolerancia inmunológica (8-12 semanas)

Esta teoría señala que, la vida inicia cuando el individuo es capaz de distinguir inmunológicamente lo propio (su bioconformidad) de lo extraño (factores extrabiológicos), lo cual es adquirido biológicamente entre la octava y duodécima semana de gestación.⁵⁷⁸

Como se ha mencionado, el cigoto reúne desde el mismo instante de su formación toda la información necesaria para programar el desarrollo del nuevo ser, incluyendo su actividad cerebral y tolerancia inmunológica, de tal modo que, de no mediar alteraciones de ninguna clase, a partir del primer momento en que empiece a funcionar el primer gen en dicha célula inicial, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación de un individuo adulto.⁵⁷⁹

A.7) Viabilidad del feto (séptimo mes)

La viabilidad del feto ha sido entendida como la posibilidad de su supervivencia del feto de manera autónoma a la madre. Dado el avance de las técnicas de la medicina perinatal, cada vez se hace más precoz la posibilidad de supervivencia de un feto con prescindencia de la madre. En general, se ha estimado que un feto de 1.000 gramos es viable –peso que se adquiere, en promedio, a partir del séptimo mes de gestación–; pero empíricamente han nacido y perdurado fetos de peso inferior a 600 gramos.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Cfr. VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique, *op.cit.*, p. 105.

⁵⁷⁹ Cfr. BALLESTEROS, Jesús. El Estatuto ontológico del Embrión. En: BALLESTEROS, Jesús (coord.) *La humanidad in vitro*. Granada: Comares, 2002. pp. 225 y ss.

⁵⁸⁰ Cfr. HENRIQUEZ HERRERA, Ian. Comentario crítico a cinco tesis bioéticas sobre el inicio de la vida. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. 2001, núm. 19. p. 357-386.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es posible advertir que, si la técnica posibilita la viabilidad de manera diferenciada, entonces existirán tantos parámetros para establecer cuándo se inicia la vida como técnicas existan.

La mera noción de viabilidad introduce un zanjón de incertidumbre que –según Henríquez Herrera– la inhabilita para operar en un plano tan importante como lo es el que tratamos, el inicio de la vida humana. De hecho, aún si por viabilidad se entiende la función de los órganos vitales de manera autónoma a la madre, tal no está concluida sino hasta el parto mismo; y por ello, precisamente éste se produce.⁵⁸¹

B) LA CORPOREIDAD HUMANA Y EL CONCEPTO DE PERSONA

Resulta imposible establecer el estatuto del embrión sin intentar precisar, en primer lugar, el valor de la corporeidad humana⁵⁸², y a partir de ésta, la relación entre cuerpo y espíritu en la unidad de la persona. Así, nuestro primer acercamiento debe tender –según la filosofía– a determinar cómo se presenta la naturaleza humana: como corporeidad y espiritualidad en conflicto, como simple corporeidad o como una unidad indisoluble.⁵⁸³ Las implicancias éticas y la definición del concepto persona varían según la concepción que se adopte.

Existen tres concepciones sobre la corporeidad que comportan una ética y una definición de persona diversa: dualista, monista y personalista.⁵⁸⁴ Sin ánimo de ser exhaustivos y con vistas a una comprensión global del tema, los desarrollamos a continuación.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² Según SGRECCIA, la filosofía del hombre prefiere utilizar el término *corporeidad* en lugar de *cuerpo*. Este último se refiere a una parte de la persona y evoca la división clásica entre cuerpo y alma, mientras que la *corporeidad* indica sobre todo la unidad corpóreo-espiritual de la persona, es decir, la subjetividad humana en la condición corpórea que constituye su identidad personal. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 134.

⁵⁸⁴ Cfr. CAYUELA CAYUELA, Aquilino. La corporalidad humana y la bioética. En: TOMÁS Y GARRIDO, Gloria; POSTIGO SOLANA, María Elena (eds). *Bioética personalista: Ciencia y controversias*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2007, pp. 73-77; SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 138-151.

B.1) Concepción dualista o intelectualista

Esta concepción sostiene que la realidad es dual, conformada por el cuerpo y el alma que se encuentran en un conflicto permanente. En otras palabras, el hombre está en constante tensión entre el mundo material y el mundo ideal o divino.

Un exponente de esta doctrina es Descartes, quien señala que el cuerpo y el alma son dos realidades que difieren por esencia y valor: el cuerpo es una máquina, algo instrumental y su estudio forma parte de las ciencias, mientras que el espíritu es conciencia, aquello que le da valor al hombre. Así, para explicar el cuerpo humano, no se necesita del alma en el sentido de principio vital, sino sólo para dar razón, tomar conciencia de sí e interpretar racionalmente el mundo.⁵⁸⁵

El esquema dualista de la persona da lugar a una ruptura entre la razón y el cuerpo, donde este deja de ser un elemento constitutivo de la persona, para volverse un objeto exterior sobre el cual se ejerce un dominio similar al que se tiene sobre cosas materiales. Ello nos ayuda a explicar que, cuando la ciencia posibilita el ejercicio de un poder cada vez mayor sobre el cuerpo, la realidad corporal del hombre –y todo lo que implica: vida, enfermedad, etcétera– sea considerada un dato puramente científico.⁵⁸⁶

El hombre, por tanto, según esta tesis, es un ser compuesto de dos elementos, uno material y otro espiritual, que se corresponden con dos ámbitos de realidad, la material y la espiritual, en las que acontecen procesos y eventos materiales en un caso y espirituales en otro.

Para Vicente y Choza, la tendencia del dualismo aparece como una consecuencia del mecanicismo. Si las leyes de la mecánica se aplican a todo cuerpo en el espacio, el cuerpo y las acciones humanas serán explicadas mecánicamente. Sin

⁵⁸⁵ Así expuesto, esta posición conduce a una actitud de indiferencia hacia los seres humanos más débiles que pueden ser expuestos a tratamientos degradantes o directamente suprimidos sin ningún problema, pues el respeto solo lo merecen determinadas personas con unas cualidades predeterminadas. Cfr. ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, pp. 65-67.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

embargo, es obvio que la conducta humana no puede ser descrita o explicada en términos mecánicos. Aparece entonces la idea que, mientras la mecánica o la neurofisiología explican algunos aspectos de la vida humana, no explican otros y, por tanto, la vida humana se compone de dos ámbitos: el mecánico y el no mecánico (procesos mentales).⁵⁸⁷ En vista de ello, estos autores afirman que:

[...] el dualismo nace de un error categorial, de una confusión de la lógica de los conceptos, consistente en considerar la totalidad o la clase de elementos, como un miembro adicional de la clase de la que son miembros los otros elementos. Puesto que las proposiciones referidas a la clase no son traducibles a proposiciones sobre los elementos, se termina por hacerlas referir a la diferencia, es decir, a aquel "elemento" que añadido a los elementos de la clase, la constituye como tal. Quizá un ejemplo pueda clarificar la cuestión. Lo que constituye a un conjunto de Facultades, Bibliotecas, oficinas y laboratorios en una Universidad es su organización. Pero la organización de las Facultades no es una nueva Facultad invisible, no es uno de los elementos.⁵⁸⁸

Debido a que el pensamiento, el sentimiento y los actos de una persona no pueden describirse únicamente con el lenguaje de la física, de la química y de la fisiología, se supone que deben ser descritos en términos análogos. Como el cuerpo humano es una unidad compleja organizada, la mente humana también debe ser una unidad compleja organizada, aunque constituida por elementos y estructuras diferentes. Como el cuerpo humano al igual que cualquier otro trozo de materia, está sujeto a causas y efectos, también la mente debe estar sujeta a causas y efectos, pero de tipo no mecánico.

Con relación al concepto de persona, desde esta visión dualista, se afirma que existen dos tipos de seres humanos: la persona *strictu sensu*, ser autoconsciente, racional y libre en sus elecciones, capaz de juicio moral y la vida biológica humana, conformada por aquellos seres humanos que no reúnen estos requisitos.

⁵⁸⁷ VICENTE ARREGUI, Jorge; CHOZA, Jacinto. *Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad*. Madrid: RIALP, 1992. pp. 90 y ss.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 91.

Sólo los primeros tienen un estatuto moral y, en consecuencia, son sujetos de derechos.⁵⁸⁹

Quedarían excluidos de esta categoría, entre otros, los fetos, los recién nacidos, los retardados mentales profundos y los comatosos sin posibilidades de recuperación. La causa radica en que el fundamento del respeto debido a las personas es su autonomía moral, por lo que no tiene sentido hablar de respeto a los fetos, de los recién nacidos o de los dementes graves, ya que aún no son autónomos o nunca lo fueron.⁵⁹⁰

Según Engelhardt, el hecho de que ellos pertenezcan a la especie humana no tiene ninguna trascendencia ética, pues tal pertenencia sería un mero dato biológico. Según esta postura, los individuos que poseen mera "vida biológica humana", no tiene un valor intrínseco, sino que valen en la medida que así lo juzguen las "personas en sentido estricto". Más aún, un feto humano puede valer menos que un mamífero adulto de otra especie, dado que su grado de desarrollo y de percepción de la realidad es menor que el de este último. Como consecuencia de estas premisas, no serían objetables ni el descarte de embriones ni el aborto. Incluso el infanticidio de los recién nacidos afectados por enfermedades graves podría ser legítimo, si lo autorizan los padres.⁵⁹¹

Peter Singer llega a conclusiones similares. Señala que es persona quien posee autoconciencia, autocontrol, sentido del futuro y del pasado, capacidad de entrar en relación con los otros, respeto por los demás, comunicación y curiosidad; por esto, el valor de la vida debe ser personal.⁵⁹²

Considera que no todos los miembros de la especie *Homo sapiens* son personas, y no todas las personas son miembros de la especie *Homo sapiens* (incluso los animales pueden ser considerados personas en tanto demuestren un grado de autoconciencia). Singer sostiene que el valor de las vidas humanas es variable,

⁵⁸⁹ Cfr. ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, pp. 67; ANDORNO, Roberto. ¿Persona -substancia o persona- conciencia? El debate en torno a una noción central de la bioética. *Persona y Bioética*. 1997, núm. 1, pp. 85-95.

⁵⁹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ, María. *Embrión in vitro* [ref. de 12 de abril de 2005]. Disponible en: <http://bioetica.bioetica.org/mono1.htm>.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 553.

porque "la vida sin autoconciencia no tiene ningún valor". Por ello, la supresión de los recién nacidos deficientes sería éticamente lícita.⁵⁹³

Para la tesis de la autoconciencia, el embrión no posee una dignidad intrínseca, sino que vale, en la medida que posea una cierta significación para quienes esperen su venida al mundo. No tienen en cuenta más que su sensibilidad y el causarle sufrimientos inútiles. Su principal falla es la ausencia de un sujeto. Los actos de la autoconciencia son los actos de alguien. Para *ser autoconsciente*, primero es necesario *ser*.⁵⁹⁴

B.2) Concepción materialista o monista

Para esta teoría, el hombre es sólo una realidad biológica. Así, el cuerpo agota la totalidad del hombre y de sus experiencias con los demás, convirtiéndose tan solo en corporeidad y experiencia corpórea, donde el cuerpo es el lugar y medio de la liberalización. Siendo así "yo mí cuerpo", este debe ser el lugar del placer y de la expresión de todo lo que puede ser.

Esta tendencia tuvo gran influencia para fundamentar las reivindicaciones de la libertad sexual en las campañas en pro de la anticoncepción, el aborto o la esterilización voluntaria. Algunas corrientes psicológicas contemporáneas como el psicoanálisis, en esta misma línea, proponen indagar en el misterio de la *psique* humana y en las experiencias del cuerpo vivido, mediante el estudio del comportamiento o por el análisis de las dinámicas del inconsciente y de las presiones sociales.⁵⁹⁵

Sobre el particular, Vicente y Chozas han señalado que el monismo materialista reduce todos los fenómenos psicológicos o mentales a fenómenos neurofisiológicos, por lo tanto, comparte los mismos errores categoriales del dualismo cartesiano puesto que, una vez aceptados los términos de la dicotomía

⁵⁹³ Cfr. FERNÁNDEZ, María, *op. cit.*

⁵⁹⁴ Cfr. SPAEMANN, Robert. *Personas: Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"*. Pamplona: EUNSA, 2000, pp. 229 y ss.

⁵⁹⁵ Cfr. VICENTE ARREGUI, Jorge; CHOZA, Jacinto, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

cartesiana entre mente y cuerpo, se limita a negar la existencia de la mente cartesiana o a postular su identidad con el cuerpo. Por eso, la crítica que aquí se ha realizado al dualismo no supone la aceptación del monismo sino más bien el rechazo de los presupuestos comunes a ambos. No cabe duda que el hombre es un animal y, por tanto, un tipo de cuerpo vivo; el pensar es una actividad vital de un hombre, no de una parte de él. Un hombre piensa con su alma, si se quiere decir positivamente que pensar es una actividad vital, y negativamente que pensar no es algo ejecutado por ningún órgano corporal.⁵⁹⁶

Sobre el concepto de persona, bajo esta concepción de la corporeidad humana es posible sostener que el único criterio de reconocimiento de la persona o de la individualidad humana es el análisis de su conducta o comportamiento humano. Partiendo de corrientes filosóficas de tipo conductista y de la sociología se niega la metafísica o, en todo caso, afirma su irrelevancia.

Por tanto, en el caso del embrión, siendo que no es posible advertir un comportamiento humano en la vida intrauterina hasta un cierto periodo, el único criterio que persiste como criterio objetivo para comprobar la existencia de un nuevo ser lo constituye la actitud de la madre. Si ella lo acoge, entonces, este sujeto existe.

Más allá del reconocimiento biológico de que, desde el inicio, el embrión establece un diálogo químico-biológico con su madre que ocasiona un conjunto de modificaciones en el organismo materno, quien se ve obligada a reconocer la existencia del nuevo individuo, existe una objeción filosófica más importante: no es la relación la que constituye la realidad, sino la realidad la que construye las relaciones interpersonales. Por tanto, el embrión y la madre interactúan porque ambos existen, son realidades objetivas.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia. Comunicación materno-filial en el embarazo. *Cuadernos de bioética*. 2009, vol. 20, núm. 70, pp. 303-316; SUEIRO VILLAFRANCA, Enrique; LÓPEZ MORATALLA, Natalia. *La comunicación materno-filial en el embarazo. El vínculo de apego*. Pamplona: EUNSA, 2011; GIMÉNEZ AMAYA, José. Neurobiología del "vínculo de apego" y embarazo. *Cuadernos de Bioética*. 2009, vol. 20, núm. 70, pp. 333-338.

B.3) Concepción personalista

Bajo esta concepción, la persona debe ser entendida como ser subsistente, consciente, libre y responsable. Esta forma de ver la persona tiene su origen en las verdades reveladas judeo-cristianas que permiten concebir al hombre como imagen y semejanza de Dios, es decir, capaz de estar en constante diálogo con Dios y llamado a gobernar el universo en su nombre.⁵⁹⁸

Tomas de Aquino advierte el problema alma-cuerpo, afirmando que el alma está unida sustancialmente y no accidentalmente al cuerpo; por tanto, hasta cuando actúa con el cuerpo, el hombre realiza una actividad física y espiritual. Sin embargo, la presencia de un alma espiritual no puede deducirse de la observación de ningún dato experimental.⁵⁹⁹ Según Spaemann,

[...] la existencia humana que se debe respetar es la de un hombre "determinado", y el respeto exigido es respeto a su singularidad. El hombre es un ser singular desde el principio. La singularidad humana no es fruto del desarrollo. Es ella, más bien, la que le marca el rumbo.

La "forma" del hombre –el alma– no es primero un alma embrionaria y después un alma adulta. El alma constituye, más allá de categorías del tipo "grande" o "pequeño", la íntima ley esencial de nuestra biografía, cuya eficacia es la misma en el comienzo de la vida que en su cima.⁶⁰⁰

De hecho, el grado de individualidad de cada uno es tan elevado que sin romper con la naturaleza común, cada ser humano es un ejemplar único no sólo desde el punto de vista físico, sino, sobre todo, por la parte más íntima de su ser, su alma. El ser humano es más que el propio patrimonio genético o biológico. Su unicidad e irrepetibilidad no está fundada solo en la unicidad de la identidad genética. Sobre el plano metafísico, es el alma la que establece la unicidad irrepetible del ser humano, que se traduce en su dignidad. El hecho que los valores corpóreos estén en armonía y en jerarquía entre sí es un corolario de la unidad en el cuerpo,

⁵⁹⁸ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 143-144.

⁵⁹⁹ Cfr. AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. Parte I-a, q.76 a.6. Tomo I. Madrid: BAC, 2001.

⁶⁰⁰ SPAEMANN, Robert. La inviolabilidad de la vida humana. *Anuario Filosófico*. 1994, vol. 27 núm.1, p. 79.

aún compuesto de partes, que hace de él un organismo viviente y animado por el espíritu. Sólo así se puede hablar de existencia humana como unitotalidad.⁶⁰¹

Para evitar confusiones ontológicas dualistas, Sgreccia prefiere reemplazar el término "cuerpo" por "corporeidad" porque tiene una mayor amplitud: mientras aquella recoge solo una parte, este expresa la unidad corpóreo-espiritual de la persona y, en este sentido, "indica la subjetividad humana en la condición corpórea que constituye su identidad personal".⁶⁰²

De esta reflexión se derivan importantes consecuencias éticas importantes: por un lado, el bien "vida física" se presenta como esencial, lo que quita la vida se configura como la destrucción del organismo y, por tanto, el daño más grave que se puede infligir a la persona. Sólo por motivos de bienes morales relacionados con la persona en su totalidad puede ser puesto en peligro o sacrificado este bien. Después de la vida viene la "integridad" de la misma y solo puede ser socavada sólo si lo requiere la defensa de la vida o un bien moral superior.⁶⁰³

Sin duda, la concepción que adoptemos sobre la naturaleza de la existencia humana influirá notablemente en la idea que tenemos de ser humano, nuestro concepto de persona y el respeto que le debemos a la misma. En nuestro caso, consideramos mejor fundamentada la concepción personalista acerca de la corporeidad humana y, sobre esta base, reconocemos el estatuto ontológico del embrión como persona, según pasaremos a explicar a continuación.

C) EL EMBRIÓN COMO PERSONA

Existe una diferencia sutil entre naturaleza humana y persona en sentido filosófico. La aplicación del concepto de persona al ser humano o la identificación del individuo de naturaleza humana con la persona, reviste gran importancia, pues explica, a nivel filosófico, los caracteres específicos ya

⁶⁰¹ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 149.

⁶⁰³ *Ibid.*, pp. 150-151.

verificados por la ciencia, a nivel empírico, en el reconocimiento del individuo biológico que pertenece a la especie humana.⁶⁰⁴

La Real Academia Española define persona como el individuo de la especie humana, sujeto de derecho. Es evidente que el significado más común y elemental del término "persona" no se refiere a consideraciones filosóficas abstractas, sino más bien a una experiencia vivida por cada hombre, que es fundamentalmente idéntica en toda época histórica y en toda cultura: todo hombre tiene experiencia de sí mismo como persona y percibe a los otros hombres como persona, aunque no sepa definir en un concepto qué es la "persona":

Los vocablos *prósopon* e *hipóstasis* pertenecen a una determinada lengua y cultura, pero la experiencia sobre la cual se fundan es constante y universal. Esta experiencia se expresa en el concepto "persona", que responde a la pregunta: ¿quién es el sujeto? Así, a la pregunta "¿quién es Pedro?", respondemos: es un hombre, esto es, una persona humana.

Los antiguos romanos no tenían una definición abstracta ni elaborada de persona, pero poseían una noción experimental, y basándose en ella elaboraron un *código* jurídico que defendía los derechos y castigaba los delitos contra la persona. Esta experiencia de la persona fue válida durante el Imperio romano y lo es todavía hoy, sobre todo cuando hablamos de problemas bioéticos.⁶⁰⁵

La persona es, pues, el ser humano realmente existente. Su definición filosófica no es más que la expresión lógica de la realidad ontológica del individuo real. Es la individualidad manifestada a través del ser humano. Este-hombre "es" hombre porque posee efectivamente un "acto de ser" individualizado, y a partir de ahí, puede desarrollar diversas actividades (primero es luego *actúa*: no es la potencia o facultad la que obra, sino el hombre singular).

En este contexto la "naturaleza humana" concretizada en este-hombre-que es la esencia común a todos los hombres, es decir, la persona, individuo concreto y

⁶⁰⁴ Cfr. LUCAS LUCAS, Ramón, El estatuto..., *op. cit.*, pp. 166-167.

⁶⁰⁵ *Id.* ¿Cuándo se..., *op. cit.*, pp. 59 y ss.

singular.⁶⁰⁶ Entonces, no debemos hablar de la persona-en-abstracto, sino de esta-persona, presentando al ser humano-persona como una individualidad concreta y única.⁶⁰⁷

Es gracias a este acto de ser (una persona en concreto dotada de una intensidad única) que ella posee una dignidad constitutiva, entendida como sinónimo del valor que debe reconocerse al hombre por el solo hecho de ser hombre. Esta "intuición" nace del pensamiento occidental de raíz judeo-cristiana de considerar al hombre como un ser digno, hecho a imagen y semejanza de Dios y colocado incomparablemente por encima de toda realidad sobre la tierra.⁶⁰⁸

Pero, ¿cómo se conoce a la persona? La persona en su singularidad no debe ser conocida nunca como un *objeto* de ciencia, sino como *sujeto* a través de la experiencia interpersonal, de *sujeto* a *sujeto*. Su dignidad como persona se manifiesta después, existencialmente, en las múltiples formas de relaciones prácticas de proximidad según los cuales el otro se me presenta.⁶⁰⁹ Con la afirmación del principio de la dignidad de ser humano se destaca que no existen hombres de "segunda categoría", sub-humanos o vida sin valor vital. Es suficiente ser hombre para ser reconocido como persona. El concepto de persona se encuentra íntimamente ligado a la dignidad y valor que hay que respetar.

⁶⁰⁶ En otras palabras, todos los hombres son iguales por su naturaleza común, pero dentro de una misma naturaleza, cada persona es única. La persona no es *algo* que se pueda encontrar fuera de un análisis o una combinación de características. Por ello, toda definición de persona no es más que una aproximación incompleta que no hace más que explicitar la naturaleza que se descubre en *este-hombre-que*. Cfr. ANDORNO, Roberto. *Bioética y...*, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁶⁰⁷ R. Lucas advierte que "el sujeto del actuar moral no es entonces la *naturaleza humana* considerada en abstracto –porque tal no existe– sino la *naturaleza humana-en-este-hombre-que*, esto es, la persona. El actuar sigue al ser. Actúa aquel que es, subsistente, el sujeto que –cuando la naturaleza es intelectual– es persona. Hablando propiamente, no es la potencia o la facultad la que actúa, ni la esencia, sino el hombre singular, el subsistente. Cfr. LUCAS LUCAS, Ramón, *El estatuto...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁰⁸ Desde la antigüedad, el ser humano se cuestiona sobre el fundamento de su propia dignidad. Los griegos y romanos hablaban de la presencia de un elemento divino en el hombre. Con el Cristianismo, se genera la convicción que el hombre es único ser sobre la tierra que ha sido hecha a imagen y semejanza de Dios y su fin último será orientarse hacia su Creador para gozar de una vida eterna. Cada hombre cristiano es un ser sagrado. En el SXVIII al SXX, se trata de reemplazar el fundamento trascendente por uno immanente, como la autonomía moral. Sin embargo, se concluyó que el hombre merecía un respeto incondicional, cuyo fundamento, parecería ser algo absoluto, difícil de encontrar en el hombre mismo. Cfr. ANDORNO, Roberto. *Bioética y...*, *op. cit.*, pp. 52-62.

⁶⁰⁹ Cfr. GONZALEZ, Ana; POSTIGO, Elena. *Vivir y morir con dignidad. Temas fundamentales de bioética en una sociedad plural*. Pamplona: EUNSA, 2002. pp. 38-40.

Para Tomás de Aquino⁶¹⁰, el concepto de persona expresa "lo que hay de más perfecto en el mundo, esto es, un ser subsistente en la naturaleza racional".⁶¹¹ Romano Guardini afirma que el hombre no es intangible por el hecho de que viva. De tal derecho sería también titular un animal en cuanto se encuentra que también él vive; la vida del hombre permanece inviolable porque él es una persona.⁶¹² La razón fundadora del valor y la dignidad de la persona está en que ésta goza de una interioridad que la constituye como sujeto y la abre a lo Absoluto⁶¹³, y, por tanto, es un fin en sí misma; todo ello hace que ella posea una inviolabilidad y unos derechos-deberes fundamentales.⁶¹⁴

Sin embargo, tanto la tecnología como la ciencia relacionadas con factores biológicos del ser humano, han hecho renacer el debate sobre la noción misma de persona, en especial, en los momentos límites de su existencia (inicio y fin), ya

⁶¹⁰ Sobre el valor ontológico del embrión, Tomás de Aquino, en respuesta al "Traducianismo" propuesto por Tertuliano, propone - en la misma línea que algunos Padres de la Iglesia Católica - la teoría de la animación sucesiva: el alma, aunque esté destinada a unirse sustancialmente con el cuerpo, tiene ontológicamente un origen diverso, es creada directamente por Dios y, al ser el alma forma del cuerpo, requiere de una organización del cuerpo, una "forma". Sobre esta base, suponía que al inicio de la fecundación existía un alma vegetativa o animal y que el periodo de infusión del alma racional se situaba posteriormente. Cfr. AQUINO, Tomás de. *De potentia Dei*, Cuestión 3: La creación. González, Ángel Luis y Moros, Enrique (trads.). *Cuadernos de Anuario Filosófico*. 2001. Núm. 128, p. 91 (a.IX, ad.12-22). Bajo esta teoría, la infusión del alma sucedía entre el 30º y 40º día siguiendo el mandato bíblico sobre la purificación de la mujer después del parto. Tomás de Aquino no aborda la ilicitud del acto abortivo en el plano ontológico o moral, simplemente le otorga al problema cronológico del desarrollo humano una relevancia ontológica, entendemos, por desconocimiento de certeza a cerca de la inexistencia de discontinuidad en el desarrollo del embrión, aportada por la embriología y la genética. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 551-552.

⁶¹¹ AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. Tomo I. Madrid: BAC, 2001. Parte I-a, q. 29, a. 2-3.

⁶¹² Cfr. GUARDINI, Romano. El derecho a la vida antes del nacimiento. *Arbil*. 1998, núm. 102 [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.arbil.org/arbil102.htm>.

⁶¹³ "La dignidad y valor de la persona están ligados a su interioridad de sujeto en contraposición a la exterioridad de los objetos. La estructura misma del hombre, en cuanto ser espiritual, dotado de inteligencia y de voluntad, muestra la esencia de esta interioridad abierta. [...] ¿En qué consiste esta apertura? La inteligencia está abierta al Absoluto porque capta el ser en cuanto ser; capta lo finito en el horizonte de lo infinito y tiene un deseo infinito de conocer. Así, la inteligencia humana no se detiene nunca en su sed de conocer y de investigar, sino que quiere conocer siempre cosas nuevas e indagar campos inexplorados. Tiene una potencia cognoscitiva ilimitada, tanto cualitativa como cuantitativamente, en el sentido que no sólo tiende a conocer cosas siempre nuevas, sino también tiende a conocer mejor y más profundamente cuanto ya conoce, hasta tal punto que podría encontrar su satisfacción sólo si pudiera conocer la verdad absoluta e infinita." LUCAS LUCAS, Ramón. ¿Cuándo se..., *op. cit.*, pp. 85-86.

⁶¹⁴ *Ibid.*, pp. 84-85.

sea relativizando su contenido o eliminando el concepto de la conciencia individual de la sociedad.⁶¹⁵

La definición de persona más célebre es la formulada por Boecio en el siglo VI d.C.: sustancia individual de naturaleza racional (*naturae rationalis individua substantia*).⁶¹⁶ En ella se reconoce a la persona en la totalidad humana, donde la conciencia no es más que un acto de la persona, posterior a ella. De manera similar, Ricardo de San Víctor y Tomás de Aquino han definido la persona apelando tanto a la referencia universal a la especie (*rationalis naturae*) como a su carácter individual (*individua substantia*).⁶¹⁷ La filosofía de la persona se vincula, pues, íntimamente con la filosofía de la sustancia.⁶¹⁸

La "sustancia" es *lo que es en sí*, pertenece a sí mismo y no a otro, el "accidente" es *lo que es en otro*, esto es, en la sustancia. Este pertenece a la sustancia y es determinación de ella, pues aquel tiene necesidad de un sustrato para existir. La persona existe en sí y por eso es sustancia completa.⁶¹⁹

La sustancia, en el pleno sentido de la palabra, es el "individuo", definido como *indivisum in se* (indivisible en sí), es decir, unidad interna y no indivisibilidad. Si lo definimos como indivisible no se podrá hablar de un individuo material porque cada ser material es cuantitativamente extenso y puede ser divisible. Por tanto, los conceptos de individuo y persona están íntimamente ligados: la persona es sustancia individual en tanto está separada de los otros en su esencia.⁶²⁰

⁶¹⁵ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 154.

⁶¹⁶ Cfr. LUCAS LUCAS, Ramón, *El estatuto...*, *op. cit.*, p. 168; ANDORNO, Roberto. *Bioética y...*, *op. cit.*, pp.62; *Ibid.*, pp. 152-153.

⁶¹⁷ Tomás de Aquino define la persona como *individuum subsistens in rationali natura*. Cfr. AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. Tomo I. Madrid: BAC, 2001. Parte I-a, q.29 a.3; Ricardo de San Víctor define la persona como *rationalis naturae individua existentia*. Cfr. SAN VÍCTOR, Ricardo de. *Opera. De Trinitate IV*, 23 (C). Berthelin, Jean (ed.) Ruan: Rothomagi, 1650. p. 247.

⁶¹⁸ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 153.

⁶¹⁹ En cuanto existe ella misma y no en otro sujeto, la sustancia es *subsistencia*, en cuanto hace de supuesto de los accidentes se llama *sustancia* o *hipóstasis*. Cfr. LUCAS LUCAS, Ramón, *El estatuto...*, *op. cit.*, p. 168.

⁶²⁰ *Ibid.*

Sobre la "naturaleza racional" se advierte que existen seres individuales subsistentes que no son personas; sin embargo, toda persona sí es un individuo. La racionalidad es aquello que permite distinguir a la persona de otro individuo.⁶²¹ En este elemento se encuentran todas las características y dimensiones presentes cuando hablamos de libertad, relación, proyecto, vocación, etcétera, brotan de éste como manifestaciones y actos segundos.⁶²² No es necesario que la racionalidad se presente como acto, sino que basta que exista como capacidad (en potencia), como en el caso de los minusválidos o quienes duermen.⁶²³

Sobre la base de esta definición tradicional de persona, reconoceremos el estatuto ontológico del embrión. Dado que se trata de una reflexión filosófica abordada por destacados expertos en cuestiones éticas y/o bioética⁶²⁴, nuestro trabajo consistirá en exponer una de estas líneas argumentativas, haciendo propias las

⁶²¹ Para nosotros, la persona se manifiesta a través de las manifestaciones de la racionalidad. Sin embargo, Esto no significa que sean las propias manifestaciones las que constituyen la persona; éstas son sólo la máscara a través de la cual se muestra la persona, se aprecia su sustancia individualizada (el actuar sigue al ser). *Ibid.*, p. 170.

⁶²² La sustancia individual, vale decir, el individuo se encuentra íntimamente ligado a la *naturaleza intelectual* y los dos forman parte de la *persona*. *Ibid.*

⁶²³ Así, es necesario distinguir entre *potencia activa* y *potencia pasiva*. La *primera* manifiesta la capacidad constitutiva de un ser de desarrollarse por sí mismo, mientras que la *segunda*, refiere sólo a la mera posibilidad y disponibilidad de sufrir transformaciones de parte de algo externo a ellos. La potencialidad activa es de tal forma ontológica y está ligada al acto de ser, que funda y hace posibles todas las actuaciones futuras. Así, por ejemplo, los gametos gozan de una potencia pasiva, pues es necesario que medie el proceso de fecundación para que puedan dar origen a un nuevo ser que goza de potencia activa, es decir, que es *ya* él mismo, no necesita de la intervención de un tercero, más allá de su simple evolución para nacer. Es importante diferenciar entre *potencia activa* y *ser en potencia*. La *potencia activa* tiene una relación real con el acto y el *ser en potencia* significa no ser todavía, oponiéndose a ser en acto. *Ibid.*, pp. 155-161.

⁶²⁴ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 540-560; BALLESTEROS, Jesús, *op. cit.*, pp. 225-243; SPAEMANN, Robert. *La inviolabilidad...*, *op. cit.*, pp. 69-87; ANDORNO, Roberto. *Bioética y...*, *op. cit.*, pp. 52-71; ANDORNO, Roberto. ¿Persona –sustancia..., *op. cit.*, pp. 96-104; BLAZQUEZ, Niceto. *La bioética y los hijos del futuro*. Madrid: Ediciones Cristiandad, 2004, pp.209-241; BURGOS VELASCO, Juan Manuel. Persona versus ser humano: Un análisis del esquema argumentativo básico del debate. *Cuadernos de Bioética*. 2008, vol. 19, núm. 67, pp. 433-447; RHONHEIMER, Martin. *Ética de la procreación*. Madrid: RIALP, 2004, pp. 179-222; KACZOR, Christopher. *The ethics of abortion: women's rights, human life, and the Question of Justice*. New York and London: Routledge, 2011, pp.13-144; OLLERO TASSARA, Andrés. *Bioderecho: entre la vida y la muerte*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. pp. 25-74; LUCAS LUCAS, Ramón. ¿Cuándo se..., *op. cit.*, pp. 62-84.

consideraciones que contiene. A estos efectos, seguiremos la exposición de Ramón Lucas Lucas.⁶²⁵

C.1) El embrión como sustancia

Para definir el embrión como sustancia, con una identidad y continuidad definida, es necesario retomar algunas reflexiones sobre la definición de sustancia y su relación con la corporeidad humana.

i. Sustancia: esencia y ser

La persona existe en sí misma y por eso es sustancia completa, es decir, un todo sustancial. Lo específico de la sustancia es *ser* por sí misma. Técnicamente, sustancia es solamente el individuo no universal; la esencia es sustancia y existe porque tiene el ser; una esencia está *in actu* porque está actualizada por el ser. Por esto la sustancia como ente concreto exige, además de la *essentia* (que en el hombre comprende dos elementos: materia prima y forma sustancial), también el *esse*, esto es, el *actus essendi*. La sustancia en cuanto existe en sí misma y no en otro sujeto se llama "subsistencia"; en cuanto actúa como supuesto de los accidentes se llama hipóstasis o sustancia (*subsistit-substat*). Así, quien afirma que ciertas cualidades y ciertas determinaciones son "de algo" o "de alguien", indica implícitamente una sustancia determinada: varias propiedades y actos se refieren a una misma sustancia. La experiencia nos prueba que los cuerpos cambian y se transforman, permaneciendo ellos mismos; es la misma planta, o el mismo animal, o el mismo hombre el que nace, crece o muere.

⁶²⁵ LUCAS LUCAS, Ramón, *op. cit.*, *loc. cit.* Ramón Lucas Lucas es Catedrático de "Antropología filosófica y Bioética" de la Facultad de Filosofía, Universidad Gregoriana en Roma. Inclusión en la Primera Edición de *2000 Outstanding Intellectuals of the 20th Century*, *International Biographical Centre Cambridge*; miembro de la Pontificia Academia de la Vida, Vaticano; miembro de la Sociedad Hispánica de Antropología Filosófica, España; *Deputy Governor of the American Biographical Institute Research Association, USA*; *Deputy Director General of the International Biographical Centre Cambridge*; Consultor permanente del Instituto de Bioética de la Universidad Católica *Agostino Gemelli*, Roma, miembro del Consejo de Dirección del «Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales "Francisco de Vitoria", Madrid; miembro del grupo de expertos para el estudio del embrión humano, Pontificia Academia de la Vida, Vaticano. Mayo 2002; Miembro del grupo de expertos en bioética del Instituto de Bioética Fundación de Ciencias de la Salud", Madrid. Octubre 2002.

Al aplicar el concepto de sustancia individual al hombre, resulta que las propiedades que él posee, las funciones que ejerce y los actos que realiza no existen en sí, sino que existen sólo como características, funciones y actividad de un individuo humano sustancial, que es su sujeto, al cual se refieren aquéllos.

La sustancia es, por tanto, la condición ontológica real de la presencia de determinadas capacidades, del ejercicio actual de ciertas operaciones, de la manifestación exterior de comportamientos precisos. La sustancia así entendida es la que puede explicar la unidad (en el espacio) y la permanencia (en el tiempo) de la identidad del ser humano. En esta perspectiva, la persona no puede reducirse a la suma yuxtapuesta de propiedades, ni a la sucesión de una serie de actos (pensar, correr, caminar, etc). El hombre, por tanto, no tendría una unidad suya en el espacio, ni una identidad en el tiempo, sin una sustancia individual, consistente, subsistente y estable, unificadora y duradera, irreducible al conjunto de propiedades.

ii. Corporeidad

Así entendido, podemos identificar empíricamente esta sustancia con el inicio de la corporeidad humana. Afirmar que la concepción da origen a una nueva e individual materia corpórea humana significa, de hecho, sostener que ésa es un individuo de la especie humana, esto es, un ser humano. No es posible escindir en el hombre el aspecto biológico del humano. El biólogo llama al fruto de la concepción cigoto, mórula, blastocisto, etcétera y constata que en la formación y desarrollo de este cuerpo humano no hay saltos cualitativos: es siempre el mismo cuerpo biológico. Desde el punto de vista ontológico podemos constatar aquí el inicio de la sustancia humana.

Esta célula, que el biólogo nos presenta como un nuevo ser humano que comienza su propia existencia o ciclo vital, es el inicio de un nuevo y original cuerpo humano. Es verdad que en el cigoto no se "ve" la forma de la corporeidad humana desarrollada, pero si se piensa que esto constituye el inicio del cuerpo humano y lleva consigo todo lo que aparecerá como esencial después en el

cuerpo adulto, será necesario concluir que tiene una verdadera dimensión humana.

iii. Identidad y continuidad del embrión

El devenir propio de cada ser biológico lleva consigo un desarrollo en la continuidad e identidad del ser. Sobre la base de este principio general de la biología, se aprecia que, desde el momento de la concepción, el cuerpo que pertenece a la especie humana se desarrolla por un principio intrínseco y llega a ser lo que es él mismo en virtud de potencialidades intrínsecas destinadas a la actualización plena. El sujeto unitario (sustancia) de tal devenir es siempre el mismo y madura al traducir en acto las propias capacidades.

Así, por ejemplo, dado que nuestras células están en continua renovación, mi cuerpo actual no es igual al de hace quince años y es distinto de mi cuerpo infantil, fetal y embrionario, pero es constitutivamente idéntico: era y soy siempre yo mismo. Aquí el cuerpo no sólo es algo que poseo; el cuerpo que vivo en primera persona soy yo mismo. De esta afirmación se desprende que la corporeidad humana queda determinada en el momento mismo en el que biológicamente surge el nuevo individuo, sin discriminar si tengo o no "apariencia humana" ya que no pertenece al ámbito del tener sino al del ser.

La comprensión de la persona como sustancia es indispensable para entender la identidad del sujeto humano. Pero, además del dato que puede observar el biólogo, la lógica del filósofo prueba que no puede haber estos saltos de cualidad, ni pasos de una sustancia a otra. El cuerpo humano puede madurar sólo si ya lo es de hecho. No llegará a ser nunca humano si no lo ha sido desde el inicio (no existe una dicotomía entre el yo y su corporeidad). Así, o se admite que el embrión humano es un individuo de la especie humana o, en cambio, se deberá explicar cómo de una corporeidad biológica no humana (sustancia no-humana) puede surgir un individuo humano (sustancia humana), sin que esto lleve consigo una contradicción con la identidad del nuevo ser humano y la corporeidad biológica precedente.

Por tanto, la unidad y continuidad del desarrollo embrionario requiere que, desde el momento de la concepción, sea un individuo de la especie humana; no es un ser humano "en potencia", sino que es ya un ser humano real.⁶²⁶

C.2) Individualidad del embrión

La sustancia, en el sentido pleno de la palabra, es el individuo. La definición que da Boecio muestra cómo los conceptos de individuo y de persona están indivisiblemente conectados: en el concepto de persona se encuentra ínsito el carácter de la individualidad, con su doble significado de unidad interna y de diversidad de los otros (singularidad irrepetible); esto es, la persona es unidad y unicidad.

i. Unidad interna

La unidad de la persona se muestra en el hecho de que ella es la "sustancia individual", es decir, que está por sí misma, separada de los demás en su esencia.⁶²⁷ Así, cuando hablamos del individuo como *indivisum in se*, nos referimos a la unidad interna y no la indivisibilidad (material) porque, conforme ha sido expuesto, la materia es cuantitativamente extensa y, por tanto, es divisible en partes más pequeñas.

Según la biología, el individuo es un ejemplar viviente que pertenece a una especie dada; un ser organizado que vive una existencia propia y que no puede ser dividido sin ser destruido y, si es capaz de dividirse, resultan varios individuos

⁶²⁶ La doctrina de la potencia activa de Aristóteles hay que entenderla precisamente en este sentido, evitando confundir *potencial* y *posible*. A lo posible le falta una relación real con el acto, es simplemente aquello que puede llegar a ser cualquier cosa, sin otras condiciones; mientras que potencial es lo que puede llegar a ser algo por virtud propia y llega a serlo a no ser que surjan obstáculos. Este grave equívoco está en los fundamentos del *Informe Warnock*, donde la expresión "potencial humano" se toma no en el sentido aristotélico, sino en el de un "ser posiblemente humano".

⁶²⁷ En la definición de Tomás de Aquino, estos dos elementos, sustancia-individuo, se incluyen en el término *subsistens*. De hecho, *hypóstasis*, *subsistens*, *substantia individua*, *suppositum*, significan lo mismo. El *subsistens* es una sustancia individual que forma un todo completo; por esto el individuo es el sujeto que existe por sí como un todo. Cfr. AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. Tomo I. Madrid: BAC, 2001. Parte I-a, q.29 a.3.3.

de la misma especie, ya que la reproducción de ciertos seres vivos –los más simples, como la ameba o el paramecio– se produce por división y nadie pone en duda que sean individuos.

De igual forma, puede advertirse que en las dos primeras semanas de vida del embrión humano ocurre un fenómeno similar al observable en los animales unicelulares que, incluso, puede dar lugar a varios individuos (gemelos) hasta la aparición de la línea primitiva, rudimento del sistema nervioso (día 14º después de la fecundación). En este periodo cada una de las células del embrión es totipotente, es decir, que si se separa, puede construir un nuevo embrión, el cual tendrá la misma información genética que el original.

Así, pues, no debemos identificar el término "individuo" con "indivisible". El carácter indivisible de un organismo multicelular es siempre relativo y, por tanto, no es capaz de fundamentar su individualidad.⁶²⁸ El organismo puede ser dividido en estructuras que son morfológica y funcionalmente más elementales, llegando hasta el nivel celular, que es la única *unidad biológica* que no puede ser dividida en sus partes sin perder los caracteres distintivos de la materia viva.⁶²⁹

Así expuesto, durante su vida, el individuo es un continuo agente de acción y su identidad es el resultado de un esfuerzo que se prolonga en el tiempo, la autocreación, el mantenimiento de una integridad particular mediante un continuo rendimiento; la identidad biológica es un atributo dinámico del hecho de ser *ese* individuo y no otro.

⁶²⁸ El organismo es la forma de existencia propia del ser vivo individual. Desde el punto de vista biológico cada ser humano es un organismo distinto, organismo humano individual. Los organismos mantienen su identidad mediante la identidad de una forma (identidad formal), no de la materia (identidad material): Es la forma viviente lo que permanece idéntico, gracias a la continua sustitución de materiales (metabolismo) que permite mantener (homeostasis) controlado su desequilibrio entre el ambiente interno y externo (termodinámicamente, un organismo es un sistema abierto en desequilibrio controlado). Pero la identidad diacrónica de la forma de un organismo (autoidentidad en el tiempo) no implica que su morfología y fisiología orgánica sea idéntica desde el principio hasta el final de su vida. Cfr. COLOMBO, Roberto. *Vida: De la bioética a la ética*. En: *¿Qué es la Vida? La bioética a debate*. Arequipa: Encuentro Ediciones, 1999. pp. 151-165.

⁶²⁹ La descripción ordenada de las variaciones morfológicas y funcionales que se dan durante la vida de un organismo según su programa sustancial se denomina *ciclo vital*, que marca el inicio y el fin de la vida humana, independientemente de la duración o la finalización de uno o de todos los procesos que constituyen el ciclo.

En el caso del embrión, por tanto, existe unidad interna, pues se trata de una individualidad biológica, de un todo compuesto de partes organizadas que tiene como centro coordinador-organizador el genoma, que va haciendo que se den las sucesivas fases en esa novedad biológica de forma armónica:

Él es un ser organizado, constituido por un conjunto de células que trabajan con un mismo fin y que actúan conjuntamente ante el ambiente. Inmediatamente luego de la fecundación se pone en marcha una suerte de "programa", y las células del embrión se ven forzadas a seguir el plan preestablecido, repartiéndose las tareas a llevar a cabo.⁶³⁰

En el mismo sentido, Andorno precisa que el embrión vive una existencia propia. Las técnicas de fecundación *in vitro* han demostrado que la concepción puede tener lugar fuera del cuerpo materno. Por tanto, el embrión no es una parte o un órgano de su madre. Luego de la fecundación, éste comienza la división y diferenciación celular en forma autónoma, independientemente de todo intercambio con su madre. Se trata de una autonomía intrínseca y no de una completa autarquía, que tampoco posee el recién nacido para sobrevivir.⁶³¹

De lo anterior se desprende que todo el desarrollo sucede desde el principio hasta el final de manera autónoma. La información para dirigir esos procesos viene del embrión mismo, de su genoma. Desde el inicio, es el embrión quien pide a la madre lo que necesita, estableciéndose un "diálogo químico", al igual que el feto o que el recién nacido.

ii. Unicidad: singularidad irrepetible

El término persona también indica una singularidad irrepetible: la unicidad. La persona es un individuo que comparte una misma naturaleza con otros que poseen las características generales de esa naturaleza que participan y se

⁶³⁰ VEGA GUTIERREZ, Javier. *Estatuto biológico del embrión* [ref. de 18 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/120/904/>

⁶³¹ Cfr. ANDORNO, Roberto. ¿Persona-sustancia..., *op. cit.*, pp. 93-94.

distingue de los otros individuos no humanos, pero a su vez, posee una sustancia que lo hace diferente de otros individuos humanos, singular, inconfundible, insustituible, irrepetible, único. Así pues, es posible afirmar que toda sustancia es individuo pero no todo individuo es sustancia.

Si la persona humana no fuera otra cosa más que la realización sustituible de una naturaleza humana, un simple ejemplar de una especie, entonces la especie valdría más que el individuo y, para el bienestar general, el singular podría y debería ser subordinado y eventualmente sacrificado. Sin embargo, la persona es tal no sólo por su individualidad sino porque ésta es irrepetible, única. Es esta unicidad la que se manifiesta de modo trágico en la muerte de la persona amada; en el corazón de una madre la pérdida de uno de sus tres hijos es una pérdida total e insustituible.

Así pues, la singularidad y originalidad de cada uno funda la riqueza del diálogo y de la relación interpersonal. Es precisamente esta relación, entendida en nivel ontológico, la que crea mi especificidad de persona respecto a lo que no es persona.

Este carácter singular, único e irrepetible es apreciable desde los comienzos de la vida humana, pues como ya se ha mencionado, el genoma que se forma de la unión de los pronúcleos en la fecundación contiene ya esa unicidad que determina su diferencia de otros embriones. Un ejemplo de ello es el de los gemelos monocigóticos, que, con igual patrimonio genético, su semejanza no significa identidad.

Además, este dato biológico puede venir acompañado de una reflexión filosófico-teológica pues, si el hombre es cuerpo y alma, esta parte espiritual no proviene de la materia ni es generada por los padres o producido por los científicos, es creación directa de Dios en cada hombre, y eso hace que cada individuo sea no sólo de nuestra especie sino único e irrepetible.

C.3) Naturaleza racional del embrión

Según lo señalado con anterioridad, un individuo no es persona por que se manifiesta como tal, sino, por el contrario, se manifiesta así porque es persona.

Hay seres sustanciales individuales, esto es, muchos individuos subsistentes, que, sin embargo, no son personas; pero no es verdad lo contrario: de hecho, toda persona es también un individuo. La diferencia que permite la denominación de la persona es la racionalidad (la apertura constitutiva de la naturaleza humana). Para poder hablar de persona humana se requiere la naturaleza racional; éste es el dato distintivo de la persona respecto de los demás seres sustanciales. De la definición de Boecio se deriva que la persona, además de los tres elementos del género próximo (individualidad, naturaleza y sustancia), significa también y sobre todo racionalidad, que es la particularidad que distingue a los hombres de los demás individuos sustanciales.

En efecto, el criterio de diferenciación se encuentra en la naturaleza del individuo, en este caso, en la naturaleza humana. La razón o la autoconciencia *in actu*, es, en sentido filosófico, un accidente. Lo que interesa es que la naturaleza a la que pertenece el individuo sea una naturaleza racional en potencia (activa). Por ejemplo, un individuo de la especie biológica perro tiene naturaleza canina, aunque no manifieste ahora o temporalmente sus capacidades caninas. De igual forma, si el individuo de la especie biológica humana se inicia con el embrión —cuerpo minúsculo biológicamente humano— tiene naturaleza humana, caracterizada por su capacidad intelectual, a pesar de tratarse de facultades en potencia (activa).

i. Cuestión previa: precisión terminológica

Con el término "inteligencia" no identificamos solamente la capacidad de recibir información, elaborarla y producir respuestas eficaces (inteligencia formal o artificial). La sociedad atribuye coloquialmente este significado a hombres,

animales, ordenadores, y en los últimos tiempos se habla de edificios inteligentes, de máquinas inteligentes y demás.

En sentido estricto, además de lo expuesto –que puede ser aplicable a todo lo mencionado– consideramos inteligencia, sobretodo, a la capacidad de organizar los comportamientos, descubrir los valores, inventar proyectos, llevarlos a término, formular problemas y darles respuesta más allá del determinismo causal. En otras palabras, la característica esencial de la inteligencia es la invención y promulgación de fines, y esto es obra de la subjetividad humana. Frente a los fines y a los valores se necesita un sujeto, no un objeto.⁶³²

ii. Racionalidad: Capacidad esencial

El término "racional" deriva del latín *ratio*, que a su vez traduce el griego *lógos*; indica no sólo la inteligencia y la capacidad de razonar, sino todas las capacidades superiores del hombre (inteligencia, amor, sentimientos, moralidad, religiosidad, entre otras). Además, no indica el ejercicio efectivo de éstas, sino la aptitud, la capacidad constitutiva de abrirse a la totalidad del ser. No se requiere, por tanto, que la racionalidad esté presente como operación en acto, sino que es suficiente que esté presente como capacidad esencial: así es también persona quien duerme, el disminuido, el feto.

Un individuo no es persona porque se manifieste como tal sino, al contrario, se manifiesta así porque es persona. El distintivo fundamental se encuentra en la naturaleza propia del individuo. ¿Cómo no sería persona un individuo humano? El ser humano *es* persona en virtud de su naturaleza racional, no *llega a ser* persona por fuerza de la posesión actual de ciertas propiedades, del ejercicio efectivo de ciertas funciones, del cumplimiento cierto empíricamente de ciertas acciones. En otras palabras, lo que es relevante para el reconocimiento del ser

⁶³² Conveniente diferenciar la inteligencia animal de la humana: la primera podemos llamarla cautiva y obedece a programas preestablecidos, la segunda es libre e inventa los programas. Así, por ejemplo, si bien algunos chimpancés han aprendido más de cien palabras, éstos son seres cautivos, necesitan ser instruidos por una inteligencia que no es de un chimpancé. O, si por naturaleza somos miopes respecto del águila, pero por la inteligencia hemos alcanzado a ver lo invisible.

persona es la pertenencia, por naturaleza, a la especie humana racional, independientemente de las manifestaciones exteriores en acto de ciertas características, operaciones o comportamientos.

El ser persona pertenece al orden ontológico; por tanto, la persona o es o no es. La posesión de un estatuto sustancial personal no se adquiere o se disminuye gradualmente sino que es un evento instantáneo y una condición radical: no se es más o menos persona, no se es "pre-persona", "post-persona" o "sub-persona" sino que o se es persona o no se es persona. Las características esenciales de la persona no son sujeto de cambio (sólo crecen o disminuyen, en mayor o menor medida, las características accidentales y contingentes), éstas se encuentran presentes desde el momento en que se forma la sustancia (concepción) y se pierden cuando ella se disuelve.

Evidentemente, el embrión no ha desarrollado la capacidad de reflexionar, sentir, entre otras, pero sin duda, dada su pertenencia a la especie humana, mantiene como capacidad esencial la racionalidad que se irá vislumbrando según vaya pasando el tiempo.

En todo caso, no es necesario que todas las capacidades orgánicas hayan alcanzado el pleno desarrollo para que el espíritu este presente; una confirmación de esto puede verse en el hecho de que la inteligencia y la voluntad, capacidades específicas del espíritu humano, se manifiestan sólo mucho tiempo después del nacimiento, y, sin embargo, ninguno pone en duda la presencia del espíritu en el neonato o en el niño.

Del mismo modo como el niño, sin transformarse en otro, llega a ser un hombre, así el óvulo fecundado es realmente un ser humano y no se transforma en otro durante el desarrollo. O por ejemplo, la persona adulta es, ciertamente, más madura en su dimensión biológica, psicológica y moral que cuando era embrión, pero tal madurez se ha dado en el ámbito de la misma identidad de esencia. No se puede afirmar lógicamente que una persona adulta es más persona que un niño, un embrión o cualquier otro hombre.

De lo expuesto podemos concluir que el embrión es persona, es decir, un individuo (sustancia individual) de naturaleza racional.

1.3. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ÉTICA DEL DERECHO

Determinar el estatuto jurídico del embrión-feto no es una cuestión baladí, pues acarrea el nivel de protección que el Derecho le otorga ya sea vivo o muerto.⁶³³ Ahora bien, dada la naturaleza de la temática, también en el Derecho, la precisión terminológica es importante. La determinación del nivel de reconocimiento jurídico que se le dé al embrión-feto dependerá, en último término, de la concepción acerca del Derecho que utilicemos como punto de partida.

A) FINALIDAD DEL DERECHO

Martínez-Sicluna afirma que "el objeto que definimos con la palabra Derecho es una realidad cultural" que varía en función de varios factores espacio-temporales y que puede ser conceptualizar sobre la base de tres criterios: la idea de justicia, de norma y de libertad o facultad de la persona.⁶³⁴

El primer criterio, nos lleva a definir el Derecho en función del concepto de justicia, que atribuye a cada persona "lo suyo", lo que le corresponde, como criterio de orden establecido en la convivencia social. Se parte del supuesto que sólo el Derecho justo, es Derecho, de tal forma que toda norma que carece de esta característica no es Derecho. En esta línea encontramos autores como Ulpiano en Roma, la Escuela de Glosares y Tomás de Aquino en el época medieval, Radbruch en el siglo XX y, en este siglo, Vallet de Goytisolo, D. Castellano, J. Hervada y C. Martínez-Sicluna.

⁶³³ No es, pues, ocioso determinar el momento en el cual el derecho le atribuye al ser humano la condición de persona, en tanto que la convierte en titular de derechos y obligaciones, que le aseguran una protección efectiva de sus derechos fundamentales.

⁶³⁴ En este punto, en líneas generales, seguimos lo expuesto por MARTÍNEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, Consuelo. *Teoría del derecho y filosofía del derecho*. Madrid: Colex, 2011. pp. 24 y ss.

El segundo criterio define el Derecho como la norma o conjunto de normas que rigen la vida en sociedad, en una comunidad políticamente organizada. Es la concepción más extendida entre los autores contemporáneos: B. Pascal en Francia, R. Von Ihering en Alemania, N. Bobbio en Italia, A. D'Ors en España. En este contexto, el estatuto jurídico del embrión-feto dependerá del ejercicio de la potestad legislativa del poder político de turno: si la norma lo reconoce como persona, entonces, goza de protección; caso contrario, puede ser reducido –incluso por los Tribunales– a la condición de objeto.

En España, por ejemplo, el preámbulo de la LOIVE afirma que la vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre subordinada a la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada y de su llamado derecho a la maternidad libremente decidida. Bajo esta concepción, se deduce que el Derecho protegerá al embrión-feto en tanto y en cuanto la mujer embarazada no quiera deshacerse de él; de esta manera se condiciona su protección a la autonomía privada de la mujer gestante.

El tercer criterio define el Derecho como facultad o prerrogativa que exige un reconocimiento por parte de los demás, una garantía de protección por parte del Estado y una reciprocidad en la vida social. En esta línea se puede encontrar la ley universal del derecho de I. Kant: "Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos, según una ley universal".⁶³⁵ Esto nos lleva inevitablemente a la lógica del consenso para hacer posible la convivencia social, un espacio público compartido que exige del hombre una sumisión en todos los ámbitos de su vida, donde en el corto o mediano plazo, el Derecho se convierte en un instrumento de control social que hace visible la voluntad del Estado, especialmente a partir de medios coercitivos. El ejemplo más sensible es la llamada Ley Antitabaco, donde es el Estado quien, a

⁶³⁵ KANT, Immanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Madrid: Victoriano Suárez, 1873. p. 43.

través de una ley, ha decidido que proteger a los ciudadanos que frecuentan espacios públicos de los efectos de la nicotina es un bien digno de protección.⁶³⁶

Sea como fuere, el orden jurídico es siempre un orden ético, porque el Derecho (fundamentado en la idea de justicia, de norma o de autonomía) está relacionado siempre con el establecimiento de pautas de comportamiento –adecuadas o no– que rigen la convivencia social y, que a su vez, comportan unos límites a la conducta de los individuos.

No cabe duda que la referencia a la justicia otorga al Derecho una raíz ética fuera de él mismo: si desprendemos al Derecho de su fuente y lo reducimos a mera formalidad, podemos caer en considerar el Derecho como autorreferencial, con un valor *per se*, sin relación a la persona o a los fines de una sociedad concreta. Tal es lo acontecido en la Modernidad, donde se identifica al Derecho con la norma, el Derecho positivo, creado bajo procedimientos o mecanismos predeterminados y por quien tiene la competencia para ello. Este, a su vez, queda disuelto en la ley, en el poder político creador de un legislador que establece un conjunto de normas, no ajenas a la moral, sino que adopta una moral socialmente organizada, a la cual el individuo debe adaptarse si no quiere ser calificado de "disidente".⁶³⁷

Actualmente, nos encontramos inmersos en un mundo dominado por el positivismo normativista, lejos una concepción clásica del Derecho Natural, cuyo fundamento último, estable e inmutable, es la persona. Pero no una persona "subjetiva" que nada tiene que ver con el otro, sino una persona en-relación-con-el-otro. Visto así, no será necesariamente justo lo prescrito por la ley formal, sino que es necesario que esta norma no atente contra la naturaleza humana, a quien sirve.⁶³⁸ Por eso, desde esta perspectiva, la determinación de lo que pertenece o no a la naturaleza humana es fundamental. Si, como queda demostrado, el

⁶³⁶ Cfr. Ley 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

⁶³⁷ Cfr. MARTÍNEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, Consuelo, *op. cit.*, pp. 330 y ss.

⁶³⁸ *Ibid.*

embrión-feto participa de la especie humana y goza de personalidad (en sentido ontológico), no cabe duda que, a la luz del derecho natural, merece gozar del mismo nivel de protección jurídica que cualquier otro ser humano (niño, adolescente, adulto, anciano).

B) MECANISMOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA

El estatuto ontológico de individuo humano (ser persona) inscribe *ipso facto* al embrión en la comunidad social, de tal forma que el deber ético que su dignidad expresa debe tener reconocimiento y tutela social. Es decir, debe pertenecer a aquel ordenamiento jurídico de defensa y persecución del bienestar general en que cada uno ve respetado y promovido el propio bien personal como derecho.⁶³⁹

B.1) El derecho y la protección de la persona

En esta sociedad globalizada, donde pueden convivir tantos parámetros éticos como intereses particulares puedan existir, el Derecho se constituye en la forma más conveniente para adecuar el comportamiento de una sociedad a determinadas normas éticas que permitan una sana convivencia.

Al respecto, Atienza sostiene que el Derecho debe abstenerse de regular conductas que sólo tienen que ver con las opiniones morales de los individuos, es decir, debe permanecer neutral frente al pluralismo moral: no debe tratar de imponer un determinado código moral frente a los demás. No es difícil entender que el derecho empiece donde termina la moral, pues "sin una regulación detallada (legalista) unas instancias encargadas de aplicar las anteriores normas a los casos concretos (los jueces) y el respaldo de la fuerza física (coacción estatal), la moral (cualquier moral) serviría de muy poco".⁶⁴⁰

⁶³⁹ Cfr. COZZOLI, Mauro. El embrión humano: Aspectos éticos-normativos. En: CARRASCO DE PAULA, Ignacio; COLOMBO, Roberto; COZZOLI, Mauro; *et. al. Identidad y estatuto del embrión*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2000. p. 253.

⁶⁴⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel. Juridificar la bioética. En: *Bioética y derecho. Fundamento y Problemas actuales*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999. p. 72.

Bajo esta lógica, de nada valdría proclamar que el embrión es persona y, por ende, es titular de todos los derechos que le son atribuibles por esta condición –principalmente el derecho a la vida– si no se adopta un régimen jurídico que haga efectiva su protección y regulación.⁶⁴¹

Sobre el particular, consideramos que si bien el Derecho debe respetar la moral de cada individuo, necesita apoyarse en un conjunto de normas ético-morales que le den lógica y coherencia a su contenido. De no ser así, sobretodo en temas bioéticos, tendremos normas contradictorias entre sí que, por un lado, defienden la autonomía de la voluntad y, por otro, permiten la investigación o experimentación en seres humanos incapaces de ejercitarla.

Sin embargo, establecer cuál será ese mínimo ético sobre el cual construir las normas no es sencillo. Al momento de decidir cómo regular el estatuto del embrión, el legislador (o el juez, según sea el caso)⁶⁴² suele inquietarse frente a la posición ética que debe adoptar, pues teme, por un lado, que la persona se vea desprotegida frente a los avances de la biotecnología y, por otro, que las

⁶⁴¹ "Los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado. [...] El respeto y la protección que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien debe nacer, exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos. La ley no podrá tolerar -es más, deberá prohibir explícitamente- que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente." CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. *Instrucción DONUM VITAE. Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Joseph Ratzinger (Prefecto). Roma, 22 de febrero de 1987 [Ref. de 24 de mayo de 2012]. Disponible en: <http://www.vatican.va/>.

⁶⁴² Así lo pone de manifiesto el Dr. LEJEUNE: "Hace menos de tres meses, Monk y Holding publicaron en Inglaterra que en su trabajo con embriones humanos producidos in vitro habían podido extraer células de esos embriones, polimerizar el correspondiente DNA, examinarlo con cierto procedimiento y determinar si esos embriones incipientes eran masculinos o femeninos. Así, aun en un embrión de una semana de edad, con estas nuevas técnicas podemos decir: "es un hombre" o "es una mujer". Es totalmente increíble que los abogados, teniendo conocimiento de que un embrión de una semana es ya un muchacho o una chica, se nieguen a conocer al mismo tiempo que es una persona humana." *Genes y Vida Humana* [ref. de 20 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/284/705/articulo.php?id=4438>.

restricciones impuestas sean demasiado débiles o altamente restrictivas para la actividad científica.⁶⁴³

A pesar de ello, es claro que no se puede eludir esta responsabilidad, pues la ley (y eventualmente, la jurisprudencia) tiene como principal función garantizar la dignidad de la persona, debiendo establecer las bases para su adecuada protección, es decir, los principios de base sin los cuales la convivencia social digna se torna insoportable. Un derecho indiferente a la realidad humana colmada de valores sería un derecho inmoral.⁶⁴⁴

Así entendido, reforzamos nuestra opinión respecto a la necesidad que el derecho fije unos mínimos éticos de convivencia social que regulen el adecuado comportamiento de la sociedad frente al embrión acordes con su dignidad personal. No debe olvidarse que la principal preocupación del Derecho es que los ciudadanos actúen con justicia en sus relaciones, entendiendo por tal el dar a cada uno lo que es suyo, que, en última instancia, implica reconocer a cada uno su propia dignidad.⁶⁴⁵

⁶⁴³ Tal es así que incluso, algunos especialistas como el Dr. Ricardo CRUZ COKE, Profesor Titular de Medicina; Vicepresidente Comité de Ética, Hospital Clínico Universidad de Chile, apunta las incongruencias de las legislaciones europeas y anglosajonas. "Las posiciones y los conceptos que tienen los europeos y los anglosajones son diferentes a los nuestros y dan otros argumentos. La prueba es que aprobaron la idea de que hasta los 14 días se puede hacer lo que se quiera con los embriones. Pero existen ciertas contradicciones, porque los europeos permiten el aborto legal hasta las 20 semanas. Entonces, por qué están preocupados del límite de 14 días si pueden hacer lo que quieran con embriones y óvulos hasta las 20 semanas. Son problemas en los cuales es muy difícil llegar a un consenso. Yo acabo de estar en una reunión en París sobre normas generales de bioética, en la que se aprobaron normas sobre las que ya existe acuerdo, como el consentimiento informado. Pero todo el capítulo de reproducción humana no pudo ser abordado, porque se armó una discusión muy grande, en especial sobre el derecho a la vida. Los derechos humanos aceptados son el derecho de igualdad, libertad, seguridad, propiedad y dignidad humanas. Pero el derecho a la vida se ha establecido para gente adulta, mientras que el embrión no está considerado todavía como una persona, entonces no tiene derecho a la vida, es un derecho relativo. Por esta razón, los europeos no incluyen entre los derechos humanos el derecho a la vida, como está en nuestra Constitución y en otras constituciones.". *Ética en Investigación en Seres Humanos, Manipulación de Embriones y Clonación* [ref. de 25 de mayo de 2005]. Disponible en: <http://www.medwave.cl/perspectivas/medicina/2005/4/1.act>.

⁶⁴⁴ Cfr. ANDORNO, Roberto. *Bioética...*, op. cit., pp. 47-48.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, pp.50-59.

El derecho no debe aceptar cualquier innovación tecnológica. Si bien debe partir de la realidad social, no es un instrumento de ésta, que adecua las prácticas o costumbres a los intereses particulares. Por el contrario, el derecho debe, ante todo, valorar los hechos:⁶⁴⁶

No podemos no asumir como punto de partida el estatuto biológico del embrión, que es un individuo humano, que tiene la cualidad y la dignidad propia de la persona. El embrión humano tiene derechos fundamentales, es decir, es titular de constitutivos indispensables para que la actividad connatural a un ser pueda desenvolverse según un propio principio vital. La existencia del derecho a la vida como constitutivo intrínsecamente presente en el estatuto biológico del individuo humano desde la fecundación constituye, por tanto, el punto firme de la naturaleza también para la definición del estatuto ético y jurídico del nascituro.⁶⁴⁷

No se requiere, pues, que el embrión haya desarrollado ya en mayor o menor medida sus potencialidades para tener la cualidad y la dignidad propia de la persona y, por tanto, merecer la protección jurídica correspondiente.

Este reconocimiento de la dignidad del embrión ha sido recogido por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011 en el caso *Oliver Brüstle contra Greenpeace e.V.* (asunto C-34/10) a propósito de la interposición de una cuestión prejudicial acerca de la interpretación del término "embrión" empleado en la Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas:

A dichos efectos, tal como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva prohíbe que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable. El artículo 6

⁶⁴⁶ El gran riesgo que corre el derecho frente al avance biotecnológico es de abandonar su propia lógica de justicia y adherirse a una lógica de dominación del más fuerte sobre los más débiles. Para evitar ello, el derecho debe saber distinguir entre la ciencia, portadora de límites a su actuación en el sentido que se sabe parte de un todo más complejo, y el cientificismo, que no admite límites y pretende pronunciarse sobre todo. *Ibid.*, pp. 50-51.

⁶⁴⁷ HERRANZ, J. *La humanidad ante una encrucijada: Derecho y biología* [ref. de 20 de diciembre de 2012]. Disponible en: http://mercaba.org/Filosofia/Etica/BIO/la_humanidad_ante_una_encrucijad.htm.

de la Directiva proporciona una garantía adicional, por cuanto califica de contrarios al orden público o a la moralidad –y, por tanto, de no patentables– los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales. El trigésimo octavo considerando de la Directiva precisa que esta lista no es exhaustiva y que aquellos procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana deben también quedar excluidos de la patentabilidad [...] El contexto y la finalidad de la Directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de «embrión humano» recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva debe entenderse en un sentido amplio.⁶⁴⁸

Según se desprende del texto citado, el Tribunal fundamenta la protección del embrión como parte del respeto debido de la dignidad humana. Para estos efectos, define el término "embrión", en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva bajo comentario, como "todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis".⁶⁴⁹

Sin perjuicio de lo expuesto, hemos de advertir que el ordenamiento jurídico español ha excluido al embrión o feto del concepto persona, según se desprende de la modificación del artículo 30 CC realizada por la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁶⁵⁰ vigente desde el 23 de julio de 2011.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ STJCE (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011, en el Asunto C-34/10, *Brüstle v. Greenpeace*.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Disposición Final Tercera [Reforma del Código Civil]. Se modifica el artículo 30 del Código Civil, que queda redactado en los siguientes términos: "Artículo 30. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno."

⁶⁵¹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Disposición Final décima [Entrada en vigor]. La presente Ley entrará en vigor a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El artículo 30 CC está enmarcado en el Capítulo I De las personas naturales, del Título II Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil, del Libro Primero De las personas y su redacción anterior estuvo vigente desde el 14 de agosto de 1889 hasta el 22 de julio de 2011. Establecía que "para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno." La Doctrina ha interpretado este artículo en concordancia con el artículo 29 CC⁶⁵², con miras a delimitar el inicio de la capacidad jurídica de la persona, no para establecer el punto de partida de la personalidad jurídica (se puede tener el estatuto de persona jurídica sin tener capacidad jurídica legalmente reconocida).⁶⁵³

A partir del 23 de julio de 2011, la nueva redacción del artículo 30 precisa que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. A diferencia de la redacción anterior que establecía la necesidad de reunir cuatro requisitos para otorgar efectos civiles a la persona, esta modificación requiere sólo dos: la necesidad de un nacimiento efectivo (rotura del cordón umbilical) y que nazca vivo. Ya no es necesario que tenga figura humana ni que transcurra el plazo de 24 horas que actuaba como *conditio iuris* para el reconocimiento de la personalidad jurídica, entendida como capacidad jurídica.⁶⁵⁴ Su consecuencia más relevante es que la nueva redacción, bajo un argumento *contrario sensu*, niega la condición de persona al concebido, incluso al que, habiendo nacido vivo (salida del claustro materno), se encuentra en la etapa anterior al corte del cordón umbilical.

⁶⁵² CC. Artículo 29 [Nacimiento y *nasciturus*] El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

⁶⁵³ Cfr. SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis. La protección del concebido y no nacido en nuestro derecho. En: MONTROYA MELGAR, Alfredo (coord.) *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*. Madrid: Dykinson, 2010. pp. 586-600; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Introducción y parte general. Tomo I*. Madrid: Edisofer, 2009. pp. 205-207.

⁶⁵⁴ Cfr. IGLESIA MONJE, María Isabel de la. La reforma del artículo 30 del Código Civil. Estudio de las condiciones del nacimiento. Repercusiones jurisprudenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2011, año 87, núm. 728. pp. 3403-3415; Díez Pícazo, Luis; Gullón, Antonio. *Sistema de derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Vol. 1*. Madrid: Tecnos, 2012. pp. 203-207.

La redacción actual del precepto no solo confunde los términos capacidad y personalidad sino que puede llevar a pensar que se establece una definición del concepto "persona" (jurídica) que excluye al ser humano no nacido y al nacido pero sin haberse producido el corte del cordón umbilical. Lo anterior significa que, todo ser humano en esta etapa "pre-persona" podría ser objeto de manipulación e investigación ya que el Derecho ha renunciado a brindarle protección como persona.⁶⁵⁵

B.2) Duda ontológica : in dubio pro embryo

Sin perjuicio de lo expuesto, la condición de incertidumbre y desconcierto de muchas conciencias sobre el estatuto biológico y ontológico del embrión, también debe tenerse en consideración. Esta incertidumbre respecto a que se trate de un individuo humano no es "duda abstracta", referente a una teoría, un principio o una posición doctrinal; sino de una "duda de hecho", concerniente al existir *aquí y ahora* la vida del ser humano. Como tal, crea las mismas obligaciones que la certeza.⁶⁵⁶

Desde la concepción se inicia el ciclo vital del ser humano que, también en la dificultad para reconocerle el valor de individuo y, por tanto, de persona, exige el respeto debido a quién este valor está destinado a conseguir. Impedir que lo logre o inducirlo a conseguirlo de modo indigno es ya un acto inmoral.⁶⁵⁷

Ante situaciones similares, el derecho aplica un principio clásico que es ético y jurídico a la vez, según el cual, cada vez que existan dudas acerca de la decisión a tomar, debe adoptarse aquella que sea más favorable al sujeto en cuestión, especialmente, cuando se refiere al más débil. En el caso del embrión, este mismo criterio nos conduce a sostener que, mientras no se pruebe que estamos

⁶⁵⁵ Cfr. SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis. Persona, personalidad jurídica, nasciturus y derecho civil español. En: ESPEJO ARIAS, María Dolores, *et. al. Bien común y dignidad humana. Estudios presentados en el IV Congreso Internacional de Bioética de la Federación Internacional de Bioética de Inspiración Personalista*. Jaén: Formación Alcalá, 2007.

⁶⁵⁶ Cfr. COZZOLI, Mauro, *op. cit.*, pp. 233-234.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

frente a una simple cosa u objeto, debe presumirse que se trata de una persona⁶⁵⁸. En otras palabras, la razonable duda ontológica nos obliga a respetar, en el plano ético, al embrión: *in dubio pro embryo*.⁶⁵⁹

De este modo, más allá del debate acerca del estatuto ontológico del embrión humano, la ética y el derecho determinan no *lo que es* el embrión humano, sino *cómo tratarlo*: "De acuerdo con el consenso establecido que, en caso de duda, el riesgo de dañar un bien protegido debe considerarse equivalente al daño en sí mismo –el argumento de beneficio de la duda– debemos seguir el criterio de la tutela o protección, que considera el embrión como una persona a pesar de las dudas."⁶⁶⁰

Por ello, si surgiera un conflicto de intereses entre sujetos con iguales derechos, en caso de duda acerca de la licitud de la medida a adoptar, hay que escoger la alternativa que proteja a los sujetos más débiles, en este caso, al embrión.

2. EL ABORTO COMO ACTO MÉDICO: UNA DISCUSIÓN VIGENTE

Una vez que hemos advertido la complejidad para definir el "acto médico" resulta casi evidente la dificultad para establecer una respuesta unívoca sobre la consideración del aborto como acto médico, en el contexto cultural de una sociedad marcada por el relativismo y el individualismo.

Desde un punto de vista muy superficial, si el acto médico se define como todo acto lícito realizado por el profesional médico en cuanto tal, no cabe duda que el aborto es un acto médico, más aún en aquellas legislaciones donde se reserva esta práctica legal a profesionales licenciados.

⁶⁵⁸ Cfr. ANDORNO, Roberto, *Bioética...*, op. cit., p.104-107

⁶⁵⁹ Cfr. IAÑEZ PAREJA, Enrique. Ética del uso de embriones humanos [ref. de 9 de junio de 2003]. Disponible en: <http://www.ugr.es/~eianez/biotecnologia/clonetica.htm>

⁶⁶⁰ HONNEFELDER, Ludger. Naturaleza y estatus del embrión. Aspectos filosóficos [ref. de 18 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/1097/741/>

Si además se incluye en esta definición que la finalidad del acto médico sea recuperar o promover la salud, el problema se centrará en determinar lo que se entiende por salud. Si se utiliza la definición de la OMS, entonces, en principio, la práctica del aborto se puede considerar un acto médico pues, al ejecutarlo, la mujer satisface sus expectativas individuales y goza de un aparente buen ánimo y bien-estar.⁶⁶¹

Sin embargo, como se ha comprobado líneas arriba, el tema no es sencillo. Profundizando sobre esta cuestión y en relación con las consideraciones sobre el estatuto del embrión-feto, la RMP y el acto médico efectuadas desde el punto de vista de la Medicina, presentamos algunas situaciones que evidencian la complejidad de la consideración del aborto como acto médico.

2.1. ABORTO ON-DEMAND

El *abortion on-demand* otorga a la mujer la posibilidad de elegir el aborto con su sola petición, sin mayores razones que su deseo personal de no continuar con el embarazo (normalmente limitado por un sistema de plazos). En este contexto, no podemos hablar de relación médico-paciente porque en este caso no hay una persona "enferma" que requiera una acción terapéutica que le devuelva la salud. Más bien, en el ámbito del mercado sanitario, se asemeja a una relación de consumo (cliente-proveedor) en la cual el médico se convierte en un empresario dispensador de servicios médicos –en este caso, el aborto– a solicitud de la cliente, a cambio del pago de un precio estipulado de antemano.

En efecto, según ha quedado dicho, para iniciar una relación médica genuina es necesario que la persona que se acerca al médico presente una enfermedad; algún síntoma, ya sea físico o psíquico que, a criterio de aquella, pueda configurar un cuadro morboso, es decir, que "se sienta enferma"; o con posibilidad de

⁶⁶¹ Hacemos la aclaración "en principio" pues, en el mediano o largo plazo, es posible la existencia del llamado síndrome post-aborto (Post-Abortion-Syndrom - PAS) que designa el cuadro patológico que comprende un conjunto de síntomas fisiológicos, psicológicos y espirituales desencadenados tras la realización de un aborto.

enfermarse (finalidad preventiva). Si la persona que desea abortar no se siente enferma o con posibilidad de adquirir una enfermedad, entonces, no se configura la RMP y por tanto, no surge el acto médico *strictu sensu*. El embarazo⁶⁶² *per se* no es una enfermedad⁶⁶³. Todo lo contrario, representa un estado de salud bueno (de bien-estar) donde todas las funciones asociadas con la reproducción funcionan de manera óptima.

No basta, pues, con un disgusto o un sentimiento de rechazo hacia el concebido por diferentes razones: personales, afectivas, preferencias anticonceptivas (hijo no deseado), socioeconómicas (previsible empeoramiento de las condiciones económicas), culturales, académica o laborales para configurar una enfermedad y, por tanto, la posibilidad de establecer una RMP.

Ahora bien, el hecho de que existan regulaciones que lo permitan, no cambia la naturaleza de este juicio. Si bien, el aborto *on demand* legalmente establecido e incluso promovido por el legislador, permite que la autonomía de la voluntad de la mujer —que abarca una suerte de derecho de propiedad y disposición sobre su cuerpo y todo lo que lleva en él— se imponga frente a la cualidad biológica y ontológica del embrión-feto, a quién se le otorga la condición de objeto no deseado y, por tanto, desechable a sola petición de la madre, no configura técnicamente una RMP y, por tanto, no surge el contexto necesario para la generación de un "acto médico" enmarcado en los fines de la Medicina.

Sobre la validez legal de este supuesto (aborto *on-demand*), aunque lo veremos en la tercera parte de nuestra investigación, conviene adelantar que la Corte Suprema Norteamericana, en el caso *Planned Parenthood v. Casey* (1992), no considera aceptable esta categoría, ni siquiera a partir de una lectura amplia del derecho al aborto concedido por la sentencia *Roe v. Wade* (1973).

⁶⁶² Embarazo: f. Gravidéz, gestación, preñez. Situación en la que se encuentra la mujer desde la concepción hasta el parto. Cfr. Océano. *Diccionario de medicina...*, *op. cit.*

⁶⁶³ Cfr. HERRERA JARAMILLO, Francisco. *El derecho a la vida y el aborto*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1984. pp. 350 y ss.; RECUERO ASTRAY, José. *En defensa de la vida humana*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2011. pp. 194-195; NAVARRO VALLS, Rafael, *op. cit.*, pp. 45-46.

2.2. ABORTO POR CUESTIONES EUGENÉSICAS

Puede ocurrir que la mujer pretenda un aborto porque ha sido detectada una discapacidad (sordera, síndrome de Down) o una malformación del feto que impide su evolución normal (espina bífida, anencefalia) o puede generar algún tipo de malestar familiar (reproche social).

En estos casos, lo lógico es establecer la RMP entre el concebido-enfermo como paciente y el médico y no "directamente" con la madre. Así, el vector terapéutico se trazará atendiendo a la especial dolencia del concebido, eso sí, a través de las posibilidades fisiológicas de la madre.

Lo que corresponde es, pues, primero, realizar el diagnóstico prenatal correspondiente, cuyos procedimientos pueden clasificarse en 5 grupos: procedimientos de diagnóstico y control bioquímico del embrión y su entorno; marcadores bioquímicos de aneuplodías en sangre materna; estudios de células fetales en sangre materna; procedimientos ecográficos (eco 2D, eco 3D) y resonancia magnética; y procedimientos invasivos de diagnóstico prenatal (biopsia embrionaria, embrio/fetoscopía, amniocentesis, cordocentesis, etcétera). Y, segundo, dar inicio a la terapia prenatal⁶⁶⁴ bajo dos modalidades: la

⁶⁶⁴ Esta conclusión es plenamente compartida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, que ya en febrero de 1987 precisaba: "Como en cualquier acción médica sobre un paciente, son lícitas las intervenciones sobre el embrión, humano siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, que no lo expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia individual. Sea cual sea el tipo de terapia médica, quirúrgica o de otra clase, es preciso el consentimiento libre e informado de los padres, según las reglas deontológicas previstas para los niños. La aplicación de este principio moral puede requerir delicadas y particulares cautelas cuando se trate de la vida de un embrión o de un feto. La legitimidad y los criterios para tales intervenciones han sido claramente formulados por Juan Pablo II: «Una acción estrictamente terapéutica que se proponga como objetivo la curación de diversas enfermedades, como las originadas por defectos cromosómicos, será en principio considerada deseable, supuesto que tienda a promover verdaderamente el bienestar personal del individuo, sin causar daño a su integridad y sin deteriorar sus condiciones de vida." CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *op. cit.*

administración de fármacos a la madre para que alcancen al feto por vía transplacentaria o la actuación a nivel intrauterino.⁶⁶⁵

Desde luego, en el caso de malformaciones, discapacidades o alteraciones congénitas del embrión-feto, resulta ilógico concebir el aborto como un acto médico, pues no existe un tratamiento menos indicado que *eliminar* al paciente. Por eso, atendiendo a principios de ética médica en países donde se considera legal este supuesto, como afirma Martínez-Calcerrada⁶⁶⁶, la *lex artis* faculta al médico al *non facere* de rigor apelando a la objeción de conciencia.

A manera de *obiter dictum*, llama nuestra atención la contradicción entre el artículo 30 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que recoge la prohibición de efectuar intervenciones sobre el embrión o el feto vivos en el útero, salvo que tengan un propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés, y la parte final de este mismo artículo "sin perjuicio de lo previsto legalmente sobre la interrupción voluntaria del embarazo". En otras palabras, la ley niega el acceso para manipular los embriones o fetos vivos en el útero pero permite su destrucción por estar *enfermos*. La incoherencia lógica es evidente: no puede "jugar" con su existencia, pero sí puede "eliminarlo" de la existencia.

2.3. ABORTO POR CUESTIONES TERAPÉUTICAS

Para el análisis de esta cuestión nos centraremos en dos momentos de la RMP: el momento cognoscitivo (que tiene como fruto el diagnóstico) y el momento operativo (la terapéutica).

Como hemos visto, la relación clínica comienza en el momento cognoscitivo: el diagnóstico –formulación del conocimiento médico de un paciente en tanto que persona enferma– inicia tan pronto como se produce el encuentro con la persona

⁶⁶⁵ Cfr. PARDO SAENZ, José María. *El no nacido como paciente*. Pamplona: EUNSA, 2011. pp. 125 y ss.; IMBERT, Claude. *El futuro se decide antes de nacer. La terapia de la vida intrauterina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2004.

⁶⁶⁶ Cfr. Martínez-Calcerrada, Luis. *Derecho Médico...*, *op. cit.*, p. 645.

que solicita los servicios profesionales.⁶⁶⁷ Para la determinación del diagnóstico, el médico explora al sujeto como persona orgánica (en busca de una especie morbosa) y como organismo personal (lo que para ésta significa la enfermedad en función de su contexto biográfico y sus circunstancias).⁶⁶⁸

Si la mujer que solicita el aborto a un médico, se siente *enferma*, entonces y solo entonces, se da inicio a la RMP. Durante la fase inicial del análisis como persona orgánica, el médico –después de algunas pruebas o con la simple observación– lo primero que puede verificar es que está en curso la gestación de un nuevo ser humano y que esto, desde el punto de vista orgánico, evidencia un buen estado de la salud reproductiva de la mujer. En otras palabras, nuevamente, el embarazo⁶⁶⁹ no es una enfermedad y, por tanto, no es un problema de salud en sentido técnico, es un hecho natural en la especie humana ocasionado una vez producida la fecundación del óvulo. Por tanto, le corresponde al médico verificar si las dolencias de la paciente no son más que los síntomas habituales derivados del embarazo o existe alguna patología que puede estar afectando la salud de la mujer.

En este punto, es posible que la mujer embarazada presente síntomas que puedan presumir la existencia de un cuadro morboso que requiera un tratamiento fisiológico, psicológico o psiquiátrico que, aunque no es una consecuencia del embarazo, su existencia incrementa el malestar o sufrimiento en la mujer.

⁶⁶⁷ *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 1; Segunda Parte, capítulo 1, apartado 3.3.C).

⁶⁶⁸ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, *op. cit.*, pp. 375-402.

⁶⁶⁹ El Manual de Codificación del CIE.9.MC - utilizado por los especialistas para la adecuada interpretación de la Clasificación Internacional de Enfermedades - precisa que la duración media del embarazo en la especie humana es de alrededor de 280 días, 9 meses o 40 semanas completas, contadas desde el primer día de la última menstruación. El período de gestación se expresa en días o semanas completas (ejemplo: los acontecimientos que ocurran entre los 280 y 286 días después del comienzo del último período menstrual normal se consideran como ocurridos a las 40 semanas de gestación). Cfr. MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD. *Manual de codificación CIE.9.MC*. Madrid: Secretaría General Técnica, 2011. p. 106 [ref. de 20 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/clasifEnferm/home.htm>

En estos casos, corresponde al médico, primero, diagnosticar la enfermedad o trastorno mental ⁶⁷⁰ y, segundo, determinar –dentro de la constelación terapéutica⁶⁷¹– cuál debe ser el vector terapéutico a seguir, es decir, el remedio más efectivo para la curación de aquella enfermedad, que puede ser: un tratamiento farmacológico, una intervención quirúrgica o simplemente una palabra o escucha atenta de su situación. En esta segunda fase el acto médico terapéutico a implementar debe ser conocido y consentido por la mujer, elegido de entre varias posibilidades como la mejor opción para evitar, controlar o curar la enfermedad de la paciente; dirigido hacia la parte enferma o la que es la causante directa del mal, salvando así la parte orgánica que goza de salud, impidiendo un deterioro mayor o controlando su evolución degenerativa.⁶⁷² En otras palabras, el facultativo deberá buscar el tratamiento médico acorde con la patología encontrada en la mujer y que afecte lo menos posible al feto en desarrollo.

Así, por ejemplo, si la mujer presenta síntomas que evidencian la existencia de un trastorno relacionado con la nicotina, primero, realizará el diagnóstico correspondiente y prescribirá el tratamiento oportuno, probablemente, con ayuda del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-IV-TR (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders-DSM*, en su cuarta edición revisada) elaborado por la Asociación Americana de Psiquiatría, que recomienda una serie de medicamentos que reducen la ansiedad provocada por la dependencia a la nicotina. Bajo ninguna circunstancia, esta guía podría proponer

⁶⁷⁰ Por enfermedad mental o trastorno mental entendemos la alteración de los procesos cognitivos y afectivos del desenvolvimiento considerado como normal respecto al grupo social de referencia del cual proviene el individuo. Esta alteración se manifiesta en trastornos del razonamiento, del comportamiento, de la facultad de reconocer la realidad y de adaptarse a las condiciones de la vida. En general, son causa de angustia y deterioro en importantes áreas del funcionamiento psíquico, afectando el equilibrio emocional, el rendimiento intelectual y la adaptación social. Cfr. CARRASCO GÓMEZ, Juan José. Enfermedad mental. En: ROMEO CASABONA, Carlos (dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y bioética. Tomo I (a-h)*. Granada: Comares, 2011. pp. 736 y ss.; Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 567-752.

⁶⁷¹ Laín Entralgo define la constelación terapéutica como el conjunto de remedios que pueden ser eficaces en el caso del enfermo tratado. Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica...*, *op. cit.*, p. 410.

⁶⁷² Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 224.

el suicidio, la eutanasia o la eliminación del feto, cuando está embarazada, para curar o dejar de sufrir esta ansiedad.⁶⁷³

De igual forma, cuando la causa directa de la enfermedad de la mujer no sea el embarazo, no cabe la intervención abortiva como vector terapéutico. De hecho, si se procede a practicar el aborto, se configura la acción-eliminación sobre aquello que está sano (el embrión-feto) y no sobre lo que requiere una asistencia sanitaria real (mal psíquico o físico). El aborto como tratamiento indicado no es adecuado en estos casos al padecimiento y, por tanto, este aborto no podría tener la consideración de acto médico.⁶⁷⁴

Ahora bien, puede darse el caso que la mujer presente un problema de salud asociado directamente al embarazo, cuya presencia puede generar un grave riesgo para su salud o su vida (embarazo ectópico⁶⁷⁵, tumor o cáncer uterino, ubicación anormal de la placenta, hipertensión crónica o enfermedad coronaria grave). Esta situación, será advertida en el diagnóstico correspondiente.

En este contexto, Sgreccia advierte dos supuestos en los que el médico tratante podría plantearse el aborto como vector terapéutico:⁶⁷⁶

- Continuar con el embarazo no salva la vida de la madre o la del feto, salvo que aborte, en cuyo caso sobreviviría la madre.

⁶⁷³ Este documento brinda a los profesionales sanitarios una clasificación de los trastornos mentales, además de proporcionar descripciones de las categorías diagnósticas y tiene como finalidad el diagnóstico, estudio, intercambio de información o tratamiento de las patologías enumeradas. Cabe advertir que se trata de una clasificación de trastornos mentales que no goza de consenso pleno entre los especialistas ya sea por el diagnóstico o por el tratamiento propuesto.

⁶⁷⁴ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 563-571; TOMÁS Y GARRIDO, Gloria María. *Cuestiones actuales de bioética*. Pamplona: EUNSA, 2006; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo. *El aborto en España. Análisis de un proceso socio político*. Madrid: UPCO, 1992.

⁶⁷⁵ Implantación del embrión fuera de la cavidad endometrial. El embarazo ectópico más frecuente aparece en el conducto tubárico, aunque también puede implantarse en el ovario y secundariamente en la cavidad peritoneal (embarazo abdominal); otra localización poco frecuente es el conducto endocervical (embarazo cervical). El embarazo ectópico tiene muy mal pronóstico y termina siempre con la ruptura de la cavidad en la que se asienta; cursa con hemorragia y provoca la muerte embrionaria o fetal. El tratamiento debe ser quirúrgico. En el momento actual, el embarazo ectópico tubárico suele tratarse mediante laparoscopia. Cfr. Océano. *Diccionario de medicina...*, *op. cit.*

⁶⁷⁶ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 569.

- Continuar el embarazo implica la muerte de la madre y salvar la del hijo salvo que aborte, en cuyo caso sobreviviría la madre.

La pregunta esencial en estas situaciones es: *¿el aborto puede ser considerado como parte de la constelación terapéutica, es decir, como uno de los remedios eficaces para que no se produzca o agrave la enfermedad de la mujer o para salvar su vida?*

He aquí un dilema ético cuya solución, a primera vista, depende en gran medida de la consideración que tenga el médico respecto al estatuto del cigoto. Si el médico no reconoce al embrión-feto como ser perteneciente a la especie humana, con una dignidad ontológica irrenunciable y, por tanto, poseedor del derecho a la vida, será más sencillo que considere el aborto como vector terapéutico y, por tanto, como un acto médico. *¿Esta consideración subjetiva convierte el aborto en un acto médico?*

En este punto del análisis cabe recordar que, como ha quedado dicho, la finalidad del acto médico es siempre defender y promover la salud para todos los seres humanos en proporción a sus necesidades y tiene como límite el respeto y defensa de la vida humana.⁶⁷⁷ Por tanto, a pesar de las buenas intenciones y deseos de proteger la salud o la vida en peligro real de la mujer, desde el punto de vista ético, sostenemos que el aborto provocado no puede considerarse nunca un auténtico acto médico, porque implica la eliminación de un ser humano en estado de gestación, aunque su desarrollo provoque un daño irreparable en la madre.

Dicho esto, lo propio en estos casos es el tratamiento de la enfermedad correspondiente (por ejemplo, la quimioterapia en el caso de un cáncer), que no implique la destrucción directa del embrión-feto, aunque tenga como consecuencia su eliminación. Sgreccia vincula estos casos con el criterio de

⁶⁷⁷ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 218 y ss. En un sentido similar, NAVARRO VALLS, Rafael, *op. cit.*

justificación del "voluntario indirecto", que se puede dar en la llamada "acción de doble efecto", uno positivo y otro negativo desde el punto de vista ético.⁶⁷⁸

Y, ante aquellos dos "casos dramáticos" antes expuestos, este autor reitera que la vida humana no puede ser eliminada por ningún motivo al ser un valor trascendente. Se debe caer en la cuenta que la vida biológica puede deteriorarse por muchas causas y ninguna de ellas justifica sacrificar la vida de un ser humano en gestación. Una vez hecho todos los intentos por preservar ambas vidas humanas incluso a través de la práctica de una cesárea si hay posibilidad de salvar al hijo de una mujer moribunda, habrá situaciones, pues, en las que será necesario –afirma Sgreccia– mantener con vida artificialmente el cuerpo de la madre con muerte cerebral hasta lograr que el feto pueda vivir fuera del útero materno.⁶⁷⁹

Por estas razones, algunos autores plantean la falta de consistencia del uso de la expresión "aborto terapéutico" para denominar la indicación médica que opta por la supresión del embrión/feto como medio para evitar que se agrave la salud de la madre o se ponga en peligro su vida. Consideran que el término más apropiado para este tipo de situación es la de "terminación del embarazo en presencia del peligro para la vida o salud de la madre".⁶⁸⁰

Sin perjuicio lo expuesto, este supuesto es legal en España y en varios países del orbe. La Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE.9.MC)⁶⁸¹ considera el

⁶⁷⁸ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, pp. 571-572.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, pp. 564; BESIO, Mauricio, CHOMALÍ, Fernando, NEIRA, Jorge; VIVANCO, Ángela. *Aborto "terapéutico". Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*. Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008; Häring, Bernhard. *La ley de Cristo: La teología moral expuesta a sacerdotes y seglares. Vol. III*. Barcelona: Herder, 1973, pp. 225-228.

⁶⁸¹ CIE.9.MC: Clasificación Internacional de Enfermedades: [...] 11. Complicaciones del embarazo, parto y puerperio (630-679). [...] Otro embarazo con resultado abortivo (634-639). [...] § 635 Aborto legalmente inducido (Incluye: aborto o terminación de embarazo: electivo, legal, terapéutico). COMMISSION ON PROFESSIONAL AND HOSPITAL ACTIVITIES, *op. cit.*, pp. 867 y ss.

Este documento, cuyo título original es *The International Classification of Diseases, 9th Revision, Clinical Modification ICD* ha sido desde 1853 la clasificación de referencia para informar de la mortalidad y la morbilidad en el ámbito nacional e internacional. A partir de 1946, en su 6.ª revisión, la Organización Mundial de la Salud ha sido responsable de esta clasificación, siendo la 10ª revisión la que actualmente está en vigor en inglés (CIE10). Incluye

aborto (espontáneo, legal o ilegal) como una complicación del embarazo.⁶⁸² A esto se acompaña la inclusión del aborto como prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud y su regulación legal a través de la LOIVE. Sobre el particular, nos parece conveniente advertir nuevamente que, no obstante otorgarle reconocimiento legal, su inclusión en una norma positiva no le atribuye la consideración expresa de acto médico *strictu sensu*, aunque socialmente goce de aceptación.

una amplia clasificación y codificación enfermedades y una variedad de signos, síntomas, circunstancias sociales y causas externas de las mismas. La versión en español está siendo trabajada con la colaboración del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

⁶⁸² En este sentido, establece que "cualquier condición o circunstancia que suceda durante el embarazo, parto o puerperio, debe ser considerada, en principio, una complicación de ese periodo a menos que en la historia clínica se establezca que tal condición no ha afectado al embarazo o al tratamiento que la paciente ha recibido". *Ibid.*

CAPÍTULO III

CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO EN ESPAÑA

El capítulo anterior nos ha servido para evidenciar la complejidad que envuelve la práctica del aborto desde el punto de vista de los fines de la Medicina. Ahora bien, el derecho positivo vigente en España ha zanjado la cuestión otorgándole a la mujer un derecho a optar por el aborto, bajo una serie de parámetros exigidos por la LOIVE.

Bajo este referente jurídico, el presente capítulo, luego de una breve referencia al desarrollo histórico-jurídico, presentaremos algunas consideraciones relevantes que, a nuestro juicio, han posibilitado la inclusión del aborto como prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

Finalmente, se aborda el tema del aborto a la luz del contrato de servicios médicos y de la jurisprudencia: por un lado, su consideración como obligación de medios o de resultado y, por otro, su clasificación como parte de la medicina curativa o satisfactiva.

1. DESARROLLO HISTÓRICO Y SITUACIÓN ACTUAL

En el caso español la norma general ha sido la prohibición de la práctica y la consiguiente protección jurídica del embrión. De hecho, el aborto es un delito tipificado desde la promulgación del primer Código Penal español de 1822.⁶⁸³ La primera reforma que despenaliza el aborto en 1985. Veinticinco años después, en el 2010, el aborto provocado deja de constituir un delito y se convierte en una práctica legal.

A continuación, hacemos un breve recorrido histórico sobre estos cambios legislativos que han producido el paso del delito –como un hecho repudiado socialmente– a su regulación como prestación sanitaria, bajo el llamado sistema de plazos, seguido del sistema de indicaciones.⁶⁸⁴

1.1. PROHIBICIÓN DEL ABORTO Y PROTECCIÓN GENÉRICA DE LA VIDA HUMANA

En el Derecho Penal, el aborto se define como la muerte del feto voluntariamente ocasionada ya sea en el seno de la mujer embarazada o provocando su expulsión prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterinamente. El bien tutelado es la vida del feto o la vida humana dependiente. Se trata de un delito de lesión –no de peligro– que vincula la vida del feto con la mujer, y por tanto, excluye los casos de fecundación *in vitro*.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Cfr. LÓPEZ, Guillermo. *Aborto y contracepción*, op. cit., p. 50; CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general. Vol. 1*. Madrid: Tecnos, 1996. pp. 112 y ss.

⁶⁸⁴ Si bien es cierto, que para la redacción de este apartado no se requiere la reflexión previa sobre la consideración del aborto como "prestación sanitaria" o como "acto médico", creemos indispensable incluir dichos temas para advertir –contrariamente a lo señalado por MUÑOZ CONDE [*Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pp. 77-78]– que se trata de una temática que no goza de consenso doctrinal, social ni político en España. En otras palabras, que aunque la ley positiva lo establezca, sigue siendo una cuestión ética y jurídicamente discutible.

⁶⁸⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 1995. p. 74; *ibid.*, p. 81.

El aborto es una práctica prohibida en España hasta 1985. A manera de ejemplo, el Código Penal de 1848, cuyo artículo 328 –ubicado en el capítulo 3 del Título IX Delitos contra las personas del Libro Segundo: Delitos y sus penas– castigaba al que de propósito causare un aborto con la pena de reclusión temporal (de 12 a 20 años) si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada; con la prisión mayor de 7 a 12 años si, aunque no la ejerciere, obrare sin consentimiento de la mujer; ó con la prisión menor de 4 a 6 años si la mujer lo consintiere. El artículo 329 castiga el aborto imprudente (ocasionado violentamente, cuando no haya habido propósito de causarlo) con prisión correccional. El artículo 330 castigaba con prisión menor a la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause. Abortar para ocultar su deshonor, se consideraba como atenuante de la sanción (pena de prisión correccional).⁶⁸⁶

El Código Penal de 1944 sancionó el aborto "en cualquier circunstancia, siempre que fuera causado a propósito". Los sujetos activos del delito eran la mujer que abortaba, quien permitiese que se lo realizasen y a quien se lo causase o le ayudase a ejecutárselo. Un supuesto de mínima punición lo constituía el aborto "honoris causa", realizado por la mujer embarazada o por sus padres con el consentimiento de ella, con el objetivo de evitar la deshonor de la mujer y de su familia. De igual forma se regula el infanticidio privilegiado: La madre que para ocultar su deshonor matare a su hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonor de la madre, cometieren este delito.

En estos años, en líneas generales, el aborto provocado para evitar un peligro grave para la vida o la salud física de la mujer podía incorporarse dentro de las causas de justificación amparadas por la eximente de estado de necesidad, regulada, por ejemplo, en el artículo 8 CP (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre).⁶⁸⁷

⁶⁸⁶ Cfr. REINO DE ESPAÑA. *Código penal de España*. Sancionado por S.M. en 19 de marzo de 1848, arreglado a los Reales Decretos de 21 y 22 de setiembre de 1848, 30 de mayo y 2 de junio de 1849 y 7 y 8 de junio de 1850. 3ra. Edición. Barcelona: Tomás Gorchs, 1850. pp. 185-187.

⁶⁸⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

1.2. DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR EL SISTEMA DE INDICACIONES

Para contextualizar adecuadamente el proceso de despenalización del aborto, haremos un recorrido por sus antecesores normativos y una mención especial a los fundamentos de Sentencia núm. 53/1985 del Tribunal Constitucional que declara constitucional el proyecto de Ley Orgánica que pretendía la despenalización del aborto bajo el sistema de indicaciones y que luego nos servirán de referencia para el análisis de la normativa vigente en materia de aborto.

A) ANTECEDENTES NORMATIVOS

El 9 de enero de 1937 (época de la República), la Presidencia de la Generalitat de Catalunya publicó en su Diario Oficial el Decreto de fecha 25 de diciembre de 1936 por el que quedaba autorizada la interrupción artificial del embarazo por causas terapéuticas (enfermedad física o mental de la madre que contraindicase la continuación del embarazo y el parto), motivaciones eugenésicas (taras que pudieran transmitirse al hijo), factores neomalthusianos (deseo consciente de limitación voluntaria de natalidad) y razones sentimentales o éticas (maternidad no deseada por la madre por causas de orden amoroso o sentimental). Este Decreto excedía sin duda las atribuciones de la Generalitat por versar sobre materia penal, lo que no formaba parte de sus competencias, pero no fue anulado por el Tribunal de Garantías Constitucionales Español, en aquel tiempo vigente.⁶⁸⁸

No será hasta la promulgación de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio que se introducirá una nueva etapa en la regulación legal del aborto: el establecimiento de criterios para su despenalización. Se instituye, entonces, el llamado "sistema de indicaciones", el mismo que, desde los orígenes de la reforma, no obtuvo el consenso político ni social deseable.⁶⁸⁹

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 97.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, pp. 97 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

El 30 de noviembre de 1983, el Senado, en sesión plenaria, aprueba el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma [sic] del artículo 417 bis del Código Penal que despenalizaba el aborto en tres supuestos, bajo las llamadas indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. Conviene precisar que no se trataba, técnicamente, de una reforma sino de la inclusión de un nuevo artículo, cuyo tenor literal fue contenido en un artículo único que estableció lo siguiente:

El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.⁶⁹⁰
3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

Con fecha 2 de diciembre de 1983 se interpuso ante el Tribunal Constitucional, el entonces vigente recurso previo de inconstitucionalidad contra el "Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal" por infracción de diversos artículos de la Constitución.

⁶⁹⁰ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, Texto refundido del Código Penal. TÍTULO IX. De los delitos contra la libertad sexual. CAPÍTULO I. De la violación y de las agresiones sexuales Artículo 429. La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: (1) Cuando se usare fuerza o intimidación. (2) Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación. (3) Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores. (Derogado por disp. derog. única.1 a) de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

B) SENTENCIA 53/1985 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Mediante Sentencia 53/1985, de 11 de abril, el Tribunal Constitucional declaró que dicho Proyecto de Ley Orgánica era disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución.⁶⁹¹ Entre los fundamentos jurídicos que motivan su resolución, extraemos los que consideramos de mayor interés:

i. Reconocimiento del *nasciturus* como bien jurídicamente protegido por el artículo 15 CE y de la relevancia constitucional del principio de dignidad de la persona

La despenalización del aborto es un caso límite en el ámbito del Derecho: en primer lugar, porque el vínculo natural del *nasciturus* con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social y, en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales. En este marco, el Tribunal Constitucional se compromete a hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico ya que otra cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico.

Antes de abordar el problema nuclear que gira en torno al alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, se reconocen algunos supuestos de partida:

- *Sobre el derecho a la vida in genere y el valor de la dignidad de la persona:*
Advierte que el derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la

⁶⁹¹ Sentencia publicada en el BOE de 18 de mayo de 1985. Ponentes: Doña Gloria Begué Cantón y D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos "que le son inherentes". La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales y, el artículo 15, a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

- *Sobre la significación y función de los derechos fundamentales:* Los derechos fundamentales –expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del Constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política– no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales sino, también, deberes positivos por parte de éste. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales "los impulsos y líneas directivas", obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

Entrando en materia, en relación al alcance del artículo 15 CE "todos tienen derecho a la vida", aunque admite que la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas, afirma que no es posible resolver constitucionalmente el recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. En este contexto, precisa que:

- La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina en la muerte; es un

continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.

- La gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.
- Dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida en la sociedad, aunque con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana.

Asimismo, considera el *nasciturus* como un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE, sobre la base de los siguientes argumentos:

- Teniendo en cuenta lo expuesto grosso modo en los puntos anteriores y que la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma. Por lo tanto, ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.
- Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización como elemento interpretativo.⁶⁹²

⁶⁹² En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda –aprobada por mayoría– que proponía utilizar el término "todos" en sustitución de la expresión "todas las personas"–introducida en el seno de la Constitución para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era técnicamente más correcta– con la finalidad de incluir al *nasciturus* y de evitar, por otra parte, que con la palabra "persona" se entendiera incorporado la definición de la misma elaborada en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra

En este orden de ideas, la protección reconocida al *nasciturus* implica para el Estado, con carácter general, dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones.

Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, reconoce que la CE eleva también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás. Al concretar este principio, el intérprete constitucional no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.

forma, podría entenderse asumida por la Constitución. La ambigüedad del término "todos" en la expresión "todos tienen derecho a la vida" no fue despejada durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus*. El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado por 162 votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones. En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

ii. Sobre la constitucionalidad de la despenalización del aborto en determinados supuestos (sistema de indicaciones)

Además de las causas de exención de la responsabilidad establecidas en el artículo 8 CP⁶⁹³, el legislador puede emplear otra técnica legislativa diferente (despenalización) mediante la cual se excluya la punibilidad de forma específica para ciertos delitos. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego. El legislador puede, incluso, no sólo atender a la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, sino también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos.

Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer puedan tener primacía absoluta

⁶⁹³ El artículo 8 del CAPÍTULO II. De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal, del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, Texto refundido del Código Penal (derogado por disp. derog. única.1 a) de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) exoneraba de responsabilidad criminal, entre otros: al enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir; al menor de dieciséis años; al que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad; al que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos bajo determinadas circunstancias; al que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurran algunos requisitos; al que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurran los requisitos siguientes: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse, que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo; al que obra violentado por una fuerza irresistible; al que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; al que obra en virtud de obediencia debida.

sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

En relación con algunos términos empleados en la redacción del proyecto, el Tribunal niega que se trate de conceptos incompatibles con la seguridad jurídica puesto que, si bien pueden contener un margen de apreciación, se trata de términos susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación.

Sin perjuicio de lo expuesto, establece el marco general para la interpretación de algunos conceptos:

- El término "necesario" –que se utiliza en el núm. 1 del art. 417 bis del Código Penal en la redacción del Proyecto– sólo puede interpretarse en el sentido de que se produce una colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma.
- En relación con el supuesto de grave peligro para la salud, el término "grave" expresa con claridad la idea de que ha de tratarse de un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento.
- El término "salud" se refiere a la salud física o psíquica.
- El término "probable" –del numeral 3 del mencionado artículo– expresa la idea de razonable presunción de verdad, y responde a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos (por tratarse de un hecho).

- El término "grave" –del mismo numeral 3– expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.

En relación a las indicaciones terapéuticas, el TC diferencia dos supuestos:

- En cuanto al grave peligro para la vida de la embarazada, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus*. En este supuesto es de observar que si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se protegería más la vida del no nacido que la vida del nacido y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo cual parece absurdo; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.
- En cuanto al grave peligro para su salud, señala que el supuesto de "grave peligro" afecta seriamente el derecho a la vida y a la integridad física de la embarazada. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada.

En relación a la indicación ética o sentimental –que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas– basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer sino que fue realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y libre desarrollo de su personalidad y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible.

La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso y obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos. Por lo tanto, es constitucional.

La indicación eugenésica, relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto, incluye verdaderos casos límite en los que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres y, especialmente, la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva. En la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social, se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización (artículo 49 CE concordado con el artículo 15 CE).

Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del *nasciturus* que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones.

iii. Garantía efectiva de protección legal del *nasciturus* en los supuestos de despenalización

El Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art. 15 CE), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

Aunque el Legislador ha previsto determinadas medidas encaminadas a conseguir que se verifique la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto y que estos supuestos se encuentran en la línea

de lo que sucede en la regulación positiva de países de nuestro entorno (existencia del consentimiento de la mujer, aborto practicado por médico, existencia de denuncia en caso de violación o de dictamen médico en caso de indicación eugenésica), ello no es suficiente para la adecuada protección de las antedichas exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución.

El legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico así como el hecho que la realización del aborto se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional. En este contexto propone tener en cuenta lo siguiente:

- En primer lugar, la protección del *nasciturus* exige que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho sea realizada, con carácter general, por un Médico de la especialidad correspondiente, que emita dictamen sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.
- En segundo lugar, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico, la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación.
- En tercer lugar, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados –la protección de la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, está en la base de la despenalización en el primer supuesto– el legislador tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, verificando que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo, en consecuencia, el riesgo para la mujer.
- Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados precedentemente, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el

deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer.

Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas pues, dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales, entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello, entiende el Tribunal que la denuncia previa requerida por el proyecto en el mencionado supuesto es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho.

En todo caso, el TC advierte que el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional pues no es su misión sustituir la acción del legislador pero sí lo es, de acuerdo con el artículo 79.4.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, indicar las modificaciones que a su juicio –y sin excluir otras posibles– permitieran la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente.

iv. Sobre el consentimiento paterno y la regulación de las consecuencias jurídicas producidas por la despenalización

La falta de consentimiento del padre en los supuestos de aborto terapéutico y eugenésico no vulnera el artículo 39.3 CE⁶⁹⁴, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

⁶⁹⁴ CE. CAPITULO III. De los principios rectores de la política social y económica. Artículo 39. [Protección de la familia] (...) 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Reconoce la relevancia de las consecuencias que la norma penal origina en otros ámbitos jurídicos, enumerando, de forma enunciativa, las siguientes:

- La objeción de conciencia.
- El procedimiento para prestar el consentimiento de menores de edad.
- La inclusión del aborto dentro del régimen de la Seguridad Social.
- Las consecuencias derivadas del derecho de la mujer a disponer de la necesaria información, no sólo de carácter médico –lo que constituye un requisito del consentimiento válido– sino también de índole social, en relación con la decisión que ha de adoptar.

No obstante lo anterior, se trata de cuestiones ajenas al enjuiciamiento de la constitucionalidad del proyecto, que debe circunscribirse a la norma penal impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de ello, el Tribunal realiza dos precisiones:

- Por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, reconoce su existencia y que puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado el TC en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.
- En cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho privado, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es la adecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada.

C) LEY ORGÁNICA 9/1985, DE 5 DE JULIO

Tras este último trance, se modificó el proyecto para adecuarlo a las pautas del Tribunal Constitucional y se publicó la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, dando

lugar a la incorporación –no modificación– del artículo 417bis en el Código Penal vigente, donde concretamente se establecía que:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2º. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3º. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

El apartado 1 del Artículo 417bis recoge la indicación terapéutica, ética y eugenésica. Según Rodríguez Devesa, el primer supuesto también se ampara en una causa de justificación, el segundo en una excusa absolutoria y el tercero en la no exigibilidad de una conducta distinta.⁶⁹⁵

⁶⁹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso, *op. cit.*, pp. 91.

La despenalización del aborto fue acompañada de una estricta reglamentación administrativa establecida por la Orden 31 de julio de 1985 sobre la práctica del aborto en centros o establecimientos sanitarios, emitida por el Ministerio Sanidad y Consumo.⁶⁹⁶ Según Muñoz Conde, esta normativa administrativa impedía, en la práctica, la vigencia del artículo 417bis: los trámites burocráticos dilataban la realización del aborto en el plazo legal, se negaba la existencia de indicación terapéutica a un mismo hecho en unos hospitales y en otros no, por lo que la mujer se veía obligada a recorrer varias instituciones, etcétera.⁶⁹⁷

Esta norma fue derogada por el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, que –según lo advierte su Exposición de Motivos– viene a precisar y facilitar el cumplimiento de los requisitos legales y sanitarios exigibles en los casos y circunstancias a que se refiere el Artículo 417bis, la correspondiente adecuación de la estructura asistencial y sanitaria, siguiendo las orientaciones de la nueva LGS, la OMS y organizaciones profesionales de carácter internacional.⁶⁹⁸ En la práctica, precisa Muñoz Conde, esta normativa facilitó los trámites burocráticos, diferenció entre abortos de alto riesgo y los que no implicaban alto riesgo. En este último caso, una vez obtenido el informe preceptivo correspondiente a las indicaciones terapéutica y eugenésica, la práctica del aborto se tornaba de fácil acceso.⁶⁹⁹

Años más tarde, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el Título II Del aborto del Libro II Delitos y sus penas (nuevo Código Penal), tipificó los distintos delitos de aborto en los artículos 144 (sin consentimiento de la mujer), 145 (con consentimiento fuera de los casos permitidos por la Ley o causado por la propia mujer) y 146 (por imprudencia), pero no recogió dentro de su articulado los

⁶⁹⁶ MINISTERIO SANIDAD Y CONSUMO. Orden de 31 de julio 1985 sobre centros sanitarios. Requisitos para la práctica del aborto.

⁶⁹⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁹⁸ Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre sobre regulación de Centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁶⁹⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, *loc. cit.*

supuestos de aborto no punible.⁷⁰⁰ La Disposición Derogatoria Única mantiene expresamente la vigencia del art. 417bis del anterior Código Penal (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre) mediante el cual se regulan las tres indicaciones desde el año 1985.⁷⁰¹

La razón de este proceder fue, según indica Cerezo Mir, de índole política. Se quería sortear un importante escollo para conseguir la aprobación del nuevo Código Penal de 1995, que en otro caso hubiera resultado difícil por el desacuerdo existente en materia de despenalización del aborto entre CiU y el PNV con el PSOE, pues algunos consideraban que no era conveniente ni necesario despenalizarlo (Jordi Pujol se había pronunciado en contra de la solución del plazo).⁷⁰² El Gobierno dejó para un futuro próximo, una vez aprobado el Código penal de 1995, la aprobación de una Ley específica que introdujera en España la solución del plazo y que derogaría, finalmente, el art. 417 bis del anterior Código penal.

En este mismo año, con fecha 17 de julio de 1995, el Gobierno presenta el Proyecto de Ley Orgánica N° 121/000109, sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo que, además de mantener la regulación del art. 417bis, amplía su aplicabilidad a embarazos que sean consecuencia de cualquier delito contra la libertad sexual –no sólo la violación– e, incluso, de reproducción asistida no consentida. Asimismo, incluye un nuevo supuesto no punible de interrupción voluntaria del embarazo. En él se exige la existencia de un conflicto personal, familiar o social de la mujer, con gravedad semejante a los anteriores, para continuar adelante con el embarazo. El plazo máximo permitido para interrumpir el embarazo son las doce primeras semanas de gestación y la tutela de la vida embrionaria se lleva a cabo mediante el asesoramiento a la mujer en uno

⁷⁰⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal.

⁷⁰¹ Para REVIRIEGO PICÓN, es un acierto la inclusión del delito de aborto bajo la rúbrica "Del aborto" (Título II), y alejada de referencias a la "persona" pues, de esta manera, se previenen estériles polémicas terminológicas que nada aportan - sólo entorpecen - el debate jurídico sobre el aborto. Cfr. REVIRIEGO PICÓN, Fernando. *Otro estudio más del aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación*. Madrid: Dykinson, 1998. pp. 11-12. En la postura contraria se ha manifestado, entre otros, González Marsal. Cfr. GONZÁLEZ MARSAL, Carmen. *Despenalización del infanticidio o derecho a seguir viviendo*. Madrid: UCM, 2009. pp. 97-102.

⁷⁰² Cfr. CEREZO MIR, José, *op. cit.*, pp. 144-145.

de los centros establecidos al efecto. En dicho centro la mujer será oída en entrevista y se le explicarán las razones que asisten al Estado para tutelar la vida, informándole de cuantas posibilidades existan para resolver su conflicto tratando de que la decisión final, que ha de tomar la mujer, lo sea tras la suficiente información y reflexión.⁷⁰³

Al disolverse las Cámaras el día 9 de enero de 1996, como consecuencia de la convocatoria anticipada de elecciones generales que perdió el PSOE, el citado Proyecto de Ley Orgánica caducó.

Posteriormente, en la nueva Legislatura fueron presentadas varias Propositiones de Ley por el Grupo Socialista y por Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña, sobre Regulación de la interrupción voluntaria del embarazo. Fueron rechazadas por el Pleno del Congreso de los Diputados.⁷⁰⁴

En este contexto, la regulación establecida por Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio permaneció vigente y sin modificaciones ulteriores hasta la promulgación de la nueva Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de Salud Sexual y Reproductiva, y de

⁷⁰³ Cfr. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, V Legislatura, Serie A núm. 125-10, Proyectos de Ley, publicado el 25 de julio de 1995 y publicado el 19 de diciembre de 1995 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Senadores V Legislatura, Serie II Núm. 114 (a), Proyectos de Ley.

⁷⁰⁴ Cfr. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, VI Legislatura, Serie B: 12 de abril de 1996 Núm. 12-1, Proposición de Ley núm. 122/000001 Regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presentada por el Grupo Socialista del Congreso; 12 de abril de 1996 Núm. 17-1, Proposición de Ley núm. 122/000006 Regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya; 18 de marzo de 1998 Núm. 169-1, Proposición de Ley núm. 122/000148 Orgánica de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida; 3 de junio de 1997 Núm. 98-1, Proposición de Ley núm. 122/000080 Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presentada por el Grupo Socialista del Congreso; 3 de junio de 1997 Núm. 99-1 Proposición de Ley núm. 122/000081 Orgánica de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya; 18 de marzo de 1998 Núm. 170-1 Proposición de Ley núm. 122/000149 Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presentada por el Grupo Socialista del Congreso; 18 de marzo de 1998 Núm. 177-1 Proposición de Ley núm. 122/000156 Regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presentada por el Grupo Parlamentario Mixto; 11 de septiembre de 1998 Núm. 226-l, Proposición de Ley núm. 122/000199 Orgánica sobre interrupción voluntaria de embarazo presentada por el Grupo Parlamentario Mixto.

la Interrupción voluntaria del embarazo.⁷⁰⁵ Sin perjuicio de lo expuesto, conviene recordar que, en Cataluña, el aborto fue permitido desde el periodo de la Segunda República.

1.3. LEGALIZACIÓN DEL ABORTO (SISTEMA MIXTO)

Un nuevo giro se producirá a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2012, de 3 de marzo, de salud sexual e interrupción voluntaria del embarazo, que reconoce –según su tenor literal– el derecho a la maternidad libremente decidida y con ello la legalización del aborto, concediéndole a la mujer la posibilidad de abortar, sin justificación alguna, dentro del primeras catorce semanas de gestación. Luego de este plazo, se condiciona el aborto a la presencia de tres indicaciones o causas "médicas", admitiendo su licitud en ciertos casos aunque el feto tenga una edad mayor a 22 semanas (aprox. 5 meses y medio, cuando está abierta la posibilidad de la vida extrauterina).⁷⁰⁶

Con esta normativa queda establecido el sistema de plazos y, en un segundo momento, el sistema de indicaciones para proceder a la práctica legal del aborto.⁷⁰⁷ Esta solución del plazo adoptada por el legislador español, en último término, afecta de una forma directa la vida del embrión o feto. En efecto, en estos casos, conforme señala Higuera Guimerá, la frontera entre el aborto permitido y el aborto prohibido atiende exclusivamente al momento cronológico (a partir de cuándo es legal), estableciendo como única restricción real el consentimiento de la embarazada. No es necesario atender a la causa ni investigar la misma. Transcurrido ese plazo, solamente se puede practicar el aborto si es que

⁷⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁷⁰⁶ La LOIVE ha sido desarrollada por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio (que desarrolla lo dispuesto por los artículos 13.4, 16 y 17) y el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio (que establece el marco básico que asegure la igualdad y calidad asistencial de la prestación sanitaria de la IVE y garantice el acceso a todas las mujeres por igual, con independencia del lugar donde residan).

⁷⁰⁷ La Disposición Derogatoria única de la LOIVE establece la derogación del artículo 417 bis del Código Penal.

concurren las indicaciones, o puede ser de aplicación la eximente general del estado de necesidad.⁷⁰⁸

No cabe duda que este enfoque favorece abierta y exclusivamente a la mujer y no reconoce ningún otro bien jurídico digno de protección, es decir, no protege ni reconoce ningún derecho al embrión o feto (por lo menos durante las catorce primeras semanas de vida), contraviniendo los principios básicos establecidos en la STC 53/1985 sobre el equilibrio que debe existir entre la protección de la vida prenatal y los derechos de la mujer. Ello se ve reforzado por la reforma del artículo 30 del Código Civil que concede "personalidad" sólo a partir del momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno en tanto que limita la posibilidad de reclamar protección al ser humano en vida intrauterina.⁷⁰⁹

Según Hirsch, en el sistema de plazos no concurre necesariamente un motivo objetivo justificante.⁷¹⁰ El acceso libre durante las primeras semanas de gestación, si bien puede darse por la existencia real de una situación conflictiva objetiva en la mujer, en otras es ocasionado sin haberse verificado alguna justificación objetiva que lo amerite (mera utilidad o conveniencia personal), lo cual deviene en inadmisibles. Desde el momento en que se reconoce que el embrión o feto es un bien jurídico constitucionalmente protegido según el artículo 15 CE, no es posible tutelar en exclusiva el deseo de la mujer gestante.

Esta situación se limitaba antes, de alguna manera, por ejemplo, en la solución por indicaciones en tanto que, para permitir la eliminación de la vida intrauterina era necesario ponderar los bienes jurídicos e intereses implicados.

⁷⁰⁸ Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. Las propuestas de introducción de "la solución del plazo" con indicaciones en el delito de aborto: sus problemas constitucionales. *Revista General de Derecho Penal*. 2009, núm. 11.

⁷⁰⁹ Cfr. Disposición Final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

⁷¹⁰ HIRSCH, Hans. La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana. En: *Derecho Penal. Obras completas. Libro Homenaje. Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 51.

A) FUNDAMENTACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010

Según precisa el preámbulo de la ley, esta norma pretende adecuar el marco normativo español al consenso de la comunidad internacional en esta materia, mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva. Concretamente, introduce una nueva regulación del aborto fuera del Código Penal que busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia de la mujer y de la vida prenatal. De esta manera, el derecho español ha convertido el aborto de un delito punible a un derecho exigible por la mujer, bajo determinados condicionamientos legales, entre ellos, el consentimiento informado de la solicitante.

En líneas generales, el legislador español ha pretendido justificar en el preámbulo, principalmente, tres decisiones:

- i. La introducción del aborto en el SNS como mecanismo de protección de la salud sexual y reproductiva de la mujer

Por un lado, introduce el aborto como un mecanismo de planificación familiar sobre la base de la exigencia a los Estados parte de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979– de promover medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.⁷¹¹

⁷¹¹ Esta decisión del Legislador español es contraria a lo establecido en diferentes documentos de la ONU al respecto. Así, por ejemplo, el párrafo 106 de la Plataforma de Acción de Beijing, remitiéndose al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo 1994), precisa que: "En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia".

En segundo lugar, califica el embarazo y la maternidad como hechos que se encuentran subordinados a la autonomía personal de la mujer, es decir, que dependen sólo de ella –y de sus criterios de elección– la decisión de tener hijos, cuántos y cuándo tenerlos, en virtud del libre ejercicio de sus derechos fundamentales relacionados con la salud sexual y reproductiva, reconocidos, principalmente, en la Declaración de Beijing (1995), la Resolución 2001/2128(INI) del Parlamento Europeo y la Resolución 1607/2008 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

ii. La opción por un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación (sistema de plazos) para regular el aborto voluntario o inducido⁷¹²

Fundamenta su elección, en primer lugar, en la doctrina constitucional derivada de la STC 53/1985 que –según se afirma– respondió al problema social de los abortos clandestinos despenalizando el aborto en tres supuestos. Particularmente, recoge la afirmación de principio acerca de la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular el aborto y, en consecuencia, el deber del legislador de ponderar los bienes y derechos en conflicto, armonizarlos y precisar las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

En segundo lugar, afirma la necesidad de conseguir una protección eficaz de la vida prenatal –considerada como "bien jurídico merecedor de protección"– que atienda a "la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada".

Termina apelando a la doctrina constitucional de la STC 116/1999, en la que se afirma que los no nacidos no pueden considerarse en el ordenamiento constitucional español como titulares del derecho fundamental a la vida que

⁷¹² A favor del sistema de plazos, Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990; MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*; ARROYO ZAPATERO, L., Prohibición del aborto y Constitución. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1980, núm. 3, pp. 195-222; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El aborto no punible: el art. 417 bis del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1990; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona: Atelier, 2010.

garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional.⁷¹³

iii. La determinación de los periodos o plazos en los que es lícito el aborto voluntario o inducido

Para justificar su opción legislativa por el libre acceso al aborto hasta la decimocuarta semana de gestación se apoya en las indicaciones de "personas expertas y el análisis del derecho comparado" pero no precisa datos concretos. También hace referencia a la experiencia, que ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad y, por tanto, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. Finalmente, apela a la necesidad de garantizar a la mujer la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre su aborto –lo que la STC 53/1985 denomina "autodeterminación consciente"– porque "la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto [sic] y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución".⁷¹⁴

⁷¹³ En esta sentencia, así como en la STC 212/1996, citadas en el preámbulo de la Ley, el Tribunal Constitucional también afirma que la protección del *nasciturus* "implica, con carácter general, para el Estado el cumplimiento de una doble obligación: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales". Este cambio de tendencia respecto del deber de protección del Estado no ha sido considerado ni rebatido por el legislador español en el preámbulo de la LOIVE.

⁷¹⁴ Apelando al sentido común, es posible que la intervención de un tercero en la decisión de una madre que busca abortar (eliminar al feto) limite la personalidad de la mujer, pero esta intervención ¿ofrece una mayor garantía para el feto? La respuesta, lógica, es la negación de dicha afirmación, porque si la madre pretende eliminar al feto, el tercero, si interviene, puede pretender abogar por la vida del feto o, en todo caso, provocar una reflexión mayor sobre la decisión de la mujer. La cuestión relevante en este caso, es determinar quién puede intervenir y cuáles son los límites de dicha intervención.

En relación con el acceso al aborto hasta la vigésimo segunda semana de gestación, por cuestiones médicas⁷¹⁵, justifica la medida amparándose, por un lado, en "la especial trascendencia del momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre" (STC 53/1985) y, por otro, en el hecho que el umbral de la viabilidad fetal se sitúa en torno a esta semana, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología.

Sobre el aborto más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, por cuestiones médicas⁷¹⁶, el legislador no ofrece fundamentos científicos o jurídicos, salvo la afirmación que, en el caso que "se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida", decae la premisa que hace de la vida prenatal un bien jurídico protegido en tanto que proyección del artículo 15 de la Constitución (STC 212/1996), sin dar razones que justifiquen esta "caída".

B) EL SISTEMA MIXTO EN LA LEY ORGÁNICA 2/2010

El Título Preliminar se inicia estableciendo los tres objetivos a alcanzar con la promulgación de esta norma: garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos. Para ello, su artículo 2 define conceptos clave como salud (que coincide con lo establecido por la OMS), salud sexual y salud reproductiva.

⁷¹⁵ En líneas generales, las dos indicaciones terapéuticas/eugenésicas establecidas por la ley («que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada», o «que exista riesgo de graves anomalías en el feto») que permiten el aborto hasta la vigésimo segunda semana de embarazo, se pueden reducir sólo a la primera, pues el riesgo de que "existan graves anomalías en el feto" sólo puede incrementar el riesgo de afectación directa de la salud psíquica de la mujer, salvo que tomemos en consideración el riesgo de una afectación o alteración de su situación social, económica, laboral, etc.). En todo caso, dado que se trata de un riesgo, puede ser que el niño nazca sano. Y, de presentar dichas anomalías, pasaría a ser un sujeto con discapacidad y gozaría de los beneficios que conceden el Estado y otras instituciones a estas personas.

⁷¹⁶ Las indicaciones que habilitan el aborto en cualquier momento son: "que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida" o "se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico".

Seguidamente, se precisan los principios que inspiran la norma y su ámbito de aplicación. Entre los principios destacaremos, en primer lugar, el derecho de todas las personas –en virtud de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal– a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes; en segundo lugar, el reconocimiento de un derecho a la maternidad libremente decidida y, finalmente, el compromiso de los poderes públicos de llevar a cabo las prestaciones y demás obligaciones establecidas por esta ley.

El Título I sobre salud sexual y reproductiva aborda el tratamiento general que deben brindar los poderes públicos en esta materia. Se divide en cuatro capítulos: las políticas públicas para la promoción de la salud sexual y reproductiva, las medidas estatales en el ámbito sanitario (nuevas prestaciones brindadas por el SNS relacionadas con la salud sexual y reproductiva), las medidas en el ámbito educativo (incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva en el sistema educativo) y la estrategia de salud sexual y reproductiva, con miras a lograr los objetivos plasmados en la presente norma.

Adentrándonos en el tema que nos ocupa, el Título II sobre la interrupción voluntaria del embarazo se divide en dos capítulos: las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y las garantías en el acceso a la prestación. El artículo 12 garantiza el acceso al aborto en las condiciones establecidas por la LOIVE e introduce como criterio de interpretación de las normas contenidas en esta ley el modo que resulte más favorable para la protección y eficacia de los derechos de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

El artículo 13 regula los requisitos que, como regla general, se consideran indispensables para abortar legalmente, a saber:

- Que sea realizado por médico especialista o bajo su dirección
- Que se desarrolle en un centro sanitario público o privado acreditado

- Que se cuente con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal (de conformidad con LBRAP)⁷¹⁷, incluyendo las mujeres de 16 y 17 años.⁷¹⁸

Los artículos 14 a 16 regulan las condiciones específicas que debe reunir la mujer que desea practicarse un aborto. Atendiendo al plazo, la ley establece tres momentos:

- i. Dentro de las primeras 14 semanas de gestación, con la sola petición de la embarazada, no hace falta justificar el motivo (artículo 14).
- ii. Dentro de la vigésima segunda semana de gestación, siempre que exista alguna de las siguientes indicaciones médicas:
 - Grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, lo que doctrinalmente se conoce como "aborto terapéutico" (artículo 15.a)⁷¹⁹
 - Riesgo de graves anomalías en el feto, lo que doctrinalmente se conoce como "aborto eugenésico" (artículo 15 b).⁷²⁰
- iii. En cualquier momento, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico. Esta indicación también forma parte de lo que se denomina "aborto eugenésico" (artículo 15 c).⁷²¹

⁷¹⁷ Se exceptúan de requisito de consentimiento informado los supuestos previstos en el artículo 9.2b) LBRAP. (Artículo 13 LOIVE).

⁷¹⁸ En el caso de las menores de edad, al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo. (Artículo 13 LOIVE).

⁷¹⁹ Se aplica a esta denominación de "aborto terapéutico" lo dicho anteriormente. *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 2, apartado 2.3.

⁷²⁰ Según la naturaleza de las indicaciones previstas en este apartado, no es correcto incluir el "aborto eugenésico" como "indicación médica" que hace referencia básicamente a la vida y salud de la mujer y no al feto. Como señalamos anteriormente, no hay peor tratamiento médico que eliminar al paciente (en este caso, el feto enfermo). *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 2, apartado 2.2.

⁷²¹ Aplica el mismo razonamiento que en la nota anterior.

Para la realización de los supuestos relacionados con los incisos a) y b) del artículo 15 es necesaria la presentación de un dictamen médico, mientras que en el supuesto regulado por el inciso c) se requiere la intervención de un Comité Clínico.

En todos estos casos, el artículo 7 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio (que desarrolla lo dispuesto por los artículos 13.4, 16 y 17) precisa que los dictámenes emitidos con carácter previo por especialistas distintos del que practique o dirija la intervención deberán ir acompañados de las pruebas diagnósticas que, en cada caso, fundamenten el dictamen.

En el esquema que sigue, presentamos los requisitos específicos para cada modalidad permitida por la LOIVE.

REQUISITOS NECESARIOS PARA SOLICITAR EL ABORTO
(ART. 14-16 LOIVE)

Plazos	Indicaciones	Dictamen emitido por especialista(s) ⁷²²
Artículo 14 Hasta la decimocuarta (14) semana de gestación	A petición de la embarazada, siempre que: – Haya sido informada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad (en sobre cerrado) y las consecuencias de la IVE – Haya transcurrido un plazo de al menos tres (3) días desde la información anterior y la realización de la intervención	No

⁷²² Artículo 7 del Real Decreto 831/2010 establece que en los supuestos en que la IVE por "causas médicas" (artículo 15 de la LO 2/2010), los dictámenes emitidos con carácter previo a la intervención deberán ir acompañados de las pruebas diagnósticas que, en cada caso, fundamenten el dictamen.

Artículo 15 a) y b) Hasta la vigésimo segunda (22) semana de gestación	<u>Por causas médicas (a):</u> Exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada	Por un (1) médico(a) especialista distinto del que practicará o dirigirá la intervención (no requerido si existe urgencia por riesgo vital de la madre)
	<u>Por causas médicas (b):</u> Exista riesgo de graves anomalías en el feto	Por dos (2) médicos(as) especialistas diferentes del que practicará la intervención
Artículo 15 c) y Artículo 16 En cualquier momento	<u>Por causas médicas (c):</u> Anomalías fetales incompatibles con la vida	Por un (1) médico(a) especialista distinto del que practicará o dirigirá la intervención
	<u>Por causas médicas (c):</u> El feto presente una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico	Diagnóstico confirmado por un Comité Clínico integrado por: – Dos (2) médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal. La mujer puede elegir uno de estos especialistas – Un (1) pediatra. Confirmado el diagnóstico, la mujer decide sobre la intervención. De preferencia, realizado en centros cualificados de la red sanitaria pública

Fuente: Elaboración propia.

El contenido, momento y forma en la que se debe brindar la información pertinente a la mujer que solicita el aborto se encuentra regulado en el artículo 17 LOIVE desarrollado por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, que, por ser elemento clave de nuestra investigación, lo desarrollaremos en la tercera parte de este trabajo.

Actualmente, se encuentra en trámite ante el Tribunal Constitucional el Recurso de Inconstitucionalidad N° 4523-2010, en relación con los artículos 5.1.e), 8 *in limine*, y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15.a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2, párrafo primero, y disposición final segunda de la LOIVE, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados,

admitido mediante providencia de 30 de junio de 2010.⁷²³ Mediante Auto N° 90/2010, de 14 de julio de 2010 el Pleno del Tribunal Constitucional denegó la suspensión de diversos preceptos de la LOIVE solicitada en el recurso de inconstitucionalidad antes mencionado.⁷²⁴ Por lo tanto, la norma sigue en vigencia hasta que el legislador decida derogar o modificar dicha normativa o el Tribunal Constitucional resuelva el recurso en cuestión.⁷²⁵

C) REGULACIÓN PENAL DEL ABORTO

Como recuerda López Barja, el Código Penal no define qué es el aborto, por lo que debe acudir al concepto médico y/o al que proporciona la jurisprudencia.⁷²⁶

Doctrinalmente, en el ámbito del Derecho Penal, el aborto se define como la muerte del feto voluntariamente ocasionada en el seno de la embarazada o provocando su expulsión prematura en condiciones de no viabilidad extrauterina. El bien jurídico protegido es, por tanto, la vida del feto o vida humana dependiente, subordinado –conforme se desprende de la LOIVE– a los intereses, la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada.⁷²⁷

En este contexto, la ley reconoce los siguientes tipos penales dolosos:

- i. Aborto sin consentimiento de la mujer (primer párrafo del artículo 144 CP), que castiga al que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, con pena privativa de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o

⁷²³ Publicado en el BOE. Núm. 165, jueves 8 de julio de 2010 Sec. I. p. 59976

⁷²⁴ Publicado en el BOE. Núm. 192, lunes 9 de agosto de 2010 Sec. TC. p. 118

⁷²⁵ Para un mayor análisis de esta cuestión, cfr. NAVARRO VALLS, Rafael, *op. cit.*; RECUERO ASTRAY, José, *op. cit.*; VIVES ANTÓN, Tomás y CUERDA ARNAU, María. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

⁷²⁶ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Los límites de la vida y la libertad de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 145 y ss.

⁷²⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, pp. 81.

- consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.
- ii. Aborto con consentimiento viciado (segundo párrafo del artículo 144 CP), que castiga al que practica un aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño, con penas similares al supuesto anterior.
 - iii. Aborto con consentimiento fuera de los casos permitidos por la Ley (primer párrafo del artículo 145), que castiga al que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. La pena se agrava si los actos descritos se realizan fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado y/o si se practica el aborto a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.
 - iv. Aborto causado por la propia mujer (segundo párrafo del artículo 145) o cuando consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. La pena se agrava si se practica el aborto a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.
 - v. Aborto con imprudencia grave (artículo 145 bis, incorporado por la LOIVE) que castiga al que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:
 - (a) Sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.
 - (b) Sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación.
 - (c) Sin contar con los dictámenes previos preceptivos.
 - (d) Fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior. La sanción aplicable es la pena de multa de seis a doce meses e

inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años. La pena se agrava si se practica el aborto a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. Se exonera a la embarazada de la pena establecida en este tipo delictivo.

Asimismo, se constituyen dos tipos penales que requieren para su comisión la actuación imprudente del autor y exoneran a la mujer de la pena correspondiente:

- i. Aborto por imprudencia grave (primer párrafo del artículo 146), que castiga al que por imprudencia grave ocasionare un aborto, con una pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.
- ii. Aborto por imprudencia profesional (segundo párrafo del artículo 146), que castiga al que por imprudencia profesional ocasionare un aborto, con la pena adicional de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

Sobre esta nueva regulación del aborto, se puede decir que en la mente del legislador, cuando se trata del embrión o feto, nos encontramos ante algo cualitativamente diverso a la vida humana independiente, aunque sea una vida humana en formación. Ello se manifiesta en la disminución significativa de penas con relación a los delitos contra la vida: varios grados, o, incluso, cambio de naturaleza de la sanción (art. 145. 2) en relación con el homicidio, que significará la suspensión del fallo o la remisión condicional de aquéllas.⁷²⁸

2. REFLEXIONES SOBRE LA INCORPORACIÓN DEL ABORTO COMO PRESTACIÓN SANITARIA

La prestación sanitaria de aborto fue incluida por primera vez en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que regulaba la ordenación de prestaciones sanitarias del

⁷²⁸ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *op. cit.*, p. 70.

Sistema Nacional de Salud. Se incorporaba como prestación sanitaria de la atención especializada relativa a la planificación familiar.⁷²⁹ Por mandato de la disposición transitoria única de la LCCSNS⁷³⁰, esta norma se mantuvo vigente hasta la aprobación del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la vigente cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (RDCSCSNS).

Este texto normativo hace referencia al aborto en dos niveles: por un lado, en la cartera de servicios comunes de Atención Primaria específicos para la mujer, se presenta como asesoramiento sobre métodos para la interrupción voluntaria del embarazo⁷³¹; y, por otro, en la cartera de servicios comunes de atención especializada, se inscribe la interrupción voluntaria del embarazo (en los supuestos legales) como una patología relacionada con la complicación del embarazo/parto, según la Clasificación Internacional de Enfermedades.⁷³²

⁷²⁹ Real Decreto 63/1995, de 20 de enero. Anexo I. Prestaciones sanitarias, facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad. (...) 3. Atención especializada. (...) 5º Otros servicios y prestaciones. La asistencia sanitaria especializada incluirá además, conforme a las normas de organización, funcionamiento y régimen de los servicios de salud, los siguientes servicios y prestaciones: (...) g) Planificación familiar: consejo genético en grupos de riesgo, vasectomías y ligaduras de trompas. Interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos a que se refiere la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

⁷³⁰ LCCSNS. Disposición transitoria única [Cartera de servicios]. En tanto no se apruebe el Real Decreto por el que se desarrolle la cartera de servicios, mantendrá su vigencia el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

⁷³¹ RDCSCSNS. Anexo II. Cartera de servicios comunes de atención primaria (...) 6. Atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, los adultos, la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos. (...) 6.3. Servicios de atención a la mujer. (...) 6.3.2. Indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos no quirúrgicos y asesoramiento sobre otros métodos anticonceptivos e interrupción voluntaria del embarazo.

⁷³² RDCSCSNS. Anexo III. Cartera de servicios comunes de atención especializada. (...) 5. Indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos (...) 5.1. Técnicas y procedimientos precisos para el diagnóstico y tratamiento médico y quirúrgico de las siguientes patologías clasificadas según la Clasificación Internacional de Enfermedades: (...) 11. Complicaciones del embarazo; parto y puerperio: Embarazo ectópico y molar, otro embarazo con resultado abortivo (incluida la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos previstos en la legislación vigente), complicaciones principalmente relacionadas con el embarazo, parto normal (incluida la anestesia epidural, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud) y otras indicaciones para cuidados durante el embarazo, trabajo de parto y parto, complicaciones que se presentan principalmente durante el curso del parto y complicaciones del puerperio.

Como es evidente, la prestación sanitaria de aborto, tanto a nivel de información como práctica médica, está habilitada por la normativa vigente. Ahora bien, su incorporación en la cartera de prestaciones sanitarias no deja de encontrarse fuertemente cuestionada.⁷³³

Una manifestación clara de esta situación es la negativa de varios médicos a practicar el aborto, amparados en su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica, religiosa y de culto garantizada por la Constitución.⁷³⁴ La fundamentación para esta objeción puede ser de diverso tipo: algunos facultativos consideran que esta práctica no se encuentra ajustada a las finalidades de la profesión médica (no se trata de un genuino acto médico) y, por tanto, sus normas ético-deontológicas les impiden realizarlo; otros apelan a la moral natural, que no observa en la cronología del embrión una modificación sustancial de su carácter ontológico, lo cual implica que tiene derecho a la existencia. Hay otros que apelan al derecho natural y consideran al concebido titular del derecho fundamental a la vida; y quienes, desde el punto de vista religioso, consideran el aborto un acto de supresión de la vida humana inocente.⁷³⁵

Este contexto nos pareció oportuno para indagar acerca de las razones que han sustentado la incorporación efectiva del aborto en el catálogo de prestaciones sanitarias. Según veremos a continuación, hechas las consultas pertinentes, nos encontramos con la inexistencia de un informe que justifique tal incorporación, lo cual nos ha llevado, a manera de *obiter dictum*, a presentar algunas hipótesis que

⁷³³ Cfr. NAVARRO VALLS, Rafael. *Análisis jurídico del proyecto de ley del aborto*. Madrid: Foro Sociedad Civil, 2009. pp. 42 y ss.

⁷³⁴ CE. Artículo 16 [Libertad ideológica, religiosa y de culto] (1) Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. (2) Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. (3) Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

⁷³⁵ La objeción de conciencia al aborto consiste en la negativa a ejecutar prácticas abortivas o a cooperar directa o indirectamente en su realización, en los supuestos legalmente establecidos. Cfr. NAVARRO VALLS, Rafael; MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *op. cit.*, pp. 119-148.

la expliquen, más allá de las presiones políticas que, sin duda, estuvieron presentes en esta decisión.

2.1. RAZONES PARA LA INCORPORACIÓN DEL ABORTO EN EL REAL DECRETO 63/1995

Apelando al derecho de acceso a información pública, conforme acreditamos en el Anexo 1, con fecha 28 de febrero de 2012 solicitamos a la Oficina de Información del Instituto de Salud Carlos III que nos proporcionara datos acerca de las razones que motivaron la incorporación del aborto en el Catálogo de prestaciones sanitarias. Esta entidad nos remitió a la Oficina de Información y Atención al Ciudadano del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para la adecuada absolución de la consulta.⁷³⁶

Bajo el exp. 578/12/ip, la oficina en cuestión nos envió una primera respuesta el 2 de marzo de 2012 proveniente de Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y Farmacia, que no contestó la pregunta. Refirió que la LOIVE "proporcionó una cobertura legal al aborto basada en plazos, cambiando la situación anterior basada en supuestos. Por lo tanto, el aborto no ha pasado a incorporarse a la cartera de servicios sino a cambiar su indicación". Asimismo, precisó que "el Ministerio de Sanidad no participó en la preparación de la norma, toda vez que se elaboró en el entonces, Ministerio de Igualdad."

Ante la no absolución de la consulta, volvimos a plantearla en términos más precisos. Con fecha 8 de marzo recibimos una segunda comunicación de la Oficina de Información con traslado de la respuesta emitida por la Subdirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y Fondo de Cohesión. Esta nos precisó que el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero recogía una foto fija de las

⁷³⁶ Para la actualización de la Cartera Básica, el artículo 7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, para la actualización de la cartera de servicios comunes del SNS requiere la evaluación de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III. A sabiendas de la inexistencia de este requisito en 1995, nos pareció el ente adecuado que podría darnos alguna noticia acerca del documento buscado.

prestaciones que en aquellos momentos proporcionaban las Comunidades Autónomas e infirió que:

"[...] lógicamente era absolutamente imposible hacer un informe de todas las técnicas, tecnologías y procedimientos que se venían facilitando en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud, por lo que el procedimiento de actualización previsto en la Orden SCO/3422/2007, de 21 de noviembre, que implica la exigencia de realización de evaluaciones técnicas y económicas de aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos que vayan a ser excluidas o incluidas de la cartera de servicios o cuyas condiciones de uso se vayan a modificar, sólo es aplicable desde la aprobación de dicha orden."⁷³⁷

Así pues, resulta evidente que la incorporación del aborto en el catálogo de prestaciones sanitarias del SNS no obedeció a un estudio sistemático de las necesidades sanitarias de la población española en su conjunto sino a la inclusión previa de este el Catálogo de alguna Comunidad Autónoma, que cubría, en el mejor de los casos, necesidades de salud propias de esta zona.

Validar la incorporación de las diferentes prestaciones sanitarias sin la correspondiente justificación de su eficacia, idoneidad y necesidad "pública", más aún si son financiadas con recursos públicos, es un acto a todas luces negligente y, por tanto, motivo de una sanción administrativa. Sin duda, afirmar la imposibilidad de la elaboración de un informe dada la cantidad de técnicas, tecnologías y procedimientos que se venían facilitando, no es una justificación razonable de dicha omisión por parte del Ministerio de Sanidad, entonces y ahora.

En todo caso, queda pendiente el cumplimiento de la Disposición adicional segunda del Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, sobre garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo, que, en cumplimiento de la Disposición adicional segunda LOIVE, ordena al Gobierno elaborar un informe sobre el coste económico de los servicios y prestaciones públicas reguladas en la LOIVE para adoptar, de ser el caso, las medidas

⁷³⁷ Vid. Anexo 1. El resaltado es nuestro.

necesarias de conformidad con lo dispuesto en la LCCSNS. El plazo venció el 5 de julio de 2012 (de dos años desde la vigencia de este Real Decreto, es decir, contados a partir del 5 de julio de 2010 según indicación de su Disposición Final Tercera).⁷³⁸

2.2. INCLUSIÓN DEL ABORTO COMO PRESTACIÓN SANITARIA

A continuación presentamos algunas consideraciones teóricas con relación a la incorporación del aborto en el catálogo de prestaciones sanitarias financiadas por el Sistema Nacional de Salud.

A) DELIMITACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA PLANIFICACIÓN SANITARIA

La planificación sanitaria postulada en la LGS, según Martínez-Calcerrada⁷³⁹, comprende los siguientes aspectos:

- i. La delimitación de los objetivos de la planificación sanitaria, dirigidos esencialmente a proporcionar un nivel adecuado de protección de la salud para toda la población.
- ii. La concreción de las necesidades de la población para la protección de su salud, que supone la elaboración de un conjunto de materias relacionadas con la salud que demandan la acción por parte de los poderes públicos.
- iii. Los medios materiales y personales para satisfacer de manera óptima la demanda sanitaria.

⁷³⁸ REAL DECRETO 831/2010, DE 25 DE JUNIO. Disposición adicional segunda [Evaluación de costes] En cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de este Real Decreto [5 de julio 2002], el Gobierno elaborará un informe sobre el coste económico de los servicios y prestaciones públicas reguladas en dicha ley orgánica, adoptando, en su caso, las medidas necesarias de conformidad con lo dispuesto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁷³⁹ Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis; *Sistemas de protección...*, *op. cit.*, pp. 572 y ss.

La LGS anuncia al inicio del preámbulo la exigencia de una reforma de la Sanidad para atender no solo los problemas de salud, sino sus necesidades: "Es un dato histórico fácilmente verificable que las respuestas públicas al reto que en cada momento ha supuesto la atención a los problemas de salud de la colectividad han ido siempre a la zaga de la evolución de las necesidades sin conseguir nunca alcanzarlas, de manera que se ha convertido en una constante entre nosotros la inadaptación de las estructuras sanitarias a las necesidades de cada época". Esta es una de las razones que justifica su orientación prioritaria no a la curación de enfermedades sino a su prevención y a la promoción de la salud.

Líneas después, el preámbulo hace referencia a las nuevas "necesidades de salud" que plantea la atención del individuo concreto y que hacen indispensable un servicio de sanidad pública que se ocupe, de forma organizada, no sólo de la prevención o asistencia de algunas enfermedades de particular trascendencia social (la tuberculosis, enfermedades mentales, etcétera) sino también de la atención de la persona concreta cuya salud no está afectada por una enfermedad clásica, cuya curación se regía por el dogma decimonónico de la autosuficiencia del individuo para atender sus "problemas de salud".⁷⁴⁰

Esta misma concepción se aprecia en la configuración de las prestaciones reguladas por la LCCSNS y el RDCSCSNS.⁷⁴¹ De igual forma, la LOPS recoge como uno de sus principios generales, el deber del profesional sanitario de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden.⁷⁴²

⁷⁴⁰ El quiebre de este dogma se produce - según afirma a Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad - como consecuencia, de "las nuevas necesidades y avances tanto en el campo de la salud y enfermedad" y "los nuevos criterios que se van imponiendo de cobertura social y asistencia sanitaria", entre otras.

⁷⁴¹ Para mayores alcances sobre el tema, cfr. ARANAZ ANDRÉS, Jesús María; AIBAR REMÓN, Carlos; VITALLER BURILLO, Julián; MIRA SOLVES, José Joaquín. *Gestión sanitaria: Calidad y seguridad de los pacientes*. Madrid: Fundación Mapfre, 2008; Cfr. PINEAULT, Raynald; DAVELUY, Carole, *op. cit.*; ERRASTI, Francisco. *Principios de gestión sanitaria*. Madrid: Díaz de Santos, 1997.

⁷⁴² El artículo 4.5 LOPS establece el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, como guía para la actuación de los profesionales sanitarios. De forma más concreta, el artículo 5 - que desarrolla los principios generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos - determina que "a) Los profesionales tienen el deber de prestar una

De lo anterior se desprende que la intención del legislador es ampliar el ámbito de asistencia obligatoria del Estado e incluir nuevas necesidades de salud no solo colectivas sino personales, más allá de los tradicionales problemas de salud.

Este tema se complica cuando se pretende definir la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social que va más allá de la enfermedad, hecho que –como hemos visto al inicio de esta segunda parte– no goza de consenso actualmente en Medicina.

B) PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LAS NECESIDADES DE SALUD

Según Pineault y Daveluy⁷⁴³, la literatura sobre la definición de las necesidades de salud no es unívoca. También es interesante notar que los actores involucrados en la planificación sanitaria son numerosos y representan, en muchas ocasiones, grupos con intereses distintos o conflictivos, tanto a nivel ético, moral o político. Por tanto, se torna complicado llegar a un acuerdo sobre qué es una necesidad de salud y cuáles son las necesidades de un grupo o población que deben ser atendidas.

Aunque son términos estrechamente relacionados, la determinación de las necesidades va más allá de la identificación de los "problemas de salud" relacionados de manera directa con el estado de salud considerado deficiente por el individuo, por el médico o por la colectividad (epidemias, enfermedades contagiosas, etcétera). La "necesidad de salud" expresa la desviación o la diferencia entre el estado óptimo definido de forma normativa y el estado de salud real o actual. Así, la necesidad está referida a lo que se requiere para solucionar el problema encontrado. Cuanto más grande es la desviación con

atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta Ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables".

⁷⁴³ Este apartado recoge lo expuesto, en líneas generales, por PINEAULT, Raynald y DAVELUY, Carole, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

respecto a la norma, más importante es la necesidad de salud. Una vez identificada, esta necesidad de salud produce, al mismo tiempo, un requerimiento de servicios.

La existencia de necesidades puede concebirse incluso en una situación en la que no hay problema. Es el caso de la futura madre que, sin presentar complicaciones, tiene necesidades en materia de prevención, promoción de la salud o protección de su entorno. En este caso, la necesidad es lo que hace falta para mantener la salud en su estado actual deseable.

La taxonomía de la necesidad de Bradshaw, citada por Pineault y Daveluy⁷⁴⁴, nos ayuda a ilustrar las diferentes perspectivas desde las cuales puede apreciarse el concepto de necesidad:

- i. Necesidad normativa: es la definida por el experto o profesional en relación con una determinada situación ideal o norma deseable u óptima. Todo aquello que no responde a esta norma es considerado en estado de necesidad. Muchos no son conscientes de la existencia de esta necesidad.
- ii. Necesidad sentida o percibida (*felt need*): es la percepción de cada individuo acerca de su estado de salud. Este concepto está muy influenciado por la información a la que haya tenido acceso la persona, sus expectativas y experiencias personales, su entorno social, entre otros.
- iii. Necesidad expresada: es la petición concreta de los ciudadanos respecto de los servicios sanitarios que desean recibir, como consecuencia de las necesidades percibidas. Equivale a la demanda expresa de cuidados y servicios.
- iv. Necesidad comparativa: Son las necesidades que presumiblemente debe tener un individuo o grupo porque presenta similares características que otro individuo o grupo en que se han identificado tales necesidades.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, pp. 46 y ss.

Una planificación sanitaria adecuada depende, en líneas generales, del grado de convergencia entre el proceso perceptual basado en la interpretación del cliente y el normativo o racional basado en la interpretación del profesional.⁷⁴⁵ Nuevamente, la dificultad se encuentra en el alto nivel de subjetividad de los conceptos clave como salud y enfermedad y, por qué no decirlo, de la presión o "persuasión coactiva" de orden político, económico, cultural y/o social, que condiciona la determinación de ambas perspectivas.

C) SOBRE EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS

Sobre el catálogo de prestaciones sanitarias, Antoñanzas, Rovira y Badia afirman que se trata de un instrumento esencial para diversos objetivos y medidas de política sanitaria. La finalidad que se encuentra detrás es, probablemente, el control del gasto mediante la delimitación de la oferta de servicios, además de la efectividad, equidad y eficiencia del sistema. También puede interpretarse como un medio para garantizar la seguridad jurídica del consumidor, del financiador o la del proveedor del servicio.⁷⁴⁶

Existen dos dimensiones en la elaboración de un catálogo: la identificación y definición de las prestaciones y los criterios para seleccionarlas. En la primera, las prestaciones deben ser definidas de forma operativa, para evitar ambigüedades sobre la generación concreta de deberes y derechos contractuales (si pueden ser exigidos o no por la población). Dado que serán evaluadas en términos de eficacia, eficiencia y efectividad, es preciso definirlas en pares, situación de necesidad-tratamiento. Una tecnología o tratamiento no es efectivo o eficiente en sí mismo sino en relación con el uso que se hace de la misma. La definición de prestaciones puede realizarse atendiendo, entre otros criterios, a los procesos de enfermedad, (diferentes enfermedades) o a las tecnologías sanitarias o

⁷⁴⁵ DONABEDIAN, Avedis. *Aspects of medical care administration: Specifying requirements for health care*. Cambridge: Harvard University Press, 1973. p. 62.

⁷⁴⁶ Cfr. ANTOÑANZAS, Fernando; ROVIRA, Joan y BADIA, Xavier. *La definición de la prestación sanitaria pública: ¿Es posible acotar un catálogo de servicios en un sistema como el actual? La experiencia comparada*. Madrid: Fundación BBV, 1999. pp. 4 y ss.

procedimientos terapéuticos específicos orientados a promover la salud, prevenir, diagnosticar, tratar o aliviar la enfermedad.⁷⁴⁷

En la segunda dimensión, se procede a la delimitación u ordenación para la clasificación de las prestaciones, como objeto de provisión o financiación pública. El acto de definir las prestaciones no crea *per se* un paquete básico asistencial, sino que es necesario ordenarlas y clasificarlas (establecer listas priorizadas), según el grado de interés y compromiso que asuma –o quiera asumir– el sistema sanitario para facilitarlas. Al definir los criterios que se emplearán para realizar esta ordenación, lo que en realidad se debe valorar es un estado deseado (la salud o la educación) y los medios para conseguirlo.⁷⁴⁸

D) SOBRE LA INCLUSIÓN DEL ABORTO EN EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS

Este breve marco teórico nos ayuda para elaborar algunas hipótesis que expliquen –no justifiquen– la inclusión del aborto como prestación sanitaria en la cartera de servicios del SNS. Ilustraremos nuestra reflexión con algunos ejemplos.

Primero, si se define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental o social, una mujer con un embarazo no planificado (*unintended pregnancy*) o no deseado (*unwanted pregnancy*), pierde ese estado de "bienestar pleno" a causa de las molestias o inconvenientes a nivel físico (vómitos, mareos, subida de peso), psíquico (recuerdos indeseados, imaginaciones sobre su futuro y del niño, la idea de criarlo sin la compañía del padre), social (ser una estudiante embarazada no es bien visto, generación de problemas laborales, imposibilidad para viajar o salir de vacaciones con las amistades), entre otros, que surgen como consecuencia de llevar a término natural el embarazo. Bajo este concepto de salud, no solo es posible afirmar que la mujer tiene un "problema de salud", sino que, si lo que se demanda es que las mujeres tengan la posibilidad de abortar en caso presenten un

⁷⁴⁷ *Ibid.*, pp. 16 y ss.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

embarazo con las consecuencias antes reseñadas, nos encontramos ante una "necesidad de salud".

En el contexto de la planificación sanitaria *adecuada* (es decir, la consecución de un grado óptimo de convergencia entre la necesidad sentida y la necesidad normativa), si esta definición de salud es asumida por la mujer que quiere gozar de la opción de abortar, nos encontraremos ante una necesidad sentida o percibida. Si esta necesidad es recomendada como política pública por algunos documentos internacionales especializados –tal es el caso de la Declaración de Beijing 1995, la Resolución 2001/2128(INI) del Parlamento Europeo y la Resolución 1607/2008 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa)– nos encontramos ante una necesidad normativa. Si a esto agregamos el contexto político, cultural y social favorable al aborto que genera una necesidad comparativa, la consecuencia lógica es que se le incluya como una prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

En el otro extremo, este enfoque del aborto como prestación sanitaria varía, si se restringe el significado de salud a la ausencia de enfermedad (*v.gr.* como causa de mortalidad). Siendo que, dadas unas condiciones, el embarazo es parte del ciclo normal de desarrollo de la mujer, no es posible calificarlo como un problema de salud sino todo lo contrario, es decir, que la mujer goza de una estupenda condición biopsicoorgánica.⁷⁴⁹

Y, aun siendo una necesidad sentida por algunas mujeres –legal en otros países (necesidad comparativa)– no se constituirá como necesidad de salud si no existe una norma especializada que la recomiende (necesidad normativa). Por tanto, no formará parte del catálogo de prestaciones sanitarias. También es posible exista una necesidad normativa limitada (como es el caso de la derogada Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que modificaba el art. 417 bis del Código Penal, que

⁷⁴⁹ En un sentido similar, cfr. NAVARRO VALLS, Rafael, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

regulaba la despenalización parcial del aborto⁷⁵⁰) que origine una necesidad de salud limitada.

Nuevamente, si esto se sitúa en un contexto político, cultural y social desfavorable al aborto o favorable bajo ciertas condiciones (sistema de indicaciones), entonces, puede suceder que no forme parte del catálogo de prestaciones sanitarias que brinda el SNS y se deje a la sanidad privada su ejecución (tal parece ser la opción durante el periodo 1985-1995) o se introduzca de manera limitada (Decreto 63/1995, de 20 de enero).

Sea como fuere, se puede concluir que, la regulación actual del aborto como prestación sanitaria obedece a una política normativa internacional de promoción y fomento de este acto como una necesidad de salud de la mujer, con menoscabo de las consideraciones acerca del estatuto del embrión (el debate sobre su personalidad), concediéndole implícitamente una *preferred position* o posición preferente a los deseos de la mujer frente a cualquier otro derecho o suceso que pueda entrar en colisión con ellos.

3. EL ABORTO EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS

Desde el punto de vista jurídico, no obstante la aparente crisis en la que se encuentra la relación que tradicionalmente ligaba al médico y al paciente, a partir de la introducción del sujeto en medicina (siglo XIX) y la primacía del principio de autonomía (siglo XX), lo cierto es que la RMP sigue siendo una relación interhumana de ayuda que puede ser –y, de hecho, lo es– regulada por el Derecho y productora de consecuencias jurídicas. Por tanto, puede ser calificada como relación jurídica y, de manera más concreta, como una relación contractual.⁷⁵¹

⁷⁵⁰ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que modifica el art. 417 bis del Código Penal: despenalización parcial.

⁷⁵¹ Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho. *Anuario de Derecho Civil*. 1958, serie 1, núm. 2. pp. 277-278.

En las líneas que siguen abordaremos la discusión acerca de la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos, herramienta indispensable para adentrarnos en el análisis de la configuración jurídico-positiva de la práctica del aborto, lo cual nos permitirá determinar con claridad los contornos de las prestaciones a las que se encuentra obligado el médico respecto del paciente-cliente, particularmente, el deber de información que abordaremos en la tercera y última parte de esta investigación.

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS

Según los artículos 1254 y 1255 CC, el médico, en el ejercicio de su profesión, puede establecer con sus pacientes relaciones jurídicas obligatorias que nacen del acuerdo de voluntades entre las partes y que llamaremos contrato de servicios médicos.⁷⁵² La afirmación de esta naturaleza contractual implica reconocer una serie de derechos y obligaciones emanados no solo de la voluntad de las partes, sino también de los principios que inspiran la profesión médica en particular y el respeto por la dignidad de la persona en general.

En términos generales, identificar la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos reside no solo en determinar las obligaciones concretas a las que se sujetan las partes y las que se presuponen –siempre que encaje en uno de los contratos típicos regulados en el Código Civil– sino en determinar la asunción del riesgo, la carga de la prueba y la generación de responsabilidad contractual o aquiliana que corresponda.

⁷⁵² Esta concepción jurídica de la relación médico-paciente no ha sido pacífica a lo largo de la historia, más aún cuando se le concedía a la Medicina un carácter mágico, sacerdotal o benéfico. Para mayor información, cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Configuración jurídica de los servicios médicos. En: *Estudios de Derecho Público y Privado. Tomo 1*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1965. pp. 325 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1979, pp. 97-99.

Dado que se trata de un tema recurrente en el Derecho Médico y ha sido abordado por diversos especialistas en la materia⁷⁵³, nos corresponde apuntar de manera breve los rasgos más resaltantes de las principales teorías sobre la naturaleza jurídica de este contrato, que nos servirá de marco para estudiar el tipo de obligaciones que puede asumir el médico. Como paso previo, se exponen los dos tipos de obligaciones que puede adquirir un médico en la relación jurídica que entabla con el paciente (o cliente), cuyo reconocimiento ha sido fuente principal de la falta de unanimidad en la doctrina y jurisprudencia.

A) OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA ACTIVIDAD DEL MÉDICO

La obligación principal del médico es, sin duda, la realización del acto médico, que se materializa en la prestación de servicios profesionales de asistencia llevados a cabo con la debida diligencia y exigible eficacia e implica el deber de información al paciente y el secreto profesional.

En relación al deber de prestación de servicios médicos, la doctrina es casi unánime al configurar esta actividad profesional sobre la base de la distinción entre obligación de medios y de resultado, que origina, a su vez, dos contratos con regulación jurídica diferente: arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra, respectivamente.⁷⁵⁴

Esta dicotomía medios-resultado, al parecer, tiene su origen en Roma pero se perfila con Demogue a finales del siglo XIX, quien destaca la importancia en

⁷⁵³ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2007. pp. 19-32; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos, 1998. pp. 29-42; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato de servicios médicos*. Madrid: Cívitas, 1988. pp. 23-108; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, 1988. pp. 116-142; ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, pp. 129-147; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, pp. 101-106; GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Configuración jurídica..., *op. cit.*, pp. 325- 373.

⁷⁵⁴ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *op. cit.*, pp. 201-202; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva. En: LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.). *Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo I. Madrid: La Ley, 2006. pp. 176-177.

Francia de esta diferencia para efectos de determinar la responsabilidad contractual y solucionar el problema de la carga de la prueba.⁷⁵⁵

Según Cabanillas Sánchez, esta terminología ha sido ampliamente debatida por la doctrina nacional y extranjera. En España se suele emplear indistintamente las expresiones obligación de "medios", de "actividad", de "precaución" o de "diligencia" y obligación de "resultado" o "determinadas". Asimismo, se pueden distinguir dos contratos típicos asociados a esta dualidad: por un lado, entre contratos de arrendamiento de servicios, prototipo de las obligaciones de actividad y, por otro, de arrendamiento de obra, prototipo de las de resultado.⁷⁵⁶

El centro de gravedad para distinguir una modalidad de otra no se haya tanto en la existencia de la distinción como en las modalidades de su aplicación, de tal forma que un mismo contrato puede contener ambos tipos de obligaciones que se ejecutarán de manera sucesiva o yuxtapuesta.

En efecto, el contenido de una relación obligatoria puede estar conformada por dos tipos de prestaciones. En unos casos debe obtenerse completamente el resultado para satisfacer el interés primario del acreedor, por lo que si tal resultado no se alcanza, existe incumplimiento. En otros basta con el desempeño diligente de la actividad para que se entienda satisfecha la prestación, aunque no se haya conseguido el resultado deseado por el acreedor.

Como puede deducirse, la existencia de la distinción no implica negar que la ejecución de ambas involucra siempre una determinada diligencia del deudor. Así, en las obligaciones de resultado, la satisfacción del interés primario del acreedor lo constituye la consecución de un resultado determinado y, por tanto,

⁷⁵⁵ Sobre la doctrina general acerca de las obligaciones de medios y de resultado, nos remitiremos a lo expuesto por CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch, 1993. p. 16 y ss. (a lo largo de su obra, con cita de los principales autores sobre la materia: Demogue, Comcabau, Carbonnier, Mazeaud y Tunc, Savatier, Mengoni, Cattaneo, Santini, Messineo, Lega, Larenz, Esser y Schmidt, Reischauer, Jordano Fraga, Díez-Picazo, Albaladejo, Hernández Gil, Lazarte, Badosa, Yzquierdo Tosada, entre otros).

⁷⁵⁶ *Ibid.*, pp. 17-24.

plenamente exigible. En otras palabras, el deudor garantiza la satisfacción del interés primario del acreedor, por lo que no existe cumplimiento si este no se consigue aunque se haya actuado diligentemente.

En el caso de la obligación de actividad, el interés primario del acreedor es sólo potencial, por lo que sólo le será exigible la actuación diligente del quehacer profesional. En este supuesto, no existe garantía del resultado debido, fundamentalmente, a la falta de certeza o existencia de elementos aleatorios que permitan satisfacer el interés primario del acreedor, es decir, el resultado que éste espera.⁷⁵⁷

Entre los criterios para determinar cuando la obligación asumida por el deudor es de actividad o de resultado se encuentra, en primer lugar, la voluntad de las partes, en el ejercicio de su autonomía privada.

Esta regla es matizada por un sector de la doctrina, para quienes el criterio de distinción se encuentra en el carácter aleatorio o, al contrario, casi seguro del resultado querido por el acreedor. Ahora bien, se debe tener en cuenta que la diligencia humana no tiene nunca asegurada el éxito y, por eso, es necesario el reconocimiento del caso fortuito o fuerza mayor. Así, la diferencia entre ambos tipos de obligación resulta de las circunstancias concretas y no de una diferencia de grado o intensidad de la obligación. Esta diferencia de circunstancias implica, en principio, una inversión en la carga de la prueba que queda justificada en el caso de las obligaciones de resultado porque se presume que el deudor actuó diligentemente para obtener el resultado deseado (y no incurrir en incumplimiento defectuoso).⁷⁵⁸

En el campo de la medicina, esta diferencia resulta relevante al momento de calificar la actuación del médico en el ejercicio de su profesión, especialmente, en

⁷⁵⁷ Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pp. 35-38.

⁷⁵⁸ Cfr. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil. Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral. Segunda Parte. Vol. 1.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. pp. 28-30.

la determinación del nivel de exigibilidad del cumplimiento de su prestación y las consecuencias jurídicas que generan dicho incumplimiento.

Por regla general, la principal obligación del facultativo es prestar asistencia al paciente de acuerdo a la *lex artis* y las circunstancias concretas en cada caso y no, necesariamente su curación o reestablecimiento de su salud. En otras palabras, el médico no garantiza a quien requiere sus servicios profesionales el alivio de sus dolencia o la curación de su enfermedad, la eficacia del tratamiento impuesto o de la intervención quirúrgica desarrollada.

Podemos deducir, pues, que nos encontramos ante una obligación de hacer en la que lo único exigible es la actuación médica de acuerdo con la ciencia y la técnica aplicadas al caso concreto. Se encuentran en este supuesto aquellas especialidades médicas que tienen por finalidad la curación directa del paciente o la prevención de enfermedades, tales como: Cardiología, Alergología, Cirugía Vascular, Estomatología, Oncología, Medicina Preventiva, entre otros.⁷⁵⁹

Sin perjuicio de lo expuesto, los servicios médicos pueden configurar, además, una obligación de dar que implica la obtención de un resultado concreto (emisión de dictamen o informe) que suele ser utilizado como medio para la obtención de la finalidad curativa. Tal es el caso de las especialidades de: Análisis clínico, Bioquímica Clínica y Radiodiagnóstico.⁷⁶⁰

Existe otra serie de especialidades cuya cualidad de acto médico (terapéutico) es cuestionada aunque son social y legalmente reconocidas como tal. Se trata de aquellos en los que si bien la técnica médica no es empleada para mantener la salud (entendida como bienestar psicoorgánico), son individual o socialmente aceptados por las consecuencias que produce, a petición de la persona afectada. Por tanto, exigen un consentimiento expreso e indubitable para su ejecución. Nos

⁷⁵⁹ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *op. cit.*, pp. 202-203.

⁷⁶⁰ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *op. cit.*, pp. 204-205; MEDIURIS S.L. *Mediuris: derecho para el profesional sanitario*. Pról. (a la 1ª ed.) Guillermo Fernández Vara, Luis Jimenez Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 288.

referimos a las especialidades que tienen por objeto ocasionar infertilidad (esterilización voluntaria), el aborto, el embellecimiento o rejuvenecimiento (cirugía estética).

En estos casos, acogiendo una definición omnicomprendensiva de acto médico, no existe un criterio unánime en la doctrina o jurisprudencia que califique estas intervenciones como obligaciones de medios o de resultado. Galán Cortés, por ejemplo, prefiere calificar estas actuaciones médicas como obligación de medios acentuada, en el sentido de que no cabe en modo alguno garantizar el resultado dado el componente aleatorio inherente a la actuación médica, pero sí resulta especialmente relevante y clave la exigencia de una información muy rigurosa.⁷⁶¹

B) TEORÍAS DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS

A continuación exponemos brevemente las principales teorías acerca de la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos: mandato, arrendamiento de obra, arrendamiento de servicios, multiforme e innominado.

B.1) Contrato de mandato

En orden cronológico, la jurisprudencia romana configuraba la relación médico-paciente como un contrato de mandato⁷⁶², mediante el cual el médico prestaba un servicio de amigo como mandatario del enfermo y el encargo se traducía en procurar la salud del paciente. Dado el carácter gratuito de la prestación, sus servicios eran remunerados a través de los *honoraria*, adeudados no por razón del

⁷⁶¹ Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*. 3ra. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2011. p. 86. En sentido similar, cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad médica en pro de la justicia. En: BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dirs.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1997. pp. 678-679.

⁷⁶² Según el artículo 1709 concordado con el 1711 CC por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra de manera gratuita, salvo pacto en contrario.

actio mandati sino por una ficción jurídica llamada *persecutio extra ordinem*, contrato paralelo que acordaba una especie de promesa de honorarios, como medio coercitivo indirecto para poder obtener el pago de lo que de propia iniciativa no entregase el paciente.⁷⁶³

Esta teoría, aunque fue ampliamente valorada en su momento, ha caído en desuso dado que, actualmente, cualquier tipo de trabajo tiene el mismo valor ante el Derecho.⁷⁶⁴

B.2) Arrendamiento de obra

El artículo 1542 CC establece que el arrendamiento puede ser de cosas o de obras o servicios, uno y otro conducen a consecuencias jurídicas diversas.

De conformidad con el artículo 1544 CC, el arrendamiento de obra, también llamado contrato de empresa o *locatio conductio operis* tiene por objeto la producción del resultado de una labor o actividad a cambio de un precio cierto.

Es una teoría sustentada fundamentalmente por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, el derecho italiano otorga a la relación médico-paciente la naturaleza de contrato de obra puesto que el Código Civil distingue la *appalto* o contrata de obras y servicios (arts. 1655 y 1677) del contrato de obra *intelectual* regulado en los artículos 2229 a 2238 relativos a las profesiones intelectuales. Este contrato tiene por objeto una prestación de obra intelectual a cambio de una retribución, con trabajo preferentemente propio y sin vínculo de subordinación con el comitente.⁷⁶⁵

⁷⁶³ Esta regulación obedece a razones históricas originadas en la diferenciación entre artes o profesiones liberales –de carácter intelectual– y las *operae* o tareas manuales que tenían la condición de serviles. Dada la desigualdad social entre ambas actividades, se prefería otorgarles diferente régimen jurídico, confirmando las profesiones liberales dentro del ámbito del mandato. Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *op. cit.*, pp. 20-22.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *op. cit.*, pp. 47-48.

En España, autores como Quintana Ferguson, consideran que el arrendamiento de servicios se encuentra estrechamente vinculado a la relación de dependencia, inexistente en el caso de los servicios médicos. Por tanto, esta actividad está subsumida en el contrato de arrendamiento de obra, mediante el cual el enfermo elige libremente su médico y le encomienda que le asista, siendo el resultado esperado la asistencia médica y no la curación.⁷⁶⁶ También se apela a que la retribución no es proporcional al tiempo sino que se abona una cantidad por consulta o visita.

Frente a esta postura, Ricardo de Ángel considera que, salvo en los casos en que no se produzca la entrega de la obra material o resultado (dictamen o proyecto), no es posible hablar de contrato de obra porque las eventuales consecuencias de un incumplimiento tardío constitutivo de mora o de un incumplimiento defectuoso (dictamen notoriamente erróneo) son objeto de un análisis no basado en el resultado sino en la aplicación de las exigencias de pericia que comprende la *lex artis* médica.⁷⁶⁷

Para Fernández Hierro, este tipo de contrato no es aplicable a la relación médico-paciente por tres razones: en primer lugar, la actividad del médico no origina una obra, sea esta intelectual o física, sólo se limita a prestar un servicio. Sin perjuicio de ello, sí admite que, excepcionalmente, el médico pueda comprometerse a entregar un encargo, por ejemplo, los resultados de un análisis o un dictamen, en cuyo caso sí aplicaría la figura del contrato de arrendamiento de obra. En segundo lugar, señala que no es aplicable a los servicios médico la exigencia del pago de un precio cierto por anticipado, salvo algunos supuestos específicos como es el caso de la cirugía estética. Finalmente, la tesis del arrendamiento de obra se

⁷⁶⁶ Cfr. QUINTANA FERGUSON, Manuel de la. *La responsabilidad civil del médico*. Madrid: Estades Artes Graf., 1949. pp. 57-64.

⁷⁶⁷ Cfr. ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo de. El "resultado" en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas? En: LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.). *Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo I. Madrid: La Ley, 2006. pp. 440-442.

concibe para huir principalmente del carácter servil del arrendamiento de servicios, situación que ahora es inconcebible.⁷⁶⁸

B.3) Arrendamiento de servicios

Mediante el contrato de arrendamiento de servicios o *locatio conductio operarum*, una de las partes se obliga a desplegar respecto de la otra una determinada actividad polarizada en el trabajo mismo a cambio de una remuneración proporcional al tiempo, a la cantidad o a la dificultad del trabajo realizado.⁷⁶⁹

La doctrina moderna es casi unánime –aunque por diversas razones– al afirmar que la relación médico-paciente configura un arrendamiento de servicios.⁷⁷⁰ La fundamentación más aceptada señala que el médico contrae una obligación de medios, encaminada a lograr un resultado o finalidad pero sin que ello implique necesariamente el obtenerlo. En este sentido, el profesional se compromete tan solo a desplegar su actividad de acuerdo a la *lex artis médica* o *standard of care* con el fin de restaurar la salud del paciente pero no es posible que asegure el resultado satisfactorio al paciente.⁷⁷¹

Sin perjuicio de lo expuesto, sobre el término "arrendamiento" de servicios (o de obra), Fernández Costales –siguiendo la doctrina mayoritaria– sostiene que es conveniente desterrar la figura del arrendamiento y utilizar la terminología "contrato de servicios" o "contrato de obra". Ello debido a que es contrario a la dignidad humana considerar que es el hombre como tal o los servicios que presta (liberales o manuales) lo que se da en "arrendamiento", figura que debe quedar restringida única y exclusivamente al alquiler de cosas.⁷⁷²

⁷⁶⁸ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁷⁶⁹ Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Configuración jurídica..., *op. cit.*, pp. 368-369.

⁷⁷⁰ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *op. cit.*, pp. 41-46.

⁷⁷¹ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, 1988. pp. 125-126.

⁷⁷² Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *op. cit.*, pp. 69-70.

B.4) Contrato innominado

Esta teoría sostiene que la relación entre el médico y el paciente contiene tantas particularidades que no es posible encajarlo en las tipificadas en el Código Civil, por lo que se hace necesario construir las reglas reguladoras según el derecho común de obligaciones, los usos de la profesión y las reglas señaladas por las organizaciones profesionales.

Puig Brutau, en un principio, otorgaba a este contrato la calificación de contrato innominado porque implicaba reconocer la complejidad de las relaciones que se generan entre el médico y el paciente y buscar la solución más adecuada a cada uno de los problemas que se presenten y que no son compatibles con una sola figura típica.⁷⁷³

Gitrama, por su parte, precisa que la calificación de un contrato como *sui generis* o innominado constituye, muchas veces, un recurso para evitar la dificultad de la clasificación y que no explica ni precisa nada. Luego de hacer una disección y simplificación, prescindiendo de elementos menores y con base en los más destacados, este autor observa que todos y cada uno de los supuestos reales y concretos pueden ser encuadrados en el sistema abstracto de un contrato típico recogido en el Código Civil. Concluye así que, si del complejo de las actuaciones del médico como profesional se repara en la relación que liga al profesional libre, al médico con cada uno de sus pacientes, los que también libremente han querido ponerse en sus manos, parece evidente que le corresponde la calificación jurídica de contrato de arrendamiento de servicios.⁷⁷⁴

⁷⁷³ Sin embargo, en la segunda edición de su obra corrige este planteamiento y encuadra el contrato de servicios médicos, a veces en el arrendamiento de servicios y a veces en el de obra, según sea el caso. Cfr. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Contratos en particular*. Tomo 2 Volumen 2. 2da. Edición. Barcelona: Bosch, 1982. pp. 433-438.

⁷⁷⁴ Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Configuración jurídica..., *op. cit.*, pp. 372-373.

B.5) Contrato multiforme / complejo / variable

Para Mosset Iturraspe, la posibilidad que tiene el médico de generar con el paciente, unas veces, obligaciones de actividad (asistencia médica) que dan origen a un contrato de arrendamiento de servicios y, otras veces, obligaciones de resultado (odontólogo que se compromete a colocar un aparato ortopédico, transfusión de sangre, dictamen médico) sitúa al médico frente a un tipo de contrato que este autor ha denominado multiforme, en el sentido de que los servicios prestados por el médico pueden ser constitutivos de más de un contrato.⁷⁷⁵

Al respecto, Ataz considera que la expresión "contrato multiforme" no es muy afortunada porque en cada caso el contrato será uno de servicios o de obra pero nunca un solo contrato con muchas formas.⁷⁷⁶ Tampoco –afirma este autor– se trata de un arrendamiento de servicios o de obra, dada la ausencia de relación de dependencia del profesional respecto del arrendador, la no esencialidad de la contraprestación (el pago de honorarios), la inaplicabilidad de la regulación dada a estos contratos en el Código Civil y la facultad de revocación unilateral del paciente.

Para Ataz, nos encontramos ante un contrato mixto o complejo, es decir, resultante de elementos que forman parte principalmente de contratos típicos: el arrendamiento de obras y el de servicios en cuanto a las prestaciones materiales a las que da lugar y el contrato de mandato en cuanto a la facultad revocatoria del paciente. No se trata de un contrato innominado, su carácter atípico está supeditado sólo a que no se encuentra regulado expresamente en la ley.⁷⁷⁷

Por su parte, Fernandez-Costales –siguiendo a Gitrama– reconoce la complejidad de la actividad del médico, como de todo aquel que ejerce una profesión liberal pues la prestación a la que se compromete o la forma de ejecutarla puede ser

⁷⁷⁵ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, pp. 104-105.

⁷⁷⁶ Cfr. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, pp. 142-144.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, 144-147.

variable, dependiendo de la especialidad médica que se trate. Por tanto, concluye que no es posible reducir o encuadrar esta actividad en un solo tipo de contrato aplicable a todos los casos, pues daría pie a una excesiva generalidad y perdería fuerza, desdibujándose su auténtica naturaleza jurídica al aplicarse a casos concretos.⁷⁷⁸

Determina que las actividades del médico pueden dar origen a contratos de arrendamiento de servicios, contratos de mandato o de arrendamiento de obra y, por tanto, que nos encontramos ante un contrato variable o proteiforme. En cada caso habrá que analizar el contenido concreto de la relación jurídica para determinar el tipo de contrato ante el cual nos encontramos. La naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos dependerá, pues, inicialmente, de dos factores convergentes: la forma en que el médico ejerce su profesión y la actividad que realice en cada caso concreto, según la especialidad médica que se trate.⁷⁷⁹

C) TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

En este apartado abordaremos dos cuestiones: primero, la acogida por la jurisprudencia de la diferencia entre medicina curativa-satisfactiva para determinar la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos, identificando la primera con la obligación de medios y la segunda con la de resultado y, segundo, tendencia actual en relación con estos postulados.

C.1) Servicios médicos: Medicina curativa y medicina voluntaria

En reiterada jurisprudencia (materia sanitaria) los Tribunales han establecido la diferencia entre la medicina curativa (necesaria, terapéutica o asistencial) que tiene como finalidad curar al paciente que presenta una alteración patológica de su organismo y, por otro, la medicina voluntaria (satisfactiva, no curativa o de

⁷⁷⁸ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *op. cit.*, p. 67. En un sentido similar, Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos, 1998. pp. 132 y ss.

⁷⁷⁹ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *op. cit.*, pp. 67-68; GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Configuración jurídica...*, *op. cit.*, pp. 371-372.

satisfacción) cuyo fin no es propiamente curar sino actuar sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético (como es el caso de la cirugía estética) o para transformar o anular una función fisiológica como la reproductiva (vasectomía y salpingectomías) a petición del interesado.⁷⁸⁰

Es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.⁷⁸¹

Sobre el uso de los términos "paciente" y "cliente", la jurisprudencia favorable a esta distinción atribuye la calidad de "cliente" a quien se somete a una intervención médica voluntaria por cuanto se trata de una persona sana, mientras que el término paciente se reserva para la medicina curativa, a quienes les acaece alguna enfermedad.⁷⁸²

Se afirma que en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte –el paciente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. Como consecuencia, a quien recibe el servicio se le ha llamado paciente, mientras que al que reclama una obra, adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria [...].⁷⁸³

⁷⁸⁰ Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.*, pp. 85 y ss. Jurisprudencia reciente que da por sentada esta diferencia, Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de septiembre de 2012, de 9 de octubre de 2012, de 22 de noviembre de 2011.

⁷⁸¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de octubre de 2000.

⁷⁸² En este sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 349/1994 de 25 de abril de 1994, núm. 447/2001 de 11 de mayo de 2011, núm. 83/1997 de 11 de febrero de 1997, núm. 1194/2007 de 22 de noviembre de 2007.

⁷⁸³ STS (Sala de lo Civil) núm. 534/2009 de 30 de junio de 2009.

Otras sentencias, en cambio, han preferido utilizar la denominación "paciente-cliente" para referirse a las personas que libremente se someten a una intervención médica voluntaria.⁷⁸⁴

Sin perjuicio de lo expuesto, alguna sentencia ha afirmado que existen intervenciones –como es el caso de la reducción de mamas o la extracción de los cordales superiores para prevenir la enfermedad periodontal– que pueden implicar también una finalidad curativa.⁷⁸⁵ En estos casos la prestación médica participa de una naturaleza híbrida o de doble carácter de obligación de medios y de resultado.⁷⁸⁶

Una vez definidas estas clasificaciones acogidas con mayor o menor unanimidad por la doctrina jurisprudencial, pasamos a exponer las diferentes posturas que apelando a ellas, definen la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos.

C.2) Medicina curativa y obligación de medios

La jurisprudencia, acogiendo la diferencia entre obligación de medios y de resultado⁷⁸⁷, en reiteradas oportunidades, ha declarado que el médico en el ejercicio de su profesión asume, en principio, una obligación de medios, no de resultado. No es posible que se garantice la curación del enfermo por cuanto ello depende de un elemento aleatorio no controlado o controlable por el médico. Le corresponde, pues, al profesional solo emplear las técnicas adecuadas conforme a la *lex artis* o estado actual de la técnica y las circunstancias de cada caso concreto (persona, tiempo, lugar).

⁷⁸⁴ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 993/2006 de 4 de octubre de 2006.

⁷⁸⁵ Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de septiembre de 2012; STS (Sala de lo Civil) núm. 560/2004 de 22 de junio de 2004.

⁷⁸⁶ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 560/2004 de 22 de junio de 2004.

⁷⁸⁷ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 3.3.1.A).

En España, la primera sentencia del Tribunal Supremo que hace referencia al contrato de obra y de servicios en relación con los servicios médicos es la de 21 de marzo de 1950:

[...] el convenio que celebraron era de una operación de cirugía estética con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios y no dio el fin de embellecimiento que se perseguía, pero esto no es imputable a los médicos, pues [...] la operación fue correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados [...].⁷⁸⁸

De manera más concreta, la primera aplicación jurisprudencial de esta doctrina aparece en la sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de mayo de 1936, llamada Sentencia *Mercier*. Por su parte, la primera sentencia en la que el Alto Tribunal aplica la distinción entre obligación de medios y de resultado en materia de responsabilidad médica en España es la de 26 de mayo de 1986.⁷⁸⁹

[...] en cuanto de los hechos acreditados no deriva la negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado del enfermo eran posibles "toda clase de complicaciones", y el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía para alcanzar la curación, y cuando se percató de la insuficiencia de aquellos medios solicitó el traslado del paciente a centro médico con mejores medios disponibles. Todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una "obligación de medios", es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica [...].⁷⁹⁰

Como aproximación al contenido de esta obligación de medios del médico, la jurisprudencia, sin ánimo de agotar la materia, ha establecido algunos deberes imputables al mismo⁷⁹¹:

⁷⁸⁸ STS (Sala de lo Civil) de 21 de marzo de 1950.

⁷⁸⁹ Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁷⁹⁰ STS (Sala de lo Civil) de 26 de mayo de 1986.

⁷⁹¹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 349/1994 de 25 de abril de 1994, de 31 de enero de 1996.

- i. Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional. Para ello, se deberá tener en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida.

En cualquier caso, debe hacerse evidente que, dada la vital trascendencia que en muchas de las ocasiones reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida al menos en estos supuestos la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo.

- ii. Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo –especialmente si éste es quirúrgico– pueden derivarse y finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado.
- iii. Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo a éste de los riesgos que su abandono le puedan comportar.
- iv. En los supuestos –no infrecuentes– de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.

Al mismo tiempo, la jurisprudencia reconoce que la finalidad primordial del médico es curar al enfermo para lo cual deberá desplegar una actividad profesional diligente de conformidad con su *lex artis* a sabiendas que este resultado no es jurídicamente exigible:

Es constante jurisprudencia [...] que la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.⁷⁹²

Así, el médico cumple con su obligación cuando despliega su actividad de conformidad con la *lex artis ad hoc*, las reglas de la práctica médica según el estado de la ciencia y las circunstancias concretas de cada individuo.⁷⁹³

De lo expuesto se desprende que la jurisprudencia es unánime en afirmar que al ejercicio de la medicina curativa le corresponde una obligación de medios:

[En el caso de la medicina curativa] A la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica –insuficientes para la curación de determinadas enfermedades–, y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros) impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado –el de la curación del paciente– que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiendo que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a

⁷⁹² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de abril de 2007.

⁷⁹³ *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 3, apartado 4.2.G.2).

lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios.⁷⁹⁴

En estas intervenciones, el deber de información cuenta con un carácter limitado, quedando fuera los llamados riesgos atípicos:

Como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia.⁷⁹⁵

Por tanto, cualquier intervención calificada como tal tiene naturaleza jurídica de contrato de arrendamiento de servicios por medio del cual el médico se compromete a utilizar cuantos recursos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto; informar en cuanto sea posible al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas; y continuar con el tratamiento hasta el alta e informar de los riesgos de su abandono.

C.3) Medicina satisfactiva y obligación de resultado

La jurisprudencia ha venido aceptando algunos supuestos en los cuales es posible referirnos a la obligación de resultado para determinar la naturaleza de los servicios médicos como un contrato de obra. Ello sucede, principalmente en el caso de la medicina voluntaria, aunque si bien es cierto que no existe unanimidad

⁷⁹⁴ STS (Sala de lo Civil) núm. 83/1997 de 11 de febrero de 1997. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 3 de octubre de 2000, núm. 1220/2001 de 21 de diciembre de 2001, de 10 de mayo de 2005, de 16 de mayo de 2005.

⁷⁹⁵ STS (Sala de lo Civil) núm. 1207/1998 de 28 de diciembre de 1998. En sentido similar, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 828/2003 de 8 de septiembre de 2003, núm. 101/2011 de 4 de marzo de 2011.

acerca de esta consideración, sí se puede apreciar una cierta evolución en sus criterios.

▪ **Desarrollo de criterios jurisprudenciales**

En un primer momento, algunas sentencias del Tribunal Supremo afirman que la medicina voluntaria –concretamente la cirugía estética– se configura como un **contrato de obra** dado que contiene una obligación de resultado y, por tanto, es exigible el cumplimiento exacto de lo solicitado por el cliente:

[...] también en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética [...] el "resultado" [...] actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una "cirugía asistencial" que identificaría la prestación del profesional con la *locatio operarum* y una "cirugía satisfactiva" (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquélla con la *locatio operis*, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso.⁷⁹⁶

Otro criterio jurisprudencial sobre la medicina satisfactiva señala que, en intervenciones como la vasectomía –la sección y ligadura de los conductos deferentes, con el fin de impedir el paso de los espermatozoides y provocar la

⁷⁹⁶ STS (Sala de lo Civil) núm. 1052/2004 de 29 octubre de 2004. En este mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) de 21 de marzo de 1950, núm. 83/1997 de 11 de febrero de 1997, núm. 580/1997 de 28 de junio de 1997, núm. 587/1999 de 28 de junio de 1999, núm. 922/1999 de 2 de noviembre de 1999, núm. 1193/2001 de 11 de diciembre de 2001, núm. 783/2003 de 22 de julio de 2003, núm. 203/2004 de 12 de marzo de 2004.

esterilización– puede tratarse de una intervención de **naturaleza híbrida** entre la medicina curativa y la satisfactiva.⁷⁹⁷

Otro conjunto de sentencias ha considerado que la medicina voluntaria no implica una obligación de resultado sino de **medios** configurando un contrato de arrendamiento de servicios, aunque se aproxima de manera notoria al arrendamiento de obra, lo que propicia la exigencia de una **mayor garantía en la obtención del resultado** que se persigue, ya que, si así no sucediera, el interesado difícilmente acudiría al médico para solicitar sus servicios profesionales:

Siguiendo la jurisprudencia reiterada de nuestro Tribunal Supremo [...] habiendo declarado expresamente que en aquellos casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico no para una curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético... el contrato sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.⁷⁹⁸

Como un matiz de esta interpretación jurisprudencial, algunas sentencias han reafirmado que, en los casos de medicina satisfactiva, nos encontramos ante una **obligación de medios, salvo que el facultativo garantice el resultado**, en cuyo caso se ha configurado un contrato de obra y éste se torna exigible:

Las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado [...] no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias [...] En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007, analizando un supuesto de medicina

⁷⁹⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de marzo de 2006

⁷⁹⁸ STS (Sala de lo Civil) núm. 1194/2007 de 22 de noviembre de 2007. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de octubre de 2000, de 29 de marzo de 2006; STS (Sala de lo Civil) núm. 447/2001 de 11 de mayo de 2001, núm. 583/2010 de 27 de septiembre de 2010.

voluntaria o satisfactiva, declara que "no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida [...]".⁷⁹⁹

Sin perjuicio de la falta de unanimidad de criterios en torno a considerar la medicina satisfactiva como obligación de resultado, lo cierto es que existe una estrecha vinculación entre ambas categorías, aunque no de manera absoluta.

▪ **Medicina satisfactiva y deber de información**

No obstante lo expuesto, la doctrina ha alcanzado unanimidad al resaltar en estos casos de medicina voluntaria la importancia del deber de información dado su carácter voluntario. Se justifica la exigencia por la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa:

El deber de información reviste especial intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria [...] En la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa [...].⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ STS (Sala de lo Civil) núm. 778/2009 de 20 de noviembre de 2009. En este mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 534/2009 de 30 de junio de 2009, núm. 544/2007 de 23 de mayo de 2007, núm. 758/2005 de 21 de octubre de 2005, núm. 993/2006 de 4 de octubre de 2006.

⁸⁰⁰ STS (Sala de lo Civil) núm. 1194/2007 de 22 noviembre de 2007. En sentido similar, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 83/1997 de 11 de febrero de 1997, núm. 580/1997 de 28 de junio de 1997, núm. 416/2001 de 27 de abril de 2001, núm. 783/2003 de 22 de julio de 2003, núm. 1052/2004 de 29 de octubre de 2004, núm. 109/2007 de 12 de febrero de 2007, núm. 544/2007 de 23 de mayo de 2007.

Para algunos autores –según comenta la jurisprudencia– esta llamada de atención sobre el deber de información del médico es la única utilidad que puede atribuirse a la diferencia entre medicina curativa y voluntaria.⁸⁰¹

C.4) Tendencia actual

Es casi unánime la correspondencia entre medicina curativa-obligación de medios y medicina satisfactiva-obligación de resultado. Ahora bien, algunas sentencias relativamente recientes han discutido la utilidad de la distinción entre medicina curativa y satisfactiva.

Por un lado, se ha cuestionado expresamente la relevancia de la distinción entre medicina curativa y voluntaria, sobretudo a partir del concepto amplio de salud mantenido por la OMS. No obstante, se admite que cuando no exista necesidad clínica de una intervención y se presentan riesgos excepcionales, el deber de información del médico adquiere mayor relevancia:

En terminología comúnmente aceptada por esta Sala [...] se distingue entre medicina curativa, necesaria o asistencial, y medicina voluntaria o satisfactiva. [...] En ambos casos la información que se facilita al paciente es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, especialmente en estas intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma. Y si bien es cierto que una y otra han conducido a soluciones jurídicas distintas, vinculadas en determinados casos a una discutida obligación de medios y resultados, la diferencia entre ambas modalidades no aparece en ocasiones muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico, o de aquellas intervenciones preventivas en las que se actúa a partir de las indicaciones médicas dirigidas a evitar riesgos para la salud o integridad del paciente, que las consiente, con aproximación a una medicina de medios, en la que la posibilidad de elección está condicionada por una situación previa de riesgo, que permite mantener un criterio menos

⁸⁰¹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 544/2007 de 23 mayo de 2007.

riguroso, que el que se exige en la medicina satisfactiva, en la que, como ha dicho esta Sala, "la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención."⁸⁰²

Sin embargo, también existen sentencias recientes que aplican la distinción sin cuestionarla y se detienen a analizar las implicancias respecto del deber de información, intensificado o más riguroso en el caso de la medicina satisfactiva o voluntaria que en la curativa:

Los efectos que origina la falta de información [...] están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa [...].⁸⁰³

Como puede apreciarse, no obstante la falta de unanimidad en torno a la utilidad de la diferencia entre medicina curativa-satisfactiva y obligación de medios-resultado, lo cierto es que el Alto Tribunal, en líneas generales, mantiene la exigencia de mayor rigurosidad en el cumplimiento del deber de información en el caso de la medicina con obligación de resultado dado su carácter voluntario (ya se trate esta de una intervención adscrita a la medicina satisfactiva o de naturaleza híbrida).

⁸⁰² STS (Sala de lo Civil) núm. 759/2007 de 29 de junio de 2007. Cfr. en el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil) núm. 758/2005 de 21 de octubre de 2005, núm. 218/2008 de 12 de marzo de 2008, núm. 943/2008 de 23 de octubre de 2008, núm. 534/2009 de 30 de junio de 2009, núm. 778/2009 de 20 de noviembre de 2009.

⁸⁰³ STS (Sala de lo Civil) núm. 948/2012 de 16 enero de 2012. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 101/2011 de 4 de marzo de 2011.

3.2. ABORTO Y CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS

Según hemos visto, en principio, la naturaleza jurídica de la obligación del médico cuando presta servicios médicos queda limitada a una obligación de medios (contrato de arrendamiento de servicios), salvo en aquellos supuestos en los que se asegure el resultado. En este último caso, la RMP configura un contrato de arrendamiento de obra que obliga a médico a obtener un resultado.

Entre medias, la doctrina ni la jurisprudencia han logrado un criterio unánime para establecer la (in)validez de la diferencia entre medicina curativa (obligación de medios) y voluntaria o satisfactiva (obligación de resultado). Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria sigue empleando esta dicotomía, particularmente, para evaluar la diligencia en cuanto al deber de información del médico, que se intensifica en la medicina satisfactiva por tratarse de una intervención voluntaria –y no necesaria para proteger la salud y la vida del paciente– que obedece a un deseo de embellecimiento mejora estética o de control de la función de procreación.

En este contexto, nos interesa analizar la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos por medio del cual el facultativo se compromete con la paciente-cliente a practicarle un aborto. En primer lugar, expondremos algunas consideraciones sobre licitud de la prestación de aborto a la luz de lo visto en los capítulos precedentes; seguidamente determinaremos la naturaleza de la obligación que configura el aborto y, finalmente, su clasificación en el marco de la diferencia entre medicina curativa y voluntaria.

A) SOBRE LA LICITUD DEL ABORTO COMO SERVICIO MÉDICO

En el marco jurídico que nos toca analizar, el aborto constituye no sólo una práctica lícita sino, incluso, una prestación sanitaria. En efecto, el artículo 12 LOIVE garantiza el acceso al aborto en las condiciones que determina la Ley,

convirtiendo el aborto de un delito perseguido por poner en peligro o vulnerar un bien jurídico en una prestación sanitaria exigible al Estado.

Esta decisión legislativa está amparada por algunos organismos internacionales como Naciones Unidas, a través de la OMS y la Unión Europea, según puede apreciarse, de manera más evidente en el documento "Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud" (2012) y las Resoluciones 2001/2128(INI) del Parlamento Europeo y 1607/2008 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, respectivamente.

Ahora bien, según ha quedado dicho, desde los fines de la Medicina **el aborto no constituye un acto médico** en sentido estricto porque su finalidad no es terapéutica aunque requiere la asistencia técnica de un médico (particularmente en las intervenciones a partir del segundo trimestre de embarazo). Se trata, pues, de un acto del médico, socialmente aceptado e incluso reforzado por la actividad legislativa nacional e internacional.

Quienes consideran el aborto como posibilidad terapéutica renuncian —a veces inconscientemente— a valorar al ser humano desde los inicios de su desarrollo corporal, asumiendo que la salud y vida de la madre posee un valor superior intrínseco, a la vista de las mayores posibilidades que despliega su existencia (estatus económico y social, ejercicio de una profesión, posibilidad de tener más hijos, cuidado de sus hijos menores, compañía para sus familiares cercanos, entre otros).⁸⁰⁴

Frente a las valoraciones negativas de quienes afirman que las decisiones de las personas deben sustentarse en el análisis de "la verdadera realidad" y en "no caer en el error de los debates metafísicos" particularmente en temas como el aborto, sostenemos que, dejando de lado el carácter superficial de la afirmación, aunque parezca "ociosa" la reflexión, la visión antropológica que adoptemos acerca del

⁸⁰⁴ Aunque esta reflexión ética no se encuentra reflejada en la norma positiva, consideramos imprescindible actualizarla para no perder de vista la discusión esencial en torno al aborto. *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 2, apartado 2.

ser humano –y, en último término sobre mi "yo"– es determinante para la carrera hacia la realización y satisfacción personal en "la verdadera realidad".

Con ello queremos afirmar que si una persona mide el valor de quienes lo rodean en función de lo que pueden producir o la utilidad que le brinda a la familia, a la sociedad o incluso a ella misma, su punto de realización personal lo encontrará, por lo general, en el "tener" (bien reconocimiento social, político, económico, académico; o bien experiencias sensibles agradables placer, gusto, comodidad, evitando a toda costa el dolor, tristeza, disgusto...) y no en el "ser", que se acepta tal cual es y se reconoce en el encuentro con el otro/Otro. Y, como es previsible, en sus interacciones humanas tenderá a pensar que los otros manejan el mismo parámetro de valoración hacia su persona, por lo que le será difícil entablar relaciones "humanas" con los demás, basadas en la confianza y la realidad.

Bajo la primera visión antropológica, quien tiene el anhelo puesto sobre las cosas tendrá mayor dificultad en ver saciadas sus aspiraciones porque siempre se puede "tener más" y el acceso a estos recursos es generalmente exterior. Si esta persona llega a perder facultades que le impidan acceder a estos, su vida puede llegar a considerarla inservible. Por tanto, verá como legítima la opción del suicidio bajo el slogan "Una vida así ¿para qué?" o la eliminación de un ser humano en desarrollo, más aún si presenta deformaciones congénitas.

Bajo la segunda perspectiva antropológica, de corte personalista, el ser humano se re-conoce en último término como un *ens indigens*, se valora y acepta a sí mismo tal y como es (sin accesorios económicos, físicos, sociales). Se sabe un "ser" –y no un "objeto"– inacabado (siempre existe la posibilidad de aprender algo nuevo) y, por tanto limitado, consciente de su necesidad del encuentro con los otros –y con el Otro– para poder no solo sobrevivir sino realizarse en plenitud. Los recursos para el crecimiento personal no están fuera sino dentro. No se desespera ante la pérdida de facultades sino que trabaja con ellas. Ello no impide el desánimo o la tristeza que son sentimientos naturales presentes en el alma, pero tiene fuerza para combatir contra ellos, porque cree firmemente –consciente o inconscientemente– en el valor de su vida, aunque parezca "inútil". En este caso,

cuestiones como el suicidio o el aborto son *per se* inconcebibles. Aquellos que ven en sus hijos con síndrome de Down o en enfermos terminales, personas con necesidades especiales y no cargas sociales y económicas que soportar comparten, muchas veces sin saberlo, esta visión de la vida humana.

No cabe duda que, a la vista de nuestra naturaleza "en formación" (con capacidad para [des]aprender hasta el final de la existencia) anclada en una cultura que promueve el consumismo y el relativismo moral, ambas perspectivas sobre el hombre –y otras más– se entrecruzarán en el amplio campo de decisiones que debemos tomar a lo largo de nuestra vida. Por eso, es imprescindible la reflexión constante de la actividad personal, para discernir rectamente lo que se debe hacer en cada momento y no dejarse llevar de doctrinas complicadas y extrañas que nublan el entendimiento y desasosiegan el alma.

Lo dicho no pretende "simplificar" la toma de decisión acerca del aborto en cada caso concreto. Sin duda, a esta se añaden factores emocionales, familiares, sociales, económicos, sociológicos, históricos, laborales, entre otros a tener en cuenta y, consciente o inconsciente, serán ponderados a la luz de la visión antropológica que tenga la mujer embarazada. Pero, es previsible que, si ella no ha tenido oportunidad para la reflexión sobre "cuestiones metafísicas" que la saquen del contexto inmediato en el que vive, difícilmente verá más allá la experiencia sensible y se dejará llevar de consideraciones de corte utilitarista, pragmático o individualista, sin ser consciente de ello, admirando "*lo que gana con la decisión*", sin ponderar lo que pierde, o mejor, a *quién* pierde.

Lo importante de esta reflexión antropológica es –como escribía Julián Marías– que nos ayuda a abrir los ojos y no volver la espalda a la realidad para tomar conciencia de una distinción tan elemental como decisiva entre "cosa" y "persona", entre "qué" y "quién", "algo" y alguien", "nada" y "nadie".⁸⁰⁵

⁸⁰⁵ Cfr. MARÍAS, Julián. Presentación. En: MARÍAS, Julián; USANDIZAGA, José Antonio; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *et. al. En defensa de la vida*. Madrid: Edilibro, 1983. pp. 14-15.

B) LA PRÁCTICA DEL ABORTO COMO OBLIGACIÓN DE RESULTADO

Una vez advertido lo anterior, atendiendo al carácter lícito adquirido por vía legislativa, nos corresponde determinar si el médico, cuando ofrece sus servicios profesionales para provocar un aborto, contrae una obligación de medios o de resultado.

Hemos definido el aborto como la pérdida o eliminación del producto de la concepción (embrión o feto, saco gestacional, vellosidades coriónicas) que puede ocurrir de manera espontánea (forma natural) o inducida artificialmente antes de que el feto haya alcanzado la vida extrauterina.⁸⁰⁶

El caso que nos ocupa responde al segundo supuesto, también llamado "aborto provocado" que se define de manera más precisa, como la intervención, generalmente practicada por médicos, encaminada a la eliminación del feto, sea por destrucción y posterior expulsión, sea por expulsión prematura con muerte posterior y se realiza por dos procedimientos: quirúrgico y médico o químico.

Cuando una mujer embarazada –consciente o no de los motivos que sustentan su decisión– acude a un médico para solicitar un aborto, en pleno ejercicio de su autonomía privada, lo que espera que suceda, luego de la intervención o tratamiento, es la eliminación del feto en la edad gestacional en la que se encuentre. Su interés no es que el facultativo "haga todo lo posible por" extirparlo o suprimirlo sino que contrata sus servicios profesionales con la única finalidad de que lo encuentre y lo destruya. Ella no lo quiere en la existencia.

Si ante esta solicitud, el médico se compromete a practicarle un aborto, es decir, a eliminar el embrión o feto en desarrollo, entonces, nos encontramos ante la asunción por parte de este de una obligación de resultado, configurándose a sí un contrato de obra.

⁸⁰⁶ Vid *supra*. Segunda Parte, capítulo 1, apartado 4.

En efecto, según Díez-Picazo, el contrato de obra se define como un acuerdo de voluntades en el que uno de los contratantes se obliga a ejecutar una obra por un precio cierto (art. 1544 CC).⁸⁰⁷ En este caso, el médico se compromete a practicar el aborto (eliminar el feto) y a cambio recibe un pago, pactado al inicio de la relación.

De hecho, cuando los proveedores de aborto (generalmente clínicas especializadas) dan a conocer los servicios que prestan a través de sus *website*, en unos casos, presentan el aborto como una obligación de resultado ya sea como solución al embarazo no planificado o no deseado⁸⁰⁸ o invitación a contactar con ellos para solucionar "el problema"⁸⁰⁹, y en otros, simplemente describen el servicio de aborto que ofrecen (de bajo riesgo hasta las 12 semanas o de alto riesgo hasta las 22 semanas, licencias, precios, entre otros), con alcances generales acerca de los procedimientos ofertados.⁸¹⁰

En todos ellos, el precio se establece por anticipado. Normalmente, estos figuran a disposición de las clientes potenciales en las *website*. Por ejemplo, la clínica Sergine Médica (Madrid), especializada en atención de la mujer y embarazos no

⁸⁰⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis; Gullón, Antonio. *Sistema de derecho civil. El contrato en general: la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*. Vol. 2. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 380 y ss. En el mismo sentido diversos manuales de Derecho Civil, cfr. MORENO QUESADA, Bernardo; OSSORIO MORALES, Juan; GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel; *et. al. Curso de derecho civil. II, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. pp. 517 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; PABLO CONTRERAS, Pedro de; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel; *et. al. Curso de derecho civil. Derecho de obligaciones*. Vol.2; Madrid: COLEX, 2011. pp. 252 y ss.

⁸⁰⁸ Cfr. Clínica Dator [ref. de 24 de enero de 2013]. Disponible en: http://www.clinicadator.com/PAGINAS_WEB/ES/Mujer_EmbarazoNoPlanificado_Opciones.awp

⁸⁰⁹ Cfr. Centro Médico Pacífico. "Contacta con nosotros para solucionar tu problema" [ref. de 24 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.centromedicopacifico.es/abortar.html>. Cfr. Multimédica Centro. Clínica de la mujer [ref. de 24 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.multimediacentro.com/home.html>. Esta última, situada en Salamanca, ha llamado nuestra atención por lo atractivo de su presentación utilizando videos interactivos para generar en sus futuras clientes una sensación de cercanía y confianza: una mujer joven, ejecutiva y moderna (dibujo animado) a manera de anfitriona y consejera habla a la mujer acerca de lo difícil de la decisión, reflexiona con ella y termina ofreciendo los servicios de su clínica.

⁸¹⁰ Cfr. Centro Clínico El Bosque [ref. de 24 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.clinica-el-bosque.com/>; Clínica Dalmases [ref. de 24 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.clinicadalmases.es/interrupcion-voluntaria-embarazo.html>; Instituto GineteC [ref. de 24 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.ginetec.es/aborto.html>.

deseados hasta la 12 semana, cobra por aborto con método farmacológico 310 € y por aborto quirúrgico 310 € con anestesia local y 410 € con anestesia general.⁸¹¹ La Clínica Isadora (Madrid), con licencia para practicar abortos hasta la semana 22, junto a la publicación de precios en su *website*, da la posibilidad de reducir el monto atendiendo a la condición socio-económica de la mujer.⁸¹²

Sobre el particular, el Tribunal Supremo no ha emitido un pronunciamiento expreso acerca del tipo de obligación que contrae el médico en el caso de la práctica del aborto. No obstante, podemos afirmar que, implícitamente, este considera el aborto como una obligación de resultado, por las razones que exponemos a continuación:

En primer lugar, la Sala Penal define el aborto como la muerte provocada (dolosa) de un feto o producto de la concepción humana⁸¹³, lo cual implica que, si al médico le corresponde practicarlo, se deduce lógicamente que lo que se espera es que su actuación médica se dirija a eliminar o destruir al feto en la edad gestacional en la que se encuentre, es decir, se espera un resultado concreto.

En segundo lugar, cuando resuelve las demandas que invocan negligencia médica debida a un diagnóstico prenatal erróneo que impide a la madre de un niño que nace con trastornos congénitos (síndrome de Down, de Patau y de West, entre otros) conocer la existencia de dicha enfermedad y, consecuentemente, ejercer la facultad de decidir si abortar en el plazo legal o llevar a término el embarazo –conocidas como acciones de *Wrongful birth* y *Wrongful life*– el Tribunal Supremo apela a la pérdida de oportunidad de la mujer, asumiendo lógicamente

⁸¹¹ Cfr. Centro médico Serginemedica [ref. de 24 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.serginemedica.es/interrupcion-embarazo.html>.

⁸¹² Por el aborto a través del método farmacológico cobra 380€; a través del método quirúrgico, embarazo hasta 12 semanas con anestesia local 345 € y con anestesia general 440€; 13 a 14 semanas 475 €; de 15 a 16 semanas 595€; hasta las 17 semanas 625 €; hasta las 18 semanas 840 €; hasta las 19 semanas 990€; hasta las de 20 semanas 1.470,00 € y de 21 a 22 semanas 1.655,00 €. Cfr. Clínica Isadora [ref. de 24 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.clinica-isadora.es/precios-aborto.html>.

⁸¹³ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 1, apartado 4.

como premisa implícita que aquel aborto, de haberse practicado, hubiese producido como resultado la exterminación del feto.⁸¹⁴

En sentencia reciente (10 de mayo de 2012) el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Palma de Mallorca en un caso de aborto fallido afirmó que "comprobar el éxito o no de la interrupción del embarazo [...] constituye el núcleo esencial o causa única que lleva a una mujer a someterse a la intervención médica que nos ocupa." En otro apartado de la misma sentencia afirma que la madre "era la primera interesada en que su interrupción fuera un éxito pues la mujer que toma la decisión de llevar a cabo tal intervención es claro y lógico que así lo desea ya que si no se sometería a ella [por] cuestiones económicas, físicas y psíquicas".⁸¹⁵ De ello se desprende que, cuando la mujer decide contratar la práctica de un aborto, espera el éxito de la intervención, es decir, la eliminación del feto, de lo contrario, no establecería acuerdo con el médico.

En efecto, aunque luego volveremos sobre esta sentencia, coincidimos con el juez en que el interés del acreedor –en este caso, la mujer embarazada– está en eliminar el feto y que, al contratar con el médico, espera este resultado y no solo que se pongan los medios para que esto suceda.

Ahora bien, la existencia de una probabilidad de error –particularmente en los casos de aborto químico– que puede acompañar a esta práctica y que según la citada sentencia obedece al 2,3%, –ocasionado más por negligencia médica que por el "alea" que acompaña las intervenciones sobre el cuerpo humano– no cambia la naturaleza de la intervención, porque siempre que se contrata, se espera el resultado.

Lo que sí se deriva de esta posibilidad de fracaso es la intensificación del deber de información para que el médico pueda compartir este riesgo con la mujer que

⁸¹⁴ Sobre sentencias que resuelven acciones de *Wrongful life* y *wrongful birth* cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 495/1997 de 6 de junio de 1997; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de diciembre de 2005, de 21 de febrero de 2006, de 30 de junio de 2006, de 4 de noviembre de 2008, de 16 de junio de 2010, de 27 de octubre de 2010, de 20 de marzo de 2012.

⁸¹⁵ SJPII de Palma de Mallorca 90/12 de 10 de mayo de 2012.

contrata –aquél mantiene aún la obligación de medios que acompaña su actividad– ya sea éste practicado por indicación terapéutica, eugenésica o, con mayor razón, *on-demand*.⁸¹⁶

C) EL ABORTO COMO INTERVENCIÓN MÉDICA VOLUNTARIA

Una vez establecido que la práctica del aborto implica una obligación de resultado nos corresponde determinar si se trata de una intervención perteneciente a la medicina curativa o voluntaria.

Lo primero será recoger una definición precisa de medicina curativa y satisfactiva o voluntaria para verificar si el aborto puede ser calificado como tal.

La medicina voluntaria comprende todas aquellas intervenciones médicas en las que el médico no actúa sobre un cuerpo enfermo sino sobre uno sano, a petición consciente y libre del cliente, con la finalidad de mejorar su aspecto externo (*v.gr.* cirugía estética, perfectiva o de embellecimiento, ortodoncia, operaciones oculares, transformación sexual) o lograr una alteración fisiológica, como puede ser limitar o eliminar el funcionamiento de las posibilidades de procreación (*v.gr.* métodos anticonceptivos intrauterinos, esterilización quirúrgica). No existe, como en la medicina curativa, una dolencia patológica que diagnosticar para encontrar el vector terapéutico más adecuado que permita al paciente restablecer su salud. En este último supuesto el médico atiende a un "enfermo" o "paciente" técnicamente hablando, mientras que en la medicina satisfactiva, la relación se entabla con un "cliente", "agente" o "consumidor".⁸¹⁷

El acreedor-cliente contrata con el deudor-médico para obtener aquello que el médico le ha ofrecido que es, por lo general, un resultado, por el que aquel pagará un precio concertado generalmente de manera previa. En este contexto, no basta con la utilización de los medios idóneos a tal fin sino que, dado el carácter

⁸¹⁶ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 3.1. C).

⁸¹⁷ *Ibid.*

electivo de la contratación y que esta involucra una intervención directa sobre su integridad corporal, el cliente tiene derecho a conocer todos los aspectos relacionados con el mismo para que pueda tomar una decisión libre y consciente al respecto. El contenido de la información acerca de la naturaleza, finalidad, riesgos y consecuencias previsibles e incluso, improbables de la intervención debe ser suficiente para que el cliente consciente y deliberadamente asuma, si decide contratar, los riesgos del fracaso de la intervención, sin perjuicio del cumplimiento, por parte del médico, de su deber de diligencia profesional.

Dicho lo anterior, lo que sigue es analizar las objeciones manifestadas por un sector de la jurisprudencia en torno a la diferencia entre medicina curativa y voluntaria, para lo cual puntualizaremos algunas cuestiones.⁸¹⁸

Primero, es verdad que existe un componente aleatorio propio de la actividad médica que tiene su origen en el hecho de que los facultativos actúan sobre personas, con características biológicas particulares, quienes pueden reaccionar, ante tratamientos o procedimientos quirúrgicos realizados conforme a la *lex artis*, o bien de forma esperada o bien de forma fortuita ocasionando un daño inesperado o imprevisible. Por tanto, el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una *mala praxis* cuanto en las simples alteraciones biológicas.

Sin embargo, en principio, este "alea biológico" no elimina el carácter voluntario de la intervención. En estos casos, por lo general, el cliente se re-conoce en un buen estado de salud psicoorgánica pero, amparado en su autonomía privada, desea "transformar" un aspecto físico, estético o fisiológico, que no es necesario para preservar su salud pero sí lo considera importante por cuestiones personales, laborales, sociales, etc. y, por tanto, está dispuesto a pagar un precio por su realización, siempre que la oferta se adecúe a sus requerimientos personales. En estos casos, lo que sí surge, es una obligación intensificada por parte del médico para asegurarse que el cliente conozca, entre otros aspectos, la existencia de este

⁸¹⁸ Vid *supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 3.1. C). Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 534/2009 de 30 de junio de 2009.

espacio de reacción biológica "aleatoria" y, una vez informado, decida compartir el riesgo o no, dejando a salvo el deber del facultativo de obrar con la diligencia profesional debida.

Segundo, también es cierto que la asunción de la definición de salud como bienestar en sus aspectos psíquico y social, y no sólo físico dificulta la diferencia entre medicina curativa y medicina satisfactiva en el sentido de que no es posible encasillar una serie de intervenciones médicas (v.gr. cirugía estética, esterilización) rígidamente en la segunda categoría porque, por ejemplo, puede darse el caso que una persona acuda al médico por una rinoplastia no solo por un afán de embellecimiento sino por la existencia de "complejos" que afectan su autoestima de manera patológica o una mujer que se somete a disminución mamaria para paliar un dolor crónico de espalda. En estos casos, una vez diagnosticada la enfermedad o el padecimiento corporal, como parte del vector terapéutico, un médico puede recomendar una intervención médica "satisfactiva" con finalidad "curativa". En este marco, estamos de acuerdo cuando el Alto Tribunal afirma que esta dicotomía medicina curativa-satisfactiva no brinda respuestas absolutas dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias.

No obstante ello, la existencia de "zonas grises" no elimina la clasificación sino que sirve de "alerta" para que, según las circunstancias concretas de cada caso, se aprecie con mayor atención si a la vista de su finalidad intrínseca la intervención médica realizada encaja en una u otra categoría o se trata de un híbrido. Este análisis no resulta ocioso en la medida que de la respuesta que se obtenga dependerá el nivel de diligencia debida en el cumplimiento del deber de información por parte del médico, más intenso en el caso de la medicina satisfactiva.⁸¹⁹

Una vez definidos los conceptos y establecida la validez de la clasificación, pasamos a verificar si el aborto configura una intervención propia de la medicina

⁸¹⁹ Vid *supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 3.1.C).

satisfactiva, curativa o constituye un híbrido entre ambas, atendiendo a los criterios expuestos y a los marcados por la jurisprudencia.

La LOIVE regula el aborto bajo un sistema mixto: permite el aborto *on demand* durante las primeras 14 semanas de embarazo (con la sola solicitud de la embarazada); paralelamente, acoge un sistema de indicaciones que permite el aborto hasta la semana 22 de embarazo siempre que exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada o un riesgo de graves anomalías en el feto; y, sin plazo, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.⁸²⁰

Como hemos visto anteriormente, tanto el aborto *on-demand* como el aborto eugenésico –ya sea practicado antes de la semana 22 o en cualquier momento– no pueden ser considerados como medicina curativa porque no hay una enfermedad o dolencia que el médico pueda restablecer.⁸²¹

El diagnóstico clínico de la mujer en estos casos es que está embarazada y el embarazo no es una enfermedad sino una manifestación de vitalidad de sus funciones reproductoras. La sola voluntad de querer abortar no configura un cuadro clínico. Incluso, técnicamente, el trastorno psicológico o psíquico que podría ser causado por la presencia de un hijo no deseado (*unwanted pregnancy*) o no planificado (*unintended pregnancy*) no recomiendan un aborto sino un psicólogo o un psiquiatra que ayude a la mujer a encajar la nueva realidad. Tampoco, en el caso del aborto eugenésico, podemos hablar de medicina curativa porque no hay peor tratamiento para un enfermo –que en este caso es el feto en desarrollo y no la mujer– que eliminar al paciente.

Cada uno de estos supuestos responde, pues, a una intervención que pertenece a la medicina satisfactiva o voluntaria. Además, el Estado le concede a la

⁸²⁰ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 1.3 B).

⁸²¹ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 2, apartado 2.

embarazada, en el ejercicio de su autonomía privada, el derecho de abortar si así lo desea, lo cual evidencia el carácter voluntario y libre de la elección. Aquí entra en juego sólo la voluntad de la mujer cuya decisión se funda en su derecho a optar por aquello que considera acorde con su proyecto de vida y de acuerdo, en última instancia, a la conciencia que tenga sobre *quién* o *qué* es lo que se gesta dentro de ella.

A mayor abundamiento, a la vista de la publicidad y propaganda de los centros que ofrecen servicios de "interrupción del embarazo" dentro del amplio mercado sanitario, podemos fácilmente advertir la naturaleza de contrato de consumo de estas intervenciones sanitarias y la condición de consumidor de la mujer que lo solicita (destinataria final del servicio).

Aunque volveremos sobre ello, conviene apuntar ahora que, en las sociedades conocidas como "de consumo"⁸²² —es decir, aquellas que inducen al consumidor a adquirir bienes y productos en el mercado y determinan la existencia de un marco jurídico estable que conoce de antemano el empresario, de manera que puede fácilmente calcular sus riesgos y sus beneficios— cada vez con mayor aceptación legal y social, ofertan el aborto como un servicio de consumo dirigido a aquellas mujeres que, habiendo concebido, no desean ser madres o no se sienten preparadas para ello, por las más diversas razones, no relacionadas con una cuestión "terapéutica" (diagnosticada).⁸²³

⁸²² Esta configuración de la sociedad descansa en el neocapitalismo que rige las economías en la mayoría de países democráticos. En ellas, el consumo es el motor de la economía y, por tanto, es lícito incitar a su desarrollo —a través de la publicidad y otros medios— de tal manera que se produzca un incremento en la producción y sus frutos favorezcan el bienestar de los ciudadanos en general. En este marco, algunos autores afirman que el imperativo del consumo se ha visto convertido, tanto en los Estados Unidos como en Alemania y en Italia en un deber patriótico. Cfr. BUSTO LAGO, José Manuel; ALVAREZ LATA, Natalia; PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo Desde La Perspectiva del consumidor*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005. pp. 42 y ss.

⁸²³ En aquellos países que han legalizado esta práctica, basta revisar páginas web de Estados Unidos o España para darse cuenta de esta realidad. En algunos Estados de Estados Unidos, los procedimientos pre y post aborto están estandarizados en formatos impresos que son entregados a la mujer una vez que consiente la realización del aborto.

Por tanto, centrándonos en el campo del servicio sanitario en la medicina satisfactiva, atendiendo a la similitud sustancial atribuida por Díez-Picazo⁸²⁴ entre el contrato de consumo y el derecho de contratos en España y la obligación de resultado que comporta la oferta promovida por estos centros obtenido con base en protocolos estandarizados (v.gr. Guía OMS 2012⁸²⁵, o las diferentes guías clínicas para el aborto propuestas por el *U.S. Department of Health and Human Services*⁸²⁶) y precios pactados de antemano, entonces no cabe duda que puede ser perfectamente aplicable el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, especialmente, la responsabilidad objetiva contenida en su artículo 148.⁸²⁷

Cosa distinta podría ser el llamado "aborto terapéutico" cuya finalidad es salvaguardar la vida y salud de la mujer de graves riesgos vinculados con el embarazo.⁸²⁸ Aquí debemos diferenciar dos supuestos.

En primer lugar, algunas mujeres buscan abortar debido a los daños colaterales sufridos a causa del embarazo (v.gr. el estrés, dolor de cabeza o incomodidad familiar, social o económica que supone un embarazo no deseado). En estos casos no existe relación de causalidad entre el desarrollo del embarazo *per se* y la existencia de un "grave" riesgo o daño en la salud o vida de la madre. Como se afirma en la sentencia 53/1985, el término "grave" implica un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento. Entonces, si la

⁸²⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. Contratos de consumo y derecho de contratos. En: *Anuario de Derecho Civil*. 2006, núm. LIX-1 (enero). pp. 11-28.

⁸²⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Aborto...*, *op.cit.*

⁸²⁶ Entre ellas, figuran las guías propuestas por las siguientes instituciones: *National Abortion Federation (Clinical policy guidelines*. Washington D.C., 2011), *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists (The care of women requesting induced abortion*. Londres, 2011), *American College of Obstetricians and Gynecologists (Medical management of abortion*. Washington D.C., 2005, reafirmado en 2009 y modificado parcialmente por la guía sobre *Emergency contraception*. 2010). Cfr. *Agency for Healthcare Research and Quality*, que pertenece al *U.S. Department Of Health And Human Services* [ref. de 13 de febrero 2013]. Disponible en: <http://guideline.gov/content.aspx?id=15718&search=unwanted+pregnancy/>.

⁸²⁷ *Vid infra*. Tercera Parte, capítulo 3, apartado 3.3.

⁸²⁸ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 2, apartado 2.

mujer presenta fuertes dolores de cabeza a causa de su embarazo no deseado, el tratamiento correspondiente, en último término, se construirá sobre la base de una tomografía y no de una ecografía. En estas circunstancias, la capacidad de elección de la mujer en ejercicio de su autonomía privada, se mantiene libre y no es condicionada por una necesidad apremiante de salud psicoorgánica y, por tanto, nos encontramos ante intervención propia de la medicina satisfactiva.

En segundo lugar, cuando se diagnostica que el embarazo es la causa directa del riesgo grave sobre la salud o vida de la mujer (embarazo ectópico, tumor o cáncer uterino, ubicación anormal de la placenta, hipertensión crónica o enfermedad coronaria grave) entonces cabe plantearse la pregunta sobre si el aborto puede constituir una opción terapéutica.

Como mencionamos líneas arriba, lo propio en estos supuestos es que se proceda con el tratamiento de la enfermedad correspondiente (por ejemplo, la quimioterapia en el caso de un cáncer) que no implique la destrucción directa del embrión-feto, aunque tenga como consecuencia su eliminación (acción de doble efecto).⁸²⁹ En todo caso, la primera obligación ética del médico es clara: salvar la vida de ambos, en condición de igualdad.⁸³⁰

Ahora bien, aunque es éticamente inaceptable –lo que hace accesible la posibilidad de objetar en conciencia– el médico se encuentra legalmente habilitado para que, si lo considera oportuno, proponer el aborto como el vector terapéutico más apropiado o, en el peor de los casos, como el único eficaz para su propósito (salvar la vida de la madre) y, por tanto, podría formar parte de la medicina curativa pero, dado su carácter de obligación de resultado, podría ser considerado como medicina satisfactiva, por tanto, nos encontramos ante lo que un sector de la jurisprudencia ha denominado un "híbrido" entre ambos tipos de intervención.⁸³¹

⁸²⁹ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 2, apartado 2.

⁸³⁰ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 569 y ss.

⁸³¹ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 3.1, C.3).

Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha emitido juicio alguno de manera explícita sobre la naturaleza de la intervención abortiva. Sin embargo, siguiendo el mismo razonamiento empleado en el caso del aborto como obligación de resultado, podemos concluir que implícitamente ha considerado el aborto eugenésico un caso de medicina satisfactiva.

En efecto, apelando al reconocimiento de la pérdida de oportunidad de la mujer de optar por el aborto eugenésico de haber tenido indicios suficientes que evidencien las malformaciones del feto (acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*), se puede deducir que el Alto Tribunal considera –bajo amparo legal– que el aborto es una opción de la madre y, por lo tanto, se encuentra en el ámbito de su libertad y no está condicionada por una afectación grave de su vida o su salud.⁸³² De lo anterior se desprende, acudiendo a un argumento *ad maiorem ad minus*, que si el Tribunal le reconoce esta cualidad a una intervención realizada con una indicación médica (eugenésica) con mayor razón lo hará si no existe indicación, es decir, en el caso del aborto *on-demand* (dentro de este podemos incluir el deseo de abortar por la afectación "colateral" no grave de la salud de la mujer).

En los Tribunales menores hemos encontrado algún pronunciamiento que plantea claramente el problema pero deja pendiente la respuesta⁸³³. Sin perjuicio de ello, como mencionamos anteriormente, el juez Francisco José Pérez Martínez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Palma de Mallorca, en su sentencia de 10 mayo de 2012, ha sostenido que la práctica del aborto puede tener una doble naturaleza: satisfactiva cuando la mujer elige esta práctica de acuerdo con su proyecto de vida y curativa cuando está en juego la vida o salud de la madre:

⁸³² *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 3.2.B).

⁸³³ Cfr. SAP de Asturias, núm. 145/2010 de 26 de abril de 2010: "Debe destacarse, en primer término, que cualquiera que sea la posición que se tome respecto a la naturaleza de una intervención quirúrgica voluntaria de interrupción de embarazo, amparada por causa prevista en la ley, es decir, si se deben seguir las pautas establecidas por la jurisprudencia para la medicina satisfactiva (casos, por ejemplo, de cirugía estética o de determinadas prácticas odontológicas) o las fijadas para la actividad médica sanadora en general, lo que es indudable es que es quien reclama quien debe demostrar cumplidamente tanto el daño sufrido como su relación de causalidad con la conducta de la demandada [...]"

[...] examinada tanto la jurisprudencia invocada en este Fundamento Jurídico como leída con detenimiento la Exposición de Motivos de la L.O. 2/2010 [...] este Juzgador considera que se puede estimar que la interrupción voluntaria del embarazo podría considerarse tanto cirugía curativa como satisfactiva pues si bien Cristina no padece ninguna enfermedad, el documento número 3 indica que existe riesgo para la salud psíquica de la actora pero por otra parte se está mitigando la capacidad procreadora de la demandante, por lo que se estaría ante un modelo híbrido.

Pese a lo anterior, y por analogía con la sentencia citada más recientemente junto a que el documento número tres no especifica que riesgos conlleva para la salud psíquica de la ahora actora y visto que a día de hoy esta no ha manifestado tener ninguna enfermedad mental ni física –y en Derecho Civil lo que no consta probado no se tiene como cierto– se estimará como satisfactiva y se estará ante una obligación de resultados sin que ello suponga objetivizar la culpa o responsabilidad, pues la obligación continúa siendo de medios pero se ve reforzado el derecho a la información de la paciente.⁸³⁴

De lo expuesto coincidimos con el juez Pérez Martínez en que el aborto *on demand*, el eugenésico y el "terapéutico" que no implica grave riesgo para la vida o salud de la mujer son intervenciones pertenecientes a la medicina satisfactiva, siendo una de las consecuencias jurídicas más significativas la mayor rigurosidad al momento de juzgar el cumplimiento del deber de información por parte del médico.

En el caso del aborto "terapéutico" que implica grave riesgo para la vida de la madre, atendiendo a su habilitación legal –aunque éticamente no sea considerado como acto médico– sin perder la condición de obligación de resultado (porque lo que busca el médico es la eliminación del feto en desarrollo), esta sentencia la considera un supuesto de medicina curativa. Por nuestra parte, sostenemos que dada la persistencia de una obligación de resultado, este supuesto se debe considerar como un híbrido entre la medicina curativa y la satisfactiva.

⁸³⁴ SJPII de Palma de Mallorca núm. 90/12 de 10 de mayo de 2012.

TERCERA PARTE:

DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA AL ABORTO EN ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA. ANÁLISIS DEL ART.17 LOIVE

Los apartados anteriores de la investigación nos han permitido demostrar que si bien, a la luz de la Medicina, la definición de acto médico *strictu sensu* está en relación directa con la finalidad terapéutica –real o preventiva– ésta ha sido deformada gracias a la aceptación social de algunas intervenciones sanitarias y la formulación de una definición omnicomprendensiva de "acto médico" por parte de los Tribunales, extendiéndose a actos que, siendo realizados por médicos, persiguen una finalidad no terapéutica, ya sea de embellecimiento o de control reproductivo, como es el caso de la cirugía estética con fines de embellecimiento, la esterilización voluntaria y el aborto.

Asimismo, se ha podido advertir que, atendiendo a su origen y naturaleza, el recurso al CI como término y figura jurídica, debe reservarse al ámbito terapéutico, en el marco de una relación de confianza entre el médico y el paciente (medicina curativa). A la vista de los fines inherentes de la Medicina, la recta configuración de la RMP y el estatuto del embrión, el aborto no constituye un acto médico en sentido estricto por lo que su empleo en la regulación jurídica de dicha práctica carece de sustento. En estas intervenciones, nos parece más adecuado referirnos al deber de o requerimientos de información (en el sentido precontractual del término) que preceden al consentimiento en cualquier contrato.

Sin perjuicio de lo expuesto, hemos demostrado que, a partir de un análisis jurídico-positivo a la luz del contrato de servicios médicos, la práctica del aborto se configura como una obligación de resultado y forma parte de la medicina satisfactoria, salvo el supuesto de grave peligro para la vida de la madre, en cuyo caso, manteniendo la necesidad del resultado, la jurisprudencia ampararía su consideración como un supuesto híbrido. En ambos casos, el deber de información debida al paciente-cliente adquiere mayor rigurosidad en cantidad y calidad.

Una vez expuesto lo anterior, este último apartado tiene por finalidad evidenciar las inconsistencias que surgen a partir del análisis de la regulación vigente del deber de información establecida en la LOIVE y el Real Decreto 825/2010, a la luz de la jurisprudencia norteamericana en materia de aborto y la regulación jurídica básica (legislación y jurisprudencia) española sobre el deber de información previa en materia sanitaria.

Con esta finalidad hemos definido tres capítulos: el primero pretende determinar los elementos esenciales que caracterizan el deber de información previa al consentimiento en materia de aborto en la jurisprudencia norteamericana. Para ello, se realiza un breve recorrido por las principales sentencias en esta materia hasta esbozar los aspectos esenciales que configuran una adecuada adopción por parte de la mujer de una decisión libre y consciente sobre la continuidad de su embarazo. Asimismo, se incluye la referencia a los elementos clave que conforman las disposiciones legales de los estados norteamericanos que regulan *el informed consent* en el aborto.

En el segundo capítulo abordamos los elementos esenciales del deber de información previa al consentimiento, según el ordenamiento jurídico español, que nos servirán de herramienta para efectuar el análisis de la legislación vigente en materia de aborto.

Como corolario, el tercer capítulo analiza el art. 17 LOIVE y los artículos 4 al 8 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, que regulan la información previa al consentimiento en el aborto a partir de lo estudiado anteriormente, para evidenciar las inconsistencias e insuficiencias de la regulación vigente, lo cual, sin duda, puede sentar las bases para una reforma y, si no impedir el aborto, por lo menos abrir nuevas vías de protección jurídica de la vida humana prenatal. Finalmente, a modo de consecuencia práctica, se hace una breve referencia a las posibles implicaciones civiles que acarrea para el médico la inobservancia de esta obligación.

CAPÍTULO I

EL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA AL ABORTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El aborto en cuanto fenómeno social, ético y político ha sido y sigue siendo tema de complejos debates alrededor del mundo dada la diversidad de factores que confluyen en él: pluralidad de concepciones antropológicas sobre el ser humano y la persona, intereses económicos, creencias religiosas, relativismo cultural y moral, individualismo, entre otros.

Actualmente, en la esfera jurídica, existe una cierta tendencia apoyada por la OMS hacia la legalización. Así, por ejemplo, se pueden citar, a nivel de la Unión Europea, las ya mencionadas Resolución 2001/21288(INI) del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia y la Resolución 1607/2008 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso al aborto seguro y legal.⁸³⁵

Dentro de este orden internacional, nos detendremos en el caso norteamericano –donde se vive un debate a la vez apasionado e implacable⁸³⁶– que nos puede

⁸³⁵ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 3.

⁸³⁶ Cfr. SHAPIRO, Ian. El derecho constitucional en materia de aborto en Estados Unidos. Una introducción. En: SHAPIRO, Ian; LORA DELTORO, Pablo de; TOMÁS-VALIENTE, Carmen. *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico

ayudar a la reflexión presente y futura en España en materia de aborto en general y en el deber de información previa, en particular.

A partir de 1973, la Corte Suprema determina que la decisión de abortar forma parte del *Right of privacy* de la mujer, protegido por Novena o la Décimo Cuarta Enmienda. Sin embargo, como veremos más adelante, este criterio ha ido evolucionando y limitando su campo de acción hasta el reconocimiento en *Gonzalez v. Carhart* (2007) del deber de los Estados de proteger la vida humana en formación. En este interín, se han dado algunas leyes interesantes en torno a nuestro tema de investigación: unas que regulan los procedimientos para solicitar la apertura de una clínica abortiva u obtener licencia para practicar abortos en un Estado determinado, y otras que tratan de manera directa la información que debe ser proporcionada a la mujer antes de someterse a un aborto.

Visto lo anterior, este capítulo se centrará en desarrollar, por un lado, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Estados Unidos en torno al aborto y, por otro, los aspectos que consideramos relevantes de la regulación acerca de la información previa al aborto, también llamada *Women Right to Know Act (WRTKA)*, en los diferentes estados norteamericanos que la han acogido. Asimismo, a modo de introducción del segundo punto, ofrecemos una panorámica de las disposiciones que de una u otra forma han regulado el aborto, para brindar una idea más clara del contexto en el que se dan las WRTKA en norteamérica.

Europeo, 2009. p. 11. De hecho, según AINSWORTH, es uno de los temas de discusión concretos más emblemáticos del Congreso de los Estados Unidos. Cfr. AINSWORTH, Scott H.; HALL, Thad E. *Abortion politics in congress: Strategic incrementalism and policy*. New York: Cambridge University Press, 2011. pp. 3 y ss.

1. DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE ABORTO E INFORMED CONSENT

Como es sabido, la Corte Suprema (Federal) reconoce en el polémico fallo en *Roe v. Wade* (1973) el derecho al aborto y, a partir de entonces, los estados carecen de la potestad de prohibirlo antes del tercer trimestre de embarazo, salvo que, a partir del segundo trimestre, existan casos en que el aborto pusiera en peligro la salud de la madre. También, como consecuencia de la sentencia, se declararon inconstitucionales las leyes antiaborto de la mayor parte de los estados y tuvieron lugar muchos más abortos que los que se habrían practicado en caso contrario. Como señala Dworkin, se trata de un fallo que "es, sin duda, el caso más famoso que ha dirimido hasta ahora la Corte Suprema de Estados Unidos entre los estadounidenses y, de hecho, en el mundo entero".⁸³⁷

No obstante ello, la falta de estabilidad en la posición de la Corte Suprema acerca del problema del aborto en los años que siguieron a la lectura de esta sentencia ha sido evidente. Tanto el contenido del derecho al aborto como la base jurisprudencial sobre la que descansa han evolucionado sustancialmente en los fallos que siguieron hasta llegar a la doctrina actualmente vigente.⁸³⁸

Con miras a evidenciar esta línea jurisprudencial y la forma como se aborda el problema de la información previa al aborto, haremos un recorrido histórico por la jurisprudencia que ha marcado una pauta de conducta jurídica y que va desde las sentencias previas que allanan el camino para *Roe v. Wade* hasta *Gonzales v. Carhart*, que ha terminado de retocar el nuevo itinerario de la Corte sobre este tema.

⁸³⁷ DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Caracciolo, Ricardo; Ferreres, Víctor (trads.). Barcelona: Ariel, 1994. pp. 136-137.

⁸³⁸ Cfr. SHAPIRO, Ian, *op. cit.*, pp. 14-15.

Para una mejor comprensión de la formación y alcance de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el desarrollo jurisprudencial en esta materia es indispensable tener en consideración, al menos brevemente, dos temas: la cuestión política en torno a la elección de los jueces y la fuerza vinculante de las decisiones que promueve.

1.1. CUESTIÓN PREVIA: CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

Actualmente, la Corte Suprema está constituida por el *Chief Justice* (Presidente) y por un número de *Associate Justices* (jueces asociados) establecido por el Congreso y que hoy en día son ocho. Corresponde al Presidente de los Estados Unidos nominar a los candidatos que, posteriormente, son ratificados con el *advise and consent* del Congreso. Una vez elegidos, los jueces prestan un servicio vitalicio, sólo pueden ser removidos mediante un proceso de *impeachment* o por renuncia voluntaria al cargo.⁸³⁹ Qué duda cabe, pues, que las ideas políticas y filosóficas de estos jueces no solo tienden a ser afines con las convicciones del Presidente que los elige (republicano o demócrata) sino que también juegan un rol esencial en las decisiones que éstos toman. Prueba de ellos son las sentencias que analizaremos en el tema de aborto.

Sobre el funcionamiento de la Corte, debido al *writ of certiorari*, ésta sólo conoce aquellos casos que han logrado sentencia firme dictada por el más alto Tribunal de un estado y que, según su criterio discrecional, se considera que abordan una cuestión de derecho federal, estatutario o constitucional, como es el caso del derecho al aborto, amparado en normas que protegen derechos fundamentales.

⁸³⁹ Cfr. THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES [ref. de 11 de febrero de 2012]. Disponible en: <http://www.supremecourt.gov/>

Con relación a la formación de sus decisiones, la *Opinion of the Court* (también llamada *Court's Decision*) está constituida por dos partes: un *judgement* (fallo) donde declara que una norma es constitucionalmente legítima o ilegítima y un *reasoning* (razonamiento) que comprende el discurso lógico-argumentativo que motiva el fallo. En el momento de la toma de decisiones, es posible que se forme una mayoría en el *judgement* y no en el *reasoning*.⁸⁴⁰ Bajo esta premisa, se pueden constituir:

- *Majority opinion*, también llamada *Opinion of the Court*, lo cual equivale a decir que se ha alcanzado la mayoría absoluta en la resolución de un caso (*reasoning* y *judgement*) y constituye el veredicto final del caso *sub-judice*, que a su vez, se configura como precedente para los Tribunales de menor rango.
- *Concurring (in part) opinion*, formada a partir de la opinión de uno o más jueces que están a favor del veredicto pero con una motivación diferente. Por tanto, la opinión ha alcanzado mayoría acerca del *judgment* pero no del *reasoning*.
- *Plurality opinion*, obtenida cuando las opiniones sobre la motivación han alcanzado una mayoría relativa. Esto sucede en los casos que, no habiéndose conseguido mayoría absoluta en el *reasoning*, una de las *concurring opinion* que han surgido alcanza la mayoría relativa respecto de las demás.
- *Dissenting (in part) opinion*, redactado por un juez que no está de acuerdo con el *judgement*.
- *Seriatim opinion*, describe una opinión con múltiples "sentencias": cada juez redacta su opinión en vez de escribirse una sola opinión de la Corte. Generalmente sucede cuando el caso no ha alcanzado los votos suficientes para configurar una *majority opinion*.

⁸⁴⁰ Cfr. PERSANO, Fabio. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale statunitense in materia d'aborto II. *Medicina e Morale: Rivista internazionale bimestrale di Bioetica*. 2011, Nuova serie. vol 61, núm. 5. pp. 855-856.

En algunas de las sentencias que siguen a continuación se advierte claramente que la fuerza vinculante de la misma depende de que se trate de uno u otro tipo de fallo.

1.2. PRECEDENTES DEL DERECHO AL ABORTO (1965-1971)

Como preludio indispensable para la formación del *reasoning* que sustenta la decisión de *Roe v. Wade*, la Corte Suprema dicta dos sentencias importantes que resumiremos a continuación: *Estelle Griswold v. State of Connecticut* (1965) y *Thomas C. Eisenstadt v. William Baird* (1971). Asimismo, citaremos la decisión de la Corte en el caso *United States v. Vuitch* (1971) que es en realidad el primer caso que se resuelve en torno al aborto pero en un contexto político muy fragmentado.

A) *ESTELLE GRISWOLD V. STATE OF CONNECTICUT* (1965)

Estelle Griswold, Director Ejecutivo de *the Planned Parenthood League of Connecticut* y otros fueron encontrados culpables por el Tribunal precedente de transgredir la Ley de Control de Natalidad de Connecticut. Fueron condenados a pagar una multa por haber incumplido la norma de no proveer de métodos anticonceptivos o brindar información sobre los mismos a otras personas.

En esta sentencia, la Corte determinó, con siete votos a favor y dos en contra, que la ley de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos era inconstitucional porque se entromete en el derecho a la privacidad que comprende también el derecho de los esposos a utilizar anticonceptivos cuando lo crean conveniente. Fundamenta su decisión en la existencia de un derecho a la privacidad que se deriva, implícitamente, de la Primera, Tercera, Cuarta, Quinta y Novena Enmiendas.

Afirma que el derecho a la privacidad aunque no está reconocido expresamente en el *Bill of Rights*, se encuentra en la *penumbra* de cada una de las citadas Enmiendas (el derecho de asociación, descanso, inviolabilidad de domicilio, la no-autoincriminación y la cláusula abierta de derecho no reconocidos) otorgándoles vida y sustancia: "*The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. [...]*".⁸⁴¹

Sobre esta base, concluye que, al prohibir el uso de anticonceptivos –y no sólo regular su producción o venta– se afecta el derecho a la privacidad, vulnerando gravemente el principio de no intromisión innecesaria del estado en las libertades protegidas por la Constitución:

*The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees. And it concerns a law which, in forbidding the use of contraceptives rather than regulating their manufacture or sale, seeks to achieve its goals by means having a maximum destructive stand in light of the familiar principle, so often applied by this Court, that a 'governmental purpose to control or prevent activities constitutionally subject to state regulation may not be achieved by means which sweep unnecessarily broadly and thereby invade the area of protected freedoms [...]'.*⁸⁴²

Según Shapiro, esta sentencia refleja la culminación de una larga discusión acerca de la constitucionalidad de leyes de control de natalidad.⁸⁴³ Se trata de una *majority opinion* cuyos fundamentos acerca del contenido del derecho a la privacidad sirven de precedente para la motivación sostenida en *Roe v. Wade*.

⁸⁴¹ 85 S.Ct. 1678 (U.S.Conn., 1965).

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ Cfr. SHAPIRO, Ian, *op. cit.*, pp. 64-65.

B) THOMAS C. EISENSTADT V. WILLIAM BAIRD (1971)

William Baird fue condenado por la Corte Superior de Massachusetts por vulnerar las normas del estado, en primer lugar, exponiendo y entregando anticonceptivos a un grupo de estudiantes de la Universidad de Boston durante una conferencia sobre contracepción y, en segundo lugar, dándole a una mujer un *Emko vaginal foam* (espuma vaginal/espermicida) en las cercanías de su casa.

En este caso la Corte Suprema estableció, con seis votos a favor y uno en contra, que el Estatuto de Massachusetts (*Section 21, Section 21-A*) que permite a las personas casadas obtener anticonceptivos para evitar el embarazo y prohíbe la distribución de anticonceptivos a personas solteras vulnera la cláusula de Igualdad en la Protección de la Cuarta Enmienda. Califica la prohibición del uso de artículos anticonceptivos como una afrenta hacia los derechos humanos y que no existe y no considera justificable los criterios de prevención de daños a los usuarios de estos artículos o en la inmoralidad de los mismos:

*We agree that the goals of deterring premarital sex and regulating the distribution of potentially harmful articles cannot reasonably be regarded as legislative aims of ss 21 and 21A. And we hold that the statute, viewed as a prohibition on contraception per se, violates the rights of single persons under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment.*⁸⁴⁴

Apelando al derecho a la privacidad, la Corte considera que es primordial en el entendimiento de este derecho que el ciudadano, casado o soltero, se vea libre de intrusiones gubernamentales sin justificación. De igual manera, menciona expresamente que la decisión de tener o no un hijo se encuentra cubierta por este derecho. Es una decisión de los padres, una decisión que solo ellos deben tomar y el estado no debe interferir:

⁸⁴⁴ 92 S.Ct. 1029 (U.S.Mass. 1972).

*If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.*⁸⁴⁵

Como consecuencia de esta sentencia, se amplía el derecho fundamental a utilizar los anticonceptivos a las parejas de hecho, sobre la base de la misma consideración (derecho a la privacidad y la prohibición a los estados de limitar el uso de anticonceptivos).

Será el argumento acerca del derecho a la privacidad como derecho del individuo, soltero o casado, a no sufrir la intromisión del Gobierno en materias que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de engendrar o la de tener un hijo, el que sirva de puente para completar el razonamiento de *Roe v. Wade*.

Quedó abierta la pregunta por la legitimidad constitucional de los métodos interceptivos como la píldora del día después, cuya acción evita que el cigoto recién formado logre implantarse en el útero.⁸⁴⁶

C) UNITED STATES V. VUITCH (1971)

Milan Vuitch, médico de la ciudad de Washington D.C. fue acusado por el Tribunal Federal de Distrito (Columbia) por procurar abortos ilegales, infringiendo la norma Estatal (DC Code Ann. s 22-201) que proscribe el aborto, salvo aquellos casos en que sea necesario para salvar la vida o salvaguardar la salud de la madre.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ Cfr. PERSANO, Fabio. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale statunitense in materia d'aborto I. *Medicina e Morale: Rivista internazionale bimestrale di Bioetica*. 2011, Nuova serie, vol. 61, núm. 4. pp. 628-629.

En esta sentencia, con cinco votos a favor y cuatro en contra, la Corte resuelve afirmando la constitucionalidad de la ley que prohíbe el aborto salvo en los casos que sea necesario para salvaguardar la vida o salud de la madre, precisando que el término "salud" debe ser interpretado como salud física o psíquica, incluso en aquellas situaciones en las que la madre no presente antecedentes de defectos mentales:

*District Judge Waddy construed the statute to permit abortions 'for mental health reasons whether or not the patient had a previous history of mental defects.' Certainly this construction accords with the general usage and modern understanding of the word 'health,' which includes psychological as well as physical well-being. [...] Viewed in this light, the term 'health' presents no problem of vagueness.*⁸⁴⁷

Aunque es el primer fallo que se ocupa del tema del aborto, tuvo poca relevancia en la época y en la doctrina de *Roe v. Wade*, no solo porque confirmó la validez de la ley del Distrito de Columbia que prohibía el aborto⁸⁴⁸ sino porque se trata de una *plurality opinion* y procede de una Corte muy fragmentada ideológica y políticamente, lo cual repercute en las opiniones jurídicas en la sentencia.⁸⁴⁹

1.3. CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO AL ABORTO (1965-1971)

Dos son las sentencias más características de esta etapa: *Roe v. Wade*, mediante la cual se crea jurisprudencialmente el derecho al aborto, a partir de la protección del derecho a la privacidad, libre durante el primer trimestre de embarazo, sujeto a restricciones por salud de la madre en el segundo y, en el tercero, con la posibilidad de ser prohibido por el estado. Por su parte, *Doe v. Bolton*, amplía el

⁸⁴⁷ Cfr. 91 S.Ct. 1294 (U.S.Dist.Col. 1971).

⁸⁴⁸ Cfr. PERSANO, Fabio, *op. cit.*, pp. 630-631.

⁸⁴⁹ De hecho, en este caso, la opinión redactada por el juez Black fue seguida de una concurring opinion del Juez White; los jueces Douglas y Steward plantearon *dissenting-in-part opinion*; el juez Harlan también planteó *dissenting-in-part opinion* a la que se unieron los jueces Brennan y Marshal; el juez Blackmun se unió y presentó *concurring-in-part opinion*. Cfr. KALVEN, Harry Jr. The Supreme Court, 1970 Term. *Harvard Law Review*. 1971, vol 85, núm. 1. pp. 344 y ss.

significado del concepto salud, entendiendo por tal no solo padecimientos físicos sino también mentales, extendiendo el espectro de actuación de la mujer que solicita un aborto luego del primer trimestre.

A) JANE ROE v. HENRY WADE (1973)

Jane Roe, mujer soltera y embarazada, pretende la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que regulan el aborto en el estado de Texas (Arts. 1191-1194 and 1196 of the State's Penal Code) debido a que prohíben esta práctica en cualquier etapa del embarazo y la permiten únicamente cuando la vida de la madre se encuentra en peligro.

La Corte Suprema, en *majority opinion* de siete contra dos, resolvió declarando inconstitucionales las normas de Texas que prohibían el aborto. Afirmó que la decisión y ejecución del aborto hasta el final del primer trimestre corresponde a la mujer embarazada y al criterio del médico que la atiende; luego de este plazo, el estado puede regular, de manera razonable, el procedimiento de aborto en los supuestos de salud materna y, en la etapa posterior a la viabilidad del feto, está facultado, incluso, para proscribir el aborto, excepto cuando sea necesario, según juicio médico, para la preservación de la vida o salud de la madre.

Para decidir sobre la cuestión, toma en consideración el derecho de privacidad, tratado en los casos de *Griswold v. Connecticut* y *Eisenstadt v. Baird*, cuya formulación no existe de manera expresa en la Constitución. Asimismo, a modo de ejemplo, cita varios ámbitos que se incluyen dentro de la privacidad (matrimonio, procreación, contracepción, relaciones familiares, educación y crianza de los hijos):

The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however [...] the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. [...] These decisions

*make it clear that only personal rights that can be deemed 'fundamental' or 'implicit in the concept of ordered liberty,' [...] are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage [...]; procreation, [...]; contraception, [...]; family relationships [...]; and child rearing and education [...].*⁸⁵⁰

Afirma que este derecho a la privacidad le permite a la mujer tomar decisiones sobre asuntos personales, entre ellos, la decisión de abortar. Considera el detrimento que se le puede causar a la madre si ésta se ve obligada a completar un embarazo no deseado, que van desde los daños de orden médico (no especificados en la sentencia) hasta los referentes al estigma que tienen las mujeres embarazadas que aún no han contraído matrimonio:

This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy.

[...]

*Although the results are divided, most of these courts [referencia a casos anteriores] have agreed that the right of privacy, however based, is broad enough to cover the abortion decision; that the right, nonetheless, is not absolute and is subject to some limitations; and that at some point the state interests as to protection of health, medical standards, and prenatal life, become dominant. We agree with this approach.*⁸⁵¹

Sobre la personalidad del feto, precisa que la Constitución no define la palabra "persona" aunque sí la utiliza en diferentes partes del texto. En todos ellos, el contexto de aplicación es postnatal y nada indica que la aplicación prenatal sea posible. En virtud de lo expuesto, rechaza el argumento acerca de la personalidad del feto.⁸⁵²

⁸⁵⁰ 93 S.Ct. 705 (U.S.Tex., 1973).

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² No obstante ello, es interesante advertir la reflexión que presenta como una referencia marginal (nota a pie de página) y que realiza en torno al argumento de la condición de persona del feto

No obstante lo anterior, reconoce que si el feto fuera una persona reconocida en el lenguaje y significado de la Décimo Cuarta Enmienda, entonces, los argumentos esgrimidos sobre la privacidad carecen de relevancia ya que este tendría un derecho a la vida protegido por la Constitución:

*The appellee and certain amici argue that the fetus is a 'person' within the language and meaning of the Fourteenth Amendment. In support of this, they outline at length and in detail the well-known facts of fetal development. If this suggestion of personhood is established, the appellant's case, of course, collapses, for the fetus' right to life would then be guaranteed specifically by the Amendment.*⁸⁵³

Por otro lado, sostiene que el punto decisivo que permite regular el aborto e incluso prohibirlo atendiendo al interés legítimo del estado de proteger en la vida potencial, es la viabilidad puesto que, en esta etapa, el feto puede ser capaz de vivir fuera del vientre de la madre:

With respect to the State's important and legitimate interest in potential life, the 'compelling' point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother's womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that

sobre la bases de las leyes propias de Texas respecto al aborto: "FN54. When Texas urges that a fetus is entitled to Fourteenth Amendment protection as a person, it faces a dilemma. Neither in Texas nor in any other State are all abortions prohibited. Despite broad proscription, an exception always exists. The exception contained in Art. 1196, for an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother, is typical. But if the fetus is a person who is not to be deprived of life without due process of law, and if the mother's condition is the sole determinant, does not the Texas exception appear to be out of line with the Amendment's command? [...] There are other inconsistencies between Fourteenth Amendment status and the typical abortion statute. It has already been pointed out, n. 49, supra, that in Texas the woman is not a principal or an accomplice with respect to an abortion upon her. If the fetus is a person, why is the woman not a principal or an accomplice? Further, the penalty for criminal abortion specified by Art. 1195 is significantly less than the maximum penalty for murder prescribed by Art. 1257 of the Texas Penal Code. If the fetus is a person, may the penalties be different?". Ibid. Una reflexión interesante sobre el derecho a la vida del feto antes o después de la viabilidad, a la luz de la sentencia de Roe v. Wade, cfr. PERRY, Michael J. *Constitutional rights, moral controversy, and the Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 131-167.

⁸⁵³ Ibid.

*period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother.*⁸⁵⁴

Bajo estas premisas, se establece un sistema de plazos que abarca periodos en los cuales la decisión le compete sólo a la mujer embarazada y su médico (antes del final del primer trimestre) y periodos en los cuales el estado puede intervenir para tutelar la vida y salud de la madre (segundo trimestre) o proteger los intereses de la vida humana potencial (periodo que sigue a la viabilidad del feto):

(a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician.

(b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health.

*(c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.*⁸⁵⁵

Se reconoce, pues, un interés legítimo del estado en la protección de la vida humana potencial pero circunscrito a un plazo determinado (después del momento de viabilidad) y subordinado al derecho de la mujer a abortar en cualquier momento o a la protección de su salud. En los años subsiguientes a *Roe*, distintas modificaciones al derecho constitucional que este creó fueron agregadas por la cambiante mayoría relativa en la Corte Suprema.⁸⁵⁶

Persano nota dos acontecimientos relativos a este caso que merecen ser mencionados: Primero, que en la época de la sentencia, *Roe* ya había dado a luz

⁸⁵⁴ *Ibid.*

⁸⁵⁵ *Ibid.*

⁸⁵⁶ Cfr. SHAPIRO, Ian, *op. cit.*, pp. 24-25.

y, por tanto, la Corte pudo no haber examinado la cuestión por carencia de relevancia pero decidió entrar en materia para establecer criterios homogéneos en casos similares. Segundo, que la mujer denominada bajo el seudónimo "Jane Roe" reveló su identidad (Norma McCorvey) y declaró estar feliz de no haber tenido un aborto y confesó que había mentido –cuando afirmó que había quedado embarazada luego que fuera violada por una pandilla– para suscitar la adhesión de la opinión pública estadounidense.⁸⁵⁷

B) DOE V. BOLTON (1973)

Mary Doe y otros solicitan la inconstitucionalidad de las leyes del estado de Georgia relativas al aborto (*26-1201 through 26-1203 of the State's Criminal Code*) por considerar que ha sido afectado su derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener y, por ende, su derecho a la privacidad y libertad.

Doe, de 22 años, mujer indigente casada queda embarazada (sería su cuarto hijo) deseaba abortar por considerarse incapaz de cuidar un hijo (los dos primeros quedaron en custodia del estado y el tercero fue dado en adopción). Su esposo la había abandonado y sus padres, con ocho hijos, se encontraban en una situación similar. Su solicitud fue denegada por no cumplir los requisitos establecidos en las normas de Georgia sobre aborto en el caso de más de ocho semanas de embarazo.

La Corte, en *majority opinion* de siete contra dos al igual que el caso anterior, declaró inconstitucional las partes del Código Criminal de Georgia que exigían como requisito para abortar lo siguiente: la práctica en hospitales o *facilities* (centros) acreditados por *The Joint Commission on Accreditation of Hospitals*; la formación de un Comité de Aborto del hospital; la confirmación de otros médicos

⁸⁵⁷ Cfr. PERSANO, Fabio, *op. cit.*, pp. 631-632. Asimismo, cabe advertir que Norma McCorvey ha escrito dos libros (*I am Roe* y *Won by Love*) en los que manifiesta su tendencia activista en contra del aborto legal.

considerando suficiente la opinión del médico tratante y la limitación de acceso sólo para los ciudadanos residentes de Georgia. De otro lado, declara constitucional exigir que la decisión del médico sobre el aborto se sustente en su mejor juicio clínico de necesidad.

Esta sentencia aunque es menos conocida que *Roe v. Wade*, es interesante porque precisa y amplía el concepto de salud en el marco de la práctica del aborto. Mientras que en casos anteriores el término "salud" se entendió referente a salud física y mental, aquí abarca factores físicos, emocionales, psicológicos, familiares y la edad de la mujer:

*[...] the medical judgment may be exercised in the light of all factors –physical, emotional, psychological, familial, and the woman's age– relevant to the well-being of the patient. All these factors may relate to health. This allows the attending physician the room he needs to make his best medical judgment.*⁸⁵⁸

Bajo estas premisas, en combinación con los argumentos esgrimidos en *Roe v. Wade*, una mujer puede, prácticamente, procurarse un aborto en cualquier momento, bajo cualquier circunstancia y con un grado de subjetividad mucho mayor.

1.4. REQUERIMIENTOS DE CONSENTIMIENTO E INFORMACIÓN (1976-1986)

Las sentencias que siguen recogen precedentes acerca del consentimiento requerido en caso de aborto de menores de edad o de la cónyuge, la posibilidad del "veto parental" y la licitud del requerimiento del consentimiento informado escrito de la mujer que desea abortar.

⁸⁵⁸ 93 S.Ct. 739 (U.S.Ga. 1973).

Asimismo, incluimos una sentencia que aborda el tema de la constitucionalidad de las disposiciones estatales que prohíben el financiamiento de programas que promuevan el aborto con fondos públicos para temas de planificación familiar (*Rust v. Sullivan*, 1991).

A) *PLANNED PARENTHOOD OF CENTRAL MISSOURI V. DANFORTH (1976)*

Planned Parenthood of Central Missouri, centro sin fines de lucro dedicado a la práctica del aborto y algunos médicos solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que regulan el aborto del estado de Missouri.

La Corte, con cinco votos a favor y cuatro en contra, declaró inconstitucional las disposiciones referidas a la necesidad del consentimiento del cónyuge o de los padres (de menores de edad); la prohibición del procedimiento abortivo de *saline amniocentesis* después de las primeras 12 semanas de embarazo; y la obligación del médico de actuar con la diligencia profesional debida para preservar la vida del feto y de la salud, bajo pena de responsabilidad penal y civil. Por otro lado, afirma la constitucionalidad de la definición legal de viabilidad como aquel punto en el que el feto es potencialmente capaz de vivir fuera del vientre de la madre aunque con ayuda artificial; de la obligación de requerir a la mujer el consentimiento informado escrito para el aborto y de los requisitos de presentación de informes y mantenimiento de registros sobre aborto.

Sobre la viabilidad del feto, afirma que se trata de una cuestión técnica, controlable por los médicos en cada caso concreto, no pudiendo determinarse de manera genérica como una cuestión de número de semanas de gestación:

[...] we agree with the District Court that it is not the proper function of the legislature or the courts to place viability, which essentially is a medical concept, at a specific point in the gestation period. The time when viability is achieved may vary with each pregnancy, and the determination of whether a particular fetus is

*viable is, and must be, a matter for the judgment of the responsible attending physician. [...] We thus do not accept appellants' contention that a specified number of weeks in pregnancy must be fixed by statute as the point of viability.*⁸⁵⁹

Con respecto al consentimiento de la madre, considera que el hecho de que el estado solicite a mujer su consentimiento escrito no es someter el procedimiento una carga irracional. De igual manera, menciona expresamente que, dada la trascendencia y complejidad de la decisión, la mujer debería estar informada totalmente sobre la naturaleza y las posibles consecuencias del procedimiento:

*The decision to abort, indeed, is an important, and often a stressful one and it is desirable and imperative that it be made with full knowledge of its nature and consequences. The woman is the one primarily concerned, and her awareness of the decision and its significance may be assured, constitutionally, by the State to the extent of requiring her prior written consent. We could not say that a requirement imposed by the State that a prior written consent for any surgery would be unconstitutional. As a consequence, we see no constitutional defect in requiring it only for some types of surgery [...] or, for that matter, for abortions.*⁸⁶⁰

A sabiendas de las consecuencias futuras sobre la estabilidad matrimonial, no considera aceptable un derecho de veto del cónyuge. Sostiene que el estado no puede regular o proscribir el aborto durante la primera etapa de gestación ni puede delegar autoridad a ninguna persona en particular, incluso el cónyuge, para prevenir el aborto durante el mismo período de tiempo. La decisión es solamente de la mujer (unilateral), ya que esta es –afirma la Corte– la afectada directamente por el embarazo:

[...] since the State cannot regulate or proscribe abortion during the first stage, when the physician and his patient make that decision, the State cannot delegate authority to any particular person, even the spouse, to prevent abortion during that same period. [...] we recognize that the decision whether to undergo or

⁸⁵⁹ 96 S.Ct. 2831 (U.S.Mo., 1976).

⁸⁶⁰ *Ibid.*

*to forego an abortion may have profound effects on the future of any marriage, effects that are both physical and mental, and possibly deleterious. Notwithstanding these factors, we cannot hold that the State has the constitutional authority to give the spouse unilaterally the ability to prohibit the wife from terminating her pregnancy, when the State itself lacks that right. [...] Inasmuch as it is the woman who physically bears the child and who is the more directly and immediately affected by the pregnancy, as between the two, the balance weighs in her favor.*⁸⁶¹

De igual forma, tampoco puede el estado imponer como requisito general para la práctica del aborto de una menor de edad la necesidad del consentimiento de los padres o análogos, dentro de las primeras doce semanas de embarazo.

*State may not impose a blanket provision [...] requiring the consent of a parent or person In loco parentis as a condition for abortion of an unmarried minor during the first 12 weeks of her pregnancy.*⁸⁶²

Con relación al método de aborto que implica la extracción del líquido amniótico y su remplazo por solución salina, afirma que no cabe su prohibición luego la semana 12 de embarazo debido a que el empleo de este procedimiento es más seguro que las alternativas, las cuales no son de fácil acceso y, en consecuencia, su proscripción no estaría en el mejor interés de la madre.

B) BELLOTTI V. BAIRD (1976)

William Baird y otros solicitan la inconstitucionalidad de la ley del estado de Massachusetts que regula los tipos de consentimiento, incluido el consentimiento parental necesario respecto a una menor de edad soltera (menor de 18 años) que desee abortar, o en defecto de estos el de la corte o su guardián legal. Consideran

⁸⁶¹ *Ibid.*

⁸⁶² *Ibid.*

que esta norma viola el debido proceso y la protección igualitaria que la norma debe proveer.

La sentencia declara *vacated* o inválido el fallo de la Corte de Distrito de Massachusetts y lo reenvía. Sus fundamentos son imprecisos y no examina de manera directa la constitucionalidad de la ley dado que ha ocurrido un error procedimental –acerca de la interpretación/alcances del estatuto materia del litigio– que debe ser resuelto, primero, por la Corte Suprema del estado de Massachusetts.

No obstante lo anterior, efectúa ciertas precisiones importantes. En primer lugar, afirma que la interpretación del Estatuto en cuestión no puede admitir la creación de "veto parental" que someta la decisión de una madre menor de edad a la voluntad de sus padres ni la imposición de cargas excesivas a una menor capaz de proveer un consentimiento informado. En segundo lugar, aunque no profundiza sobre su contenido, hace varias referencias al consentimiento informado de la madre:

*We do not accept appellees' assertion that the Supreme Judicial Court of Massachusetts inevitably will interpret the statute so as to create a "parental veto" require the superior court to act other than in the best interests of the minor, or impose undue burdens upon a minor capable of giving an informed consent.*⁸⁶³

Bajo estos presupuestos, los fundamentos esgrimidos validan la inconstitucionalidad de la norma que solicita el consentimiento de los padres en el caso de la madre soltera menor de edad, tal como se apreció en *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*.

⁸⁶³ 96 S.Ct. 2857 (U.S.Mass., 1976).

C) CITY OF AKRON V. AKRON CENTER FOR REPRODUCTIVE HEALTH (1983)

Akron Center for Reproductive Health, Inc. y otros solicitan que se declare la inconstitucionalidad de las normas de la Ordenanza de la Ciudad de Akron, Ohio (núm. 1870.03, 1870.05(B), 1870.06(B), 1870.06(C), 1870.07, 1870.16 de la *Ordinance No. 160-1978 Regulation of Abortions*) mediante las cuales se requiere que todos los abortos después del primer trimestre se realicen en un hospital; se prohíbe a los médicos realizar un aborto a una mujer soltera menor de 15 años sin el consentimiento de sus padres, se prescribe que la madre sea informada del estado de su embarazo y todos los aspectos pertinentes sobre el procedimiento, tales como complicaciones físicas y emocionales, agencias de ayuda para adopción, anticoncepción, etc.; se prohíbe que un médico realice un aborto hasta 24 horas después de la firma del consentimiento informado de la mujer embarazada y se exige que los médicos que practican abortos se aseguren que los restos fetales sean eliminados de una "manera humana y sanitaria".

La Corte Suprema resolvió, seis votos contra tres, que las disposiciones de la ordenanza relativa a la ejecución de todos los abortos en el segundo trimestre en un hospital, el consentimiento de los padres, el consentimiento informado de la mujer, el período de espera de 24 horas y la eliminación de los restos fetales eran inconstitucionales e inválidas.

En las consideraciones iniciales de la sentencia, a manera de introducción, afirma que el interés del estado en la regulación del aborto no puede interferir en el derecho a abortar reconocido en *Roe v. Wade*, particularmente en el primer trimestre de embarazo. Esto no significa que un estado no pueda en algún caso regular el aborto en este periodo, siempre que se traten de normas que no produzcan un impacto significativo en el ejercicio del derecho de la mujer y se justifiquen en objetivos de salud importantes para el estado, por ejemplo, que la mujer brinde su consentimiento informado al aborto de manera escrita y que el médico conserve ciertos registros:

*This does not mean that a State never may enact a regulation touching on the woman's abortion right during the first weeks of pregnancy. Certain regulations that have no significant impact on the woman's exercise of her right may be permissible where justified by important state health objectives. In Danforth [...] we unanimously upheld two Missouri statutory provisions, applicable to the first trimester, requiring the woman to provide her informed written consent to the abortion and the physician to keep certain records, even though comparable requirements were not imposed on most other medical procedures.*⁸⁶⁴

Sobre la limitación respecto a la realización de abortos después de a segunda semana solo en hospitales y con obligación de la mujer de permanecer en el hospital, concluyó que estas situaciones podrían causar cargas innecesarias para la mujer y no es indispensable para cuidar la salud de la mujer ya que el procedimiento de dilatación y evacuación es lo suficientemente seguro en sí mismo como para ser realizado en clínicas ambulatorias y sin necesidad de hospitalización:

*These developments, and the professional commentary supporting them, constitute impressive evidence that—at least during the early weeks of the second trimester—D & E abortions may be performed as safely in an outpatient clinic as in a full-service hospital. We conclude, therefore, that "present medical knowledge," [...] convincingly undercuts Akron's justification for requiring that all second-trimester abortions be performed in a hospital. [...] By preventing the performance of D & E abortions in an appropriate nonhospital setting, Akron has imposed a heavy, and unnecessary, burden on women's access to a relatively inexpensive, otherwise accessible, and safe abortion procedure.*⁸⁶⁵

Sobre las menores de edad, reitera que no se puede otorgar un poder de veto a los padres y que debe existir algún mecanismo alternativo para el otorgamiento del "permiso" para abortar. Los derechos constitucionales de los menores deben ser respetados y, por tanto, no subordinados, con carácter de necesidad, a los intereses del estado o de los padres:

⁸⁶⁴ 103 S.Ct. 2481 (U.S., 1983).

⁸⁶⁵ *Ibid.*

*Under these decisions, it is clear that Akron may not make a blanket determination that all minors under the age of 15 are too immature to make this decision or that an abortion never may be in the minor's best interests without parental approval. [...] Akron's ordinance does not create expressly the alternative procedure required [...].*⁸⁶⁶

Con respecto al *informed consent*, realiza algunas precisiones. En primer lugar, señala que el consentimiento debe de ser libre y que, aunque el estado tiene autoridad para decidir qué información debe ser otorgada a la mujer antes de elegir practicarse un aborto, la responsabilidad principal corresponde al médico tratante que debe asegurarse que la paciente recibe la información conveniente, según su situación concreta. La regulación del deber de información no debe diseñarse para influir en la decisión de optar por el aborto o nacimiento:

*This does not mean, however, that a State has unreviewable authority to decide what information a woman must be given before she chooses to have an abortion. It remains primarily the responsibility of the physician to ensure that appropriate information is conveyed to his patient, depending on her particular circumstances. Danforth's recognition of the State's interest in ensuring that this information be given will not justify abortion regulations designed to influence the woman's informed choice between abortion or childbirth.*⁸⁶⁷

En segundo lugar, considera que los requisitos de información contenidos en la Ordenanza exceden los límites permitidos y devienen en meras tácticas de influencia respecto a la decisión que la mujer tomará (v.gr. informar que el feto es una vida humana desde el momento de la concepción, las características anatómicas y fisiológicas del niño no nacido, o la descripción de numerosas posibles complicaciones físicas y psicológicas del aborto, lo que puede sugerir que el aborto es un procedimiento particularmente peligroso). Además, esta regulación exhaustiva interfiere en la facultad discrecional del médico que atiende a la embarazada:

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ *Ibid.*

Viewing the city's regulations in this light, we believe that 1870.06(B) attempts to extend the State's interest in ensuring "informed consent" beyond permissible limits. First, it is fair to say that much of the information required is designed not to inform the woman's consent but rather to persuade her to withhold it altogether.[...] And subsection (5), that begins with the dubious statement that "abortion is a major surgical procedure" and proceeds to describe numerous possible physical and psychological complications of abortion is a "parade of horrors" intended to suggest that abortion is a particularly dangerous procedure.[...]

Consistent with its interest in ensuring informed consent, a State may require that a physician make certain that his patient understands the physical and emotional implications of having an abortion. But Akron has gone far beyond merely describing the general subject matter relevant to informed consent. By insisting upon recitation of a lengthy and inflexible list of information, Akron unreasonably has placed "obstacles in the path of the doctor upon whom [the woman is] entitled to rely for advice in connection with her decision."⁸⁶⁸

En tercer lugar, afirma que si bien es cierto que solicitar el consentimiento informado escrito de la mujer es constitucional, aunque admite que el requerimiento de información de la norma (1870.06(C)) es apropiado, la declara inconstitucional porque considera que no solo el *attending physician* puede brindar esta información sino cualquier persona cualificada para tal efecto, de acuerdo al estándar que establezca el estado para garantizar la protección de la salud de la mujer. Sin perjuicio de ello, también puede regularse como responsabilidad del médico tratante verificar que la información relevante ha sido transmitida:

The State's interest is in ensuring that the woman's consent is informed and unpressured; the critical factor is whether she obtains the necessary information and counseling from a qualified person, not the identity of the person from whom she obtains it. [...] A State may define the physician's responsibility to include verification that adequate counseling has been provided and that the woman's consent is informed. In addition, the State may

⁸⁶⁸ *Ibid.*

*establish reasonable minimum qualifications for those people who perform the primary counseling function.*⁸⁶⁹

De igual manera, la Corte señala que no se puede establecer un requerimiento de tiempo de espera si es que la mujer ya ha conformado su consentimiento (el cual debe ser escrito e informado) y está lista para tomar una decisión: "[...] *if a woman, after appropriate counseling, is prepared to give her written informed consent and proceed with the abortion, a State may not demand that she delay the effectuation of that decision*".⁸⁷⁰

Este precedente ha sido dejado sin efecto (*overruled*) por la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992) que expondremos más adelante.⁸⁷¹

D) HODGSON V. MINNESOTA (1990)

Dr. Jane Hodgson solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la normativa sobre aborto del estado de Minnesota que exigía, en el caso de aborto a menores de edad, el transcurso de un plazo de espera antes de la intervención no menor de 48 horas después de haber sido notificada su decisión a ambos padres, salvo que la menor declare ser víctima de negligencia o abuso por parte de aquellos. Asimismo, disponía que el requisito del consentimiento parental podía ser

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ Esta revocación ha sido reconocida por sentencias posteriores y en temáticas variadas: *Rice v. Family Planning Clinic for Reproductive Health*, 1993 (Tenn.Ct.App. Apr 07, 1993), *Preterm Cleveland v. Voinovich* (Ohio App. 10 Dist. Jul 27, 1993), *Pollard v. Pollard* (15 Conn. L. Rptr. 330. Aug 25, 1995), *Mazurek v. Armstrong* (520 U.S. 968, 117 S.Ct. 1865. Jun 16, 1997), *Manning v. Hunt* (119 F.3d 254. 4th Cir.(N.C.) Jul 11, 1997), *Decker v. Carroll Academy* (Tenn.Ct.App. May 26, 1999), *Planned Parenthood of Middle Tennessee v. Sundquist* (38 S.W.3d 1.Tenn. Sep 15, 2000), *People v. Higuera* (244 Mich.App. 429. Jan 30, 2001) *State v. Planned Parenthood of Alaska* (35 P.3d 30. Nov 16, 2001), *Planned Parenthood of Minnesota/South Dakota v. Janklow* (216 F.Supp.2d 983. Aug 14, 2002), *Planned Parenthood of Delaware v. Brady* (250 F.Supp.2d 405. D.Del. Mar 14, 2003), *Cincinnati Women's Services, Inc. v. Taft* (466 F.Supp.2d 934. S.D.Ohio Sep 08, 2005), *Planned Parenthood Minnesota v. Rounds* (467 F.3d 716. 8th Cir.(S.D.) Oct 30, 2006), *Gonzales v. Carhart* (127 S.Ct. 1610. U.S., 2007), *Center for Individual Freedom v. Madigan* (697 F.3d 464. 7th Cir.(Ill.) Sep 10, 2012), entre otras.

remplazado por un orden judicial que permita proceder sin notificar a los padres, cuando la menor sea considerada apta para prestar un *informed consent* o cuando la decisión de sus padres no proteja sus mejores intereses.

La Corte, con cinco votos a favor y cuatro en contra, declara constitucional la norma impugnada afirmando que si bien el requisito de notificar a ambos padres acerca de la decisión del aborto de la menor no promueve razonablemente ningún interés legislativo estatal, su constitucionalidad es salvada en la medida que regula como mecanismo alternativo un *bypass* judicial.

Aunque reafirma el derecho de las menores de edad a abortar, establece ciertas limitaciones al libre ejercicio del mismo debido al reconocimiento del interés válido del estado en pretender que haya cierta comunicación entre los padres o el padre/madre con su hija sobre el asunto en cuestión. Así, para resolver acerca del periodo de espera de 48 horas y la necesidad de notificar a los padres la decisión de abortar, apela al interés del estado en tutelar los intereses de ciudadanos más jóvenes cuya inexperiencia puede llevarlos a tomar decisiones no razonables, el interés de los padres por controlar la educación de sus hijos y la importancia que la Corte le otorga a la familia y su derecho esencial a concebir y educar a sus hijos.

Sobre el plazo de espera, afirma que el estado, con legítimo interés, puede promulgar leyes diseñadas para ayudar al padre o madre que asume la "responsabilidad primaria" de velar por el bienestar de la menor. Bajo esta premisa, el plazo de 48 horas provee al padre la oportunidad de consultar con su cónyuge o médico familiar la competencia del médico abortista, conversar acerca de las implicaciones religiosas o morales con la menor y proveer la dirección y el consejo necesario sobre como la decisión afectará su futuro:

We think it is clear that a requirement that a minor wait 48 hours after notifying a single parent of her intention to get an abortion would reasonably further the legitimate state interest in ensuring

that the minor's decision is knowing and intelligent. We have held that when a parent or another person has assumed "primary responsibility" for a minor's well-being, the State may properly enact "laws designed to aid discharge of that responsibility

[...]

*The brief waiting period provides the parent the opportunity to consult with his or her spouse and a family physician, and it permits the parent to inquire into the competency of the doctor performing the abortion, discuss the religious or moral implications of the abortion decision, and provide the daughter needed guidance and counsel in evaluating the impact of the decision on her future.*⁸⁷²

Con relación a la notificación a los padres sostiene que este requerimiento no abraza razonablemente ningún interés legítimo del estado. Tal interés de apoyar la autoridad del padre que –se entiende– actúa en el mejor interés de la menor para asegurar que la decisión de abortar sea informada, inteligente y deliberada, estaría plenamente asegurado si el requisito de notificar se refiere a uno solo de ellos:

*The requirement that both parents be notified, whether or not both wish to be notified or have assumed responsibility for the upbringing of the child, does not reasonably further any legitimate state interest. Any such interest in supporting the authority of a parent, who is presumed to act in the minor's best interest, to assure that the abortion decision is knowing, intelligent, and deliberate, would be fully served by a one-parent notification requirement as to functioning families, where notice to either parent would normally constitute notice to both.*⁸⁷³

Considera que el *bypass* judicial establecido para manejar las excepciones a la regla general –y mantener así la constitucionalidad de la disposición– es muy diferente a requerir al menor o que acuda a la Corte para solicitar permiso para evitar la aplicación de la norma que exige la notificación a los dos padres. En virtud de su mayor interés y la posición superior de la menor, solo ésta y su padre

⁸⁷² 110 S.Ct. 2926 (U.S.Minn., 1990).

⁸⁷³ *Ibid.*

"responsable" deben tener la oportunidad de decidir a quién, si existe, debe notificarse la decisión de abortar:

*A judicial bypass that is designed to handle exceptions from a reasonable general rule, and thereby preserve the constitutionality of that rule, is quite different from a requirement that a minor—or a minor and one of her parents—must apply to a court for permission to avoid the application of a rule that is not reasonably related to legitimate state goals. [...] As the Court of Appeals panel originally concluded, the "minor and custodial parent [...] by virtue of their major interest and superior position, should alone have the opportunity to decide to whom, if anyone, notice of the minor's abortion decision should be given."*⁸⁷⁴

En esta decisión, según se desprende de lo dicho, la Corte confirma la legitimidad constitucional de una norma que exige al médico informar al padre acerca de la voluntad de la menor de abortar, sin perjuicio de la libertad de realizarlo sin su consentimiento a través de un *bypass* judicial.

E) RUST V. SULIVAN (1991)

Irving Rust y otros solicitan la declaración de inconstitucionalidad de la disposición del Departamentos de Salud y Servicios Humanos (HHS) de New York que prohíbe a los proyectos financiados por el Título X (fondos públicos) participar en temas relacionados con el aborto: asistencia o consejería para el aborto y/o remisión y actividades encaminadas a considerar el aborto como un método de planificación familiar.

La Corte Suprema, con cinco votos a favor y cuatro en contra, declaró la constitucionalidad de las disposiciones afirmando que la prohibición legal de uso de fondos no vulnera la libertad de expresión de los receptores de fondos del

⁸⁷⁴ *Ibid.*

Título X, su personal o pacientes y, tampoco, se vulnera el derecho de la mujer a abortar ni se afecta de manera desmedida la relación médico-paciente.

Precisa que el Gobierno puede, sin transgredir la Constitución, financiar selectivamente un programa para alentar ciertas actividades que cree son de interés público, sin financiar, al mismo tiempo, un programa alternativo que busque lidiar con el mismo problema de otra manera. Al hacer esto, el Gobierno no discrimina, solo ha elegido un programa en vez de otro. En este marco, cuando asigna fondos públicos para un programa determinado, tiene la prerrogativa de definir los límites del mismo:

*The Government can, without violating the Constitution, selectively fund a program to encourage certain activities it believes to be in the public interest, without at the same time funding an alternative program which seeks to deal with the problem in another way. In so doing, the Government has not discriminated on the basis of viewpoint; it has merely chosen to fund one activity to the exclusion of the other. [...] when the Government appropriates public funds to establish a program it is entitled to define the limits of that program.*⁸⁷⁵

De igual manera, sostiene que esta normativa tampoco infringe los derechos constitucionales de los empleados, al limitar la información que estos pueden brindar cuando actúan en nombre del programa que recibe financiamiento del estado bajo el Título X pues su finalidad es financiar programas de planificación familiar de tipo preconcepcional y no post-embarazo. Por tanto, no existe obligación amparable en la Constitución de divulgar datos relacionados con el aborto.

Como puede apreciarse, esta decisión otorga legitimidad constitucional al recorte de los fondos federales destinados a las actividades que promueven el aborto.

⁸⁷⁵ 111 S.Ct. 1759 (U.S.N.Y., 1991).

1.5. NUEVO ENFOQUE DEL DERECHO AL ABORTO (1989-2007)

A continuación, presentamos algunas sentencias que constituyen auténticos límites al derecho constitucional al aborto. *Webster v. Reproductive Health Services* (1989) rechaza expresamente el rígido esquema trimestral establecido en *Roe* y permite limitaciones y prohibiciones que pretenden destinar recursos públicos en abortos que no tengan una finalidad terapéutica.

En *Planned Parenthood v. Casey* (1992) la Corte Suprema si bien reafirma el derecho de la mujer a abortar antes del punto de viabilidad, reconoce la existencia de un legítimo interés por parte del estado de velar por la salud de la mujer y la vida prenatal, de tal forma que pueda establecer normas que buscan persuadir a la madre a continuar con el embarazo. Para la protección adecuada del derecho mencionado, la Corte aplicará el *undue burden test* con el fin de evaluar las restricciones al aborto antes de la viabilidad. Considera que los requisitos de consentimiento informado, el período de espera de 24 horas y el consentimiento parental no imponen una carga indebida.

En *Stenberg v. Carhart* (2000), la Corte anula una disposición que prohíbe el procedimiento abortivo de D&X sin contener excepción alguna para asegurar la preservación de la salud de la madre.

Finalmente, en *Gonzales v. Carhart* (2007), reconoce la constitucionalidad de la ley que prohíbe el aborto por nacimiento parcial, promovida a partir del interés del estado en proteger y respetar la vida humana incluso la del no nacido y el derecho a la información previa, verídica y completa de las mujeres que desean abortar por este método.

A) WEBSTER V. REPRODUCTIVE HEALTH SERVICES (1989)

Reproductive Health Services y otros solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de las leyes del estado de Missouri que regulan el aborto. El preámbulo del Estatuto indica que "la vida del cada ser humano se inicia con la concepción" y que "los niños no nacidos tienen intereses protegibles en cuanto a la vida, salud y bienestar". De igual forma, las leyes impugnadas contienen disposiciones que exigen al médico tratante que verifique la viabilidad de las mujeres que podrían tener más de 20 semanas de embarazo mediante los exámenes médicos necesarios; prohíben usar hospitales o centros públicos para efectuar abortos no necesarios para salvar la vida de la madre y el uso de cualquier tipo de recurso público (personas, fondos, centros) en estos casos.

El Procurador General de los Estados Unidos, el Secretario General de Justicia Adjunto, entre otros, presentaron en calidad de *amicus curiae* una carta solicitando la revocación de la decisión en el caso *Roe v. Wade*.

La Corte, con cinco votos a favor y cuatro en contra, declara constitucional los contenidos de la normativa apelada. Manifiesta que no procede en esta instancia examinar la constitucionalidad del preámbulo del Estatuto de Missouri; que la prohibición legal de destinar empleados e instalaciones públicos para el funcionamiento o la asistencia de abortos no terapéuticos no contraviene la Constitución y que la constitucionalidad de la prohibición legal acerca del uso de fondos públicos para fomentar o aconsejar a las mujeres tener abortos no terapéuticos era discutible.

Sobre el contenido del preámbulo del estatuto que establece que la vida humana se inicia con la concepción y que, dada la existencia de un interés del estado en su vida, salud y bienestar, el concebido debe ser protegido, afirma la constitucionalidad del preámbulo en la medida que no regula *per se* ninguna práctica abortiva.

Estima que la disposición acerca de la prohibición de abortos no terapéutico en hospitales es constitucional ya que estos no tienen por qué "estar en el negocio de...". Se considera que la situación sería diferente teniendo el estado un sistema de medicina socializado (*socialized medicine*): *"Nothing in the Constitution requires States to enter or remain in the business of performing abortions. [...] Thus we uphold the Act's restrictions on the use of public employees and facilities for the performance or assistance of nontherapeutic abortions"*.⁸⁷⁶

Con relación a la disposición que requiere exámenes de viabilidad a las mujeres a partir de las 20 semanas de embarazo, aprecia su constitucionalidad señalando que, fuera del plazo (primer trimestre de embarazo) –establecido en la sentencia *Roe v. Wade*– en el que no se permite limitar o interferir en la decisión de la mujer, el estado tiene potestad para regular el aborto como crea conveniente, siempre y cuando se mantenga abierta la posibilidad del aborto necesario para salvar la vida o procurar la salud de la madre:

*[...] a State could not "justify" an abortion regulation otherwise invalid under Roe v. Wade on the ground that it embodied the State's view about when life begins. Certainly the preamble does not by its terms regulate abortion or any other aspect of appellees' medical practice.*⁸⁷⁷

En atención a algunos precedentes en materia de aborto, tres jueces de la Corte (Rehnquist, White y Kennedy) consideraron procedente reconsiderar el caso *Roe v. Wade*. Afirmaron que la duda sobre el estatuto de Missouri no es tanto un defecto en la ley sino un reflejo de la rigidez del análisis trimestral efectuado en *Roe v. Wade* que ha supuesto en sentencias posteriores, como *Colautti v. Akron*, hacer del derecho constitucional en esta materia un virtual "lecho de Procusto":

We think that the doubt cast upon the Missouri statute by these cases is not so much a flaw in the statute as it is a reflection of the

⁸⁷⁶ 109 S.Ct. 3040 (U.S.Mo., 1989).

⁸⁷⁷ *Ibid.*

*fact that the rigid trimester analysis of the course of a pregnancy enunciated in Roe has resulted in subsequent cases like Colautti and Akron making constitutional law in this area a virtual Procrustean bed.*⁸⁷⁸

Asimismo, afirmaron que si bien la *Stare decisis* es una piedra angular del sistema legal norteamericano, tiene menos relevancia en casos constitucionales, donde, con excepción de las enmiendas constitucionales, la Corte Suprema es el único órgano capaz de efectuar los cambios necesarios en casos en que se demuestra que el precedente contiene principios erróneos e inviables en la práctica, como es el caso del marco trimestral establecido en *Roe*:

*Stare decisis is a cornerstone of our legal system, but it has less power in constitutional cases, where, save for constitutional amendments, this Court is the only body able to make needed changes [...] We have not refrained from reconsideration of a prior construction of the Constitution that has proved "unsound in principle and unworkable in practice." [...] We think the Roe trimester framework falls into that category.*⁸⁷⁹

En este sentido, la *plurality opinion* rechaza expresamente el rígido esquema de plazos de *Roe*. Sostiene que se trata de una formulación difícilmente consistente con la idea de una Constitución configurada con términos genéricos como la norteamericana y expresada usualmente en principios generales.⁸⁸⁰ No encuentra justificación en limitar el interés del estado en proteger la vida potencial debe comenzar a existir sólo a partir del momento de viabilidad y no antes. Tampoco

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ "In the first place, the rigid Roe framework is hardly consistent with the notion of a Constitution cast in general terms, as ours is, and usually speaking in general principles, as ours does. The key elements of the Roe framework -- trimesters and viability -- are not found in the text of the Constitution, or in any place else one would expect to find a constitutional principle. Since the bounds of the inquiry are essentially indeterminate, the result has been a web of legal rules that have become increasingly intricate, resembling a code of regulations rather than a body of constitutional doctrine". *Ibid.*

ve necesaria la existencia de una línea rígida trimestral, basta con permitir la regulación estatal después del momento de viabilidad y no antes de la misma.⁸⁸¹

El juez Scalia objetó la *majority opinion* únicamente en el sentido de que no era suficiente reconsiderar algunos aspectos de *Roe* sino que la Corte debió revocar este precedente punto por punto. Afirma que la "mansión" de la constitucionalizada normativa jurídica referida al aborto, construida apresuradamente en *Roe v. Wade*, debe ser desmantelada parte por parte.⁸⁸²

Respecto a la oposición al esquema trimestral, la Jueza O'Connor se había pronunciado a favor de la misma en su *dissenting opinion* en el caso *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists* (1985).⁸⁸³ Por su parte, el Juez Blackmun –en su *dissenting opinion*– afirmó que sólo cuatro jueces votaron a favor de mantener incólume *Roe v. Wade*, por lo que los signos de cambio parecen evidentes.

Según Shapiro, los jueces a favor de la revocatoria de *Roe* no estaban todavía preparados para proponer la regulación de los abortos previos a la viabilidad. Si bien se había rechazado el esquema trimestral de *Roe* y la mayoría abrazaba la idea de que el estado puede hacer valer un interés en proteger la vida humana "en potencia" aún antes del punto en el cual un feto es viable, esto no necesariamente significaba que la protección constitucional del derecho al aborto junto con el planteamiento trimestral pasaría inmediatamente a los anales de la historia. En este punto de inflexión, la cuestión es determinar cuál resulta ser la naturaleza del

⁸⁸¹ "In the second place, we do not see why the State's interest in protecting potential human life should come into existence only at the point of viability, and that there should therefore be a rigid line allowing state regulation after viability but prohibiting it before viability". *Ibid.*

⁸⁸² "It thus appears that the mansion of constitutionalized abortion law, constructed overnight in *Roe v. Wade*, must be disassembled doorjamb by doorjamb, and never entirely brought down, no matter how wrong it may be. Of the four courses we might have chosen today –to reaffirm *Roe*, to overrule it explicitly, to overrule it sub silentio, or to avoid the question– the last is the least responsible. On the question of the constitutionality of § 188.029, I concur in the judgment of the Court and strongly dissent from the manner in which it has been reached". *Ibid.*

⁸⁸³ Cfr. 106 S. Ct. 2169 (476 U.S. 747, 1985)

interés estatal en la vida potencial. Hasta que esto fuese determinado, pasarían algunos años.⁸⁸⁴

B) *PLANNED PARENTHOOD V. CASEY (1992)*

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania y otros solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de cinco disposiciones de la *Abortion Control Act* de Pennsylvania de 1982, modificada en 1988 y 1989. Esta normativa requiere que la mujer otorgue su *informed consent* antes de practicarse un aborto y éste debe brindarse, como mínimo, 24 horas antes de su realización; con respecto a las menores de edad, basta con el *informed consent* de uno de los padres para que se efectúe el aborto, dejando a salvo la alternativa del *bypass* judicial; en cuanto a la mujer casada, de ser el caso, debe firmar una declaración manifestando que ha notificado a su cónyuge la realización del aborto.

La Corte Suprema, con cinco votos a favor y cuatro en contra, concluyó que la doctrina del *stare decisis* requiere la reafirmación del caso *Roe v. Wade* que reconoce el derecho de la mujer a elegir el aborto antes del punto de viabilidad fetal; el *undue burden test* o prueba de la carga indebida debe utilizarse en la evaluación de las restricciones al aborto antes de la viabilidad, en lugar de aplicarlo al esquema trimestral; la definición de "emergencia médica" en la ley de Pennsylvania era lo suficientemente amplia como para no imponer una carga indebida; los requisitos de consentimiento informado, el período de espera de 24 horas, el consentimiento parental y la solicitud de un informe y archivo, previstos por dicha ley tampoco imponen una carga indebida. Sobre la disposición acerca de la notificación conyugal, afirmó que sí impone una carga excesiva y, por tanto, no puede ser impuesta a la mujer que solicita un aborto.

En primer lugar, aprecia que la *ratio decidendi* de *Roe v. Wade* debe ser mantenida y reafirmada e incluye tres aspectos no contradictorios entre sí: en

⁸⁸⁴ Cfr. SHAPIRO, Ian, *op. cit.*, pp. 32-33.

primer lugar, el reconocimiento del derecho de la mujer a optar por el aborto antes del punto de viabilidad del feto, sin interferencia indebida del estado (antes de este momento, los intereses del estado no son suficientemente relevantes como para prohibir el aborto o imponer un obstáculo sustancial a la efectividad de este derecho). En segundo lugar, el poder del estado para restringir abortos después de la viabilidad fetal siempre que la ley contenga excepciones en el caso de los embarazos que impliquen un peligro para la vida o salud de la mujer. En tercer lugar, el reconocimiento de los intereses legítimos del estado, desde el principio del embarazo, de proteger la salud de la mujer y la vida del feto que puede llegar a ser un niño:

[...] the essential holding of Roe v. Wade should be retained and once again reaffirmed.

*It must be stated at the outset and with clarity that Roe's essential holding, the holding we reaffirm, has three parts. First is a recognition of the right of the woman to choose to have an abortion before viability and to obtain it without undue interference from the State. Before viability, the State's interests are not strong enough to support a prohibition of abortion or the imposition of a substantial obstacle to the woman's effective right to elect the procedure. Second is a confirmation of the State's power to restrict abortions after fetal viability if the law contains exceptions for pregnancies which endanger the woman's life or health. And third is the principle that the State has legitimate interests from the outset of the pregnancy in protecting the health of the woman and the life of the fetus that may become a child. These principles do not contradict one another; and we adhere to each.*⁸⁸⁵

En este contexto, afirma que, desde los estadios tempranos del embarazo, el estado puede promulgar leyes y decretos diseñados para informar a la mujer cuales son los argumentos sociales y filosóficos de gran peso que, incluso, podrían favorecer la decisión de continuar con el embarazo hasta su término natural; así como de los procedimientos e instituciones que permiten la adopción de niños no deseados y de los diversos niveles de asistencia por parte del estado en el caso que madre decida criar al niño:

⁸⁸⁵ 112 S.Ct. 2791 (U.S.Pa., 1992).

Though the woman has a right to choose to terminate or continue her pregnancy before viability, it does not at all follow that the State is prohibited from taking steps to ensure that this choice is thoughtful and informed. Even in the earliest stages of pregnancy, the State may enact rules and regulations designed to encourage her to know that there are philosophic and social arguments of great weight that can be brought to bear in favor of continuing the pregnancy to full term, and that there are procedures and institutions to allow adoption of unwanted children as well as a certain degree of state assistance if the mother chooses to raise the child herself. [...] It follows that States are free to enact laws to provide a reasonable framework for a woman to make a decision that has such profound and lasting meaning. This, too, we find consistent with Roe's central premises, and indeed the inevitable consequence of our holding that the State has an interest in protecting the life of the unborn.⁸⁸⁶

En tercer lugar, desestima abiertamente el valor del marco trimestral instituido en la sentencia *Roe v. Wade* y no lo considera parte de la *ratio decidendi* de esta sentencia. Varias medidas dictadas por diferentes estados que garantizaban que la mujer haya conocido las consecuencias para el feto no necesariamente interferían con el derecho reconocido en *Roe*, pero fueron declaradas incompatibles –y, por tanto, inconstitucionales– por distintos Tribunales porque afectaban el rígido esquema trimestral.⁸⁸⁷ La armonía entre la libertad de la mujer y el interés del estado en la promoción de la vida prenatal, requiere, pues, que se abandone el esquema trimestral por tratarse de una prohibición rígida contra toda normativa pre-viabilidad destinada a la protección de la vida fetal:

We reject the trimester framework, [...] which we do not consider to be part of the essential holding of Roe. See Webster. Measures aimed at ensuring that a woman's choice contemplates the consequences for the fetus do not necessarily interfere with the right recognized in Roe, although those measures have been found to be inconsistent with the rigid trimester framework announced in

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ Sin perjuicio de ello, considera válido que la viabilidad sigue siendo el punto de inflexión antes del cual la mujer mantiene el derecho a abortar: "We conclude the line should be drawn at viability, so that before that time the woman has a right to choose to terminate her pregnancy". *Ibid.*

*that case. A logical reading of the central holding in Roe itself, and a necessary reconciliation of the liberty of the woman and the interest of the State in promoting prenatal life, require, in our view, that we abandon the trimester framework as a rigid prohibition on all pre-viability regulation aimed at the protection of fetal life. The trimester framework suffers from these basic flaws: in its formulation.*⁸⁸⁸

En cuarto lugar, teniendo presente el profundo interés del estado en la vida prenatal incluso antes del punto de viabilidad, considera que debe aplicarse el *Undue burden test* o prueba de la carga indebida para proteger el derecho a abortar frente a la creación de obstáculos que interfieran de manera sustancial en esta decisión.⁸⁸⁹ En este sentido, el *test* se aplica para excluir todas aquellas normas sanitarias innecesarias que tienen el propósito o el efecto de construir un obstáculo sustancial a la voluntad de la mujer que pretende un aborto: "*A finding of an undue burden is a shorthand for the conclusion that a state regulation has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus.*"⁸⁹⁰

Ahora bien, advierte que el hecho una norma que responda a un propósito válido tiene como efecto secundario hacer más difícil o costoso un aborto no puede ser suficiente para invalidarlo. Sólo cuando la regulación estatal impone una carga indebida sobre la capacidad de la mujer para tomar esta decisión, el estado ha alcanzado el corazón de la libertad protegida por la cláusula del debido proceso:

The fact that a law which serves a valid purpose, one not designed to strike at the right itself, has the incidental effect of making it more difficult or more expensive to procure an abortion cannot be enough to invalidate it. Only where state regulation imposes an undue burden on a woman's ability to make this decision does the

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ "The very notion that the State has a substantial interest in potential life leads to the conclusion that not all regulations must be deemed unwarranted. Not all burdens on the right to decide whether to terminate a pregnancy will be undue. In our view, the undue burden standard is the appropriate means of reconciling the State's interest with the woman's constitutionally protected liberty". *Ibid.*

⁸⁹⁰ *Ibid.*

*power of the State reach into the heart of the liberty protected by the Due Process Clause.*⁸⁹¹

Sostiene que lo que se protege es el derecho de la mujer de tomar la última decisión pero no el derecho a ser aislada de los demás al adoptarla. Por tanto, el estado puede establecer mecanismos legales que garanticen el respeto por la vida prenatal. En la medida en que estas regulaciones no pretendan colocar una "carga indebida" sobre las mujeres al imponerles un "obstáculo sustancial" sobre sus decisiones a favor del aborto, el estado puede tratar de lograr que las mujeres reflexionen sobre esa decisión y alentarlas a considerar otras alternativas.⁸⁹²

A partir de estos presupuestos, la Corte realiza el *undue burden test* sobre la normativa impugnada. Luego de declarar constitucional la definición de "emergencia médica"⁸⁹³, aplica el test sobre las disposiciones relacionadas con el *informed consent*: el requerimiento de brindar a la mujer, por lo menos 24 horas antes de la intervención, información acerca de la naturaleza del procedimiento, los riesgos del aborto y del parto para su salud y la probable edad gestacional del niño por nacer; suministrarle material impreso publicado por el estado que describe el desarrollo fetal, la asistencia médica para el parto, información sobre la manutención debida del padre y una lista de agencias que ofrecen adopción y otros servicios como alternativas al aborto. Este no puede practicarse a menos que la mujer certifique por escrito que ha sido informada de la disponibilidad de estos

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² "What is at stake is the woman's right to make the ultimate decision, not a right to be insulated from all others in doing so. Regulations which do no more than create a structural mechanism by which the State, or the parent or guardian of a minor, may express profound respect for the life of the unborn are permitted, if they are not a substantial obstacle to the woman's exercise of the right to choose[...]. Unless it has that effect on her right of choice, a state measure designed to persuade her to choose childbirth over abortion will be upheld if reasonably related to that goal. Regulations designed to foster the health of a woman seeking an abortion are valid if they do not constitute an undue burden." *Ibid.*

⁸⁹³ "[t]hat condition which, on the basis of the physician's good faith clinical judgment, so complicates the medical condition of a pregnant woman as to necessitate the immediate abortion of her pregnancy to avert her death or for which a delay will create serious risk of substantial and irreversible impairment of a major bodily function." *Ibid.*

materiales impresos y el acceso a ellos, si lo ha deseado.⁸⁹⁴ Ninguno de estos requerimientos fue considerado como carga indebida.

Precisa que el consentimiento de la mujer debe ser informado y razonado y que, por lo tanto, el estado puede requerir que los médicos brinden información verídica y no engañosa sobre temas relevantes a la madre, como la descripción y desarrollo del feto, la asistencia que puede obtener de ciertas organizaciones, la adopción como alternativa a la aborto.⁸⁹⁵ Se acepta que, como consecuencia del acto informativo del médico, la mujer decida no abortar:

*In short, requiring that the woman be informed of the availability of information relating to fetal development and the assistance available should she decide to carry the pregnancy to full term is a reasonable measure to ensure an informed choice, one which might cause the woman to choose childbirth over abortion. This requirement cannot be considered a substantial obstacle to obtaining an abortion, and, it follows, there is no undue burden.*⁸⁹⁶

Sostuvo que el requisito de que un médico brinde información cierta a una mujer como parte del procedimiento para obtener su consentimiento para abortar no es diferente del requisito de brindar información específica acerca de cualquier procedimiento médico: *"Thus, a requirement that a doctor give a woman certain information as part of obtaining her consent to an abortion is, for constitutional purposes, no different from a requirement that a doctor give certain specific information about any medical procedure."*⁸⁹⁷

⁸⁹⁴ "The statute requires that at least 24 hours before performing an abortion a physician inform the woman of the nature of the procedure, the health risks of the abortion and of childbirth, and the "probable gestational age of the unborn child." The physician or a qualified nonphysician must inform the woman of the availability of printed materials published by the State describing the fetus and providing information about medical assistance for childbirth, information about child support from the father, and a list of agencies which provide adoption and other services as alternatives to abortion. An abortion may not be performed unless the woman certifies in writing that she has been informed of the availability of these printed materials and has been provided them if she chooses to view them." *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ *Ibid.*

Con respecto al periodo de espera de 24 horas, precisó que el estado está autorizado para promulgar medidas persuasivas que favorezcan el parto frente al aborto, incluso si esas medidas no implican un interés de salud (v.gr. dilatar el procedimiento o generar un costo adicional en aquellas mujeres que provienen de otros lugares). Si bien el período de espera limita la discreción del médico tratante, esta no constituye *per se* una razón para invalidarlo:

*[...] as we have stated, under the undue burden standard a State is permitted to enact persuasive measures which favor childbirth over abortion, even if those measures do not further a health interest. And while the waiting period does limit a physician's discretion, that is not, standing alone, a reason to invalidate it.*⁸⁹⁸

Sobre el *abortion on-demand* afirmó que la lectura más amplia de *Roe* no sugiere que exista tal derecho. Lo que se protege es un derecho a decidir terminar el embarazo libre de interferencias indebidas por parte del estado. El requerimiento de consentimiento informado garantiza el ejercicio consciente y libre de este derecho, no puede ser clasificado como una interferencia con el derecho protegido por *Roe* y, por tanto, no constituye una carga indebida:

*Even the broadest reading of Roe, however, has not suggested that there is a constitutional right to abortion on demand. [...] Rather, the right protected by Roe is a right to decide to terminate a pregnancy free of undue interference by the State. Because the informed consent requirement facilitates the wise exercise of that right, it cannot be classified as an interference with the right Roe protects. The informed consent requirement is not an undue burden on that right.*⁸⁹⁹

En el caso del aborto de menores de edad, apelando a precedentes anteriores, tampoco califica como una carga indebida el requerimiento del consentimiento informado de uno de los padres, siempre y cuando exista la posibilidad de que la

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ *Ibid.*

menor pueda recurrir a un proceso judicial que le permita pretender el aborto de manera independiente sin involucrar a sus progenitores:

*[...] Our cases establish, and we reaffirm today, that a State may require a minor seeking an abortion to obtain the consent of a parent or guardian, provided that there is an adequate judicial bypass procedure.*⁹⁰⁰

Con respecto a la notificación al cónyuge, considera que este requerimiento sí configura una carga indebida porque es un obstáculo demasiado grande que puede ocasionar que un número considerable de mujeres no puedan abortar si lo desean. Lo contrario implicaría darle al esposo un poder de dominio inapropiado:

*The husband's interest in the life of the child his wife is carrying does not permit the State to empower him with this troubling degree of authority over his wife. [...] A State may not give to a man the kind of dominion over his wife that parents exercise over their children. [...] The spousal notification requirement is thus likely to prevent a significant number of women from obtaining an abortion. It does not merely make abortions a little more difficult or expensive to obtain; for many women, it will impose a substantial obstacle.*⁹⁰¹

Como se puede apreciar, en esta *plurality opinion*, la Corte Suprema ha combinado preocupaciones aparentemente contrarias: asegurar que la mujer tome una decisión bien reflexionada (en el sentido de no ser una decisión de la cual pudiera más tarde llegar a arrepentirse) y el derecho del estado a promover su interés en la vida potencial al regular la elección de abortar de una mujer. No habrá otro pronunciamiento en materia de aborto hasta transcurridos ocho años desde este precedente.

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.*

C) STENBERG V. CARHART (2000)

Dr. Leroy Carhart y otros demandan la declaración de inconstitucionalidad de la ley del estado de Nebraska que proscribe el *partial birth abortion*, de manera particular el sub-método conocido como D&X (*Dilatation and extraction*).⁹⁰²

La Corte Suprema declaró, con cinco votos a favor y cuatro en contra, la inconstitucionalidad de la ley porque no regulaba excepción alguna para asegurar la preservación de la salud de la madre y, por el tenor literal de la norma, puede ser aplicado tanto al procedimiento abortivo D&E como al D&X por lo que impone una carga indebida sobre la capacidad de la mujer a elegir el procedimiento D&E dificultando así su derecho a elegir el aborto.

Como presupuestos básicos para la resolución del caso, la Corte recuerda los tres principios establecidos en *Planned Parenthood v. Casey* (1992): el derecho de la mujer de terminar con su embarazo antes del punto de viabilidad del feto; la inconstitucionalidad de las normas que si bien tutelan el interés del estado en la vida prenatal, imponen una carga indebida, afectando sustancialmente el derecho a abortar de la mujer; y la posibilidad que tiene el estado, como mecanismos para promover su interés por la vida humana potencial, de regular e incluso prohibir el aborto después del punto de viabilidad, excepto cuando sea necesario, según juicio médico apropiado, para preservar la vida o salud de la madre.

Sobre la prohibición del método D&X, sostuvo que el estado no ha demostrado que proscribir este método sin ninguna excepción referente a la salud no crearía

⁹⁰² El procedimiento D&X –también conocido como aborto por nacimiento parcial, intact D&E o intrauterine cranial decompression– refiere a ciertos abortos tardíos (a partir de la semana 20 a 32) donde el procedimiento D&E ya no es efectivo debido al mayor desarrollo del embarazo. Suele recomendarse en casos de presentación podálica (salida de pies primero) hacia el del feto, toma aproximadamente tres días de preparación para asegurar la dilatación cervical (del cuello uterino) necesaria, y la actuación de los fármacos que induzcan el parto. El médico manipulará al feto, para hacer salir primero sus piernas, hasta dejar adentro sólo la cabeza, si así es necesario.

riesgos significativos para la mujer. Los registros médicos muestran que, en algunas circunstancias, el D&X es el procedimiento más seguro. Además, precisa que si bien su uso es poco frecuente, la cuestión radica en tutelar aquellos casos en los que la protección de la salud de las mujeres requiere de este método. El estado no puede prohibir a una persona el obtener un tratamiento simplemente señalando que la mayoría de personas no lo necesita:

The State fails to demonstrate that banning D & X without a health exception may not create significant health risks for women, because the record shows that significant medical authority supports the proposition that in some circumstances, D & X would be the safest procedure. [...]

*The D&X is an infrequently used abortion procedure; but the health exception question is whether protecting women's health requires an exception for those infrequent occasions. A rarely used treatment might be necessary to treat a rarely occurring disease that could strike anyone the State cannot prohibit a person from obtaining treatment simply by pointing out that most people do not need it.*⁹⁰³

Aplicando el *undue burden test*, consideró que el método D&E es visto como más seguro que las alternativas disponibles para abortos anteriores a la viabilidad realizados entre las doce y veinte semanas de gestación. Prohibirlo constituiría una carga indebida que afectaría sustancialmente el derecho al aborto. De igual forma, la vaguedad del lenguaje empleado en la norma podría inducir a error y entender proscrito también el método D&E lo cual implicaría otra carga indebida.⁹⁰⁴

⁹⁰³ 120 S.Ct. 2597 (U.S., 2000).

⁹⁰⁴ "Even if the statute's basic aim is to ban D & X, its language makes clear that it also covers a much broader category of procedures. The language does not track the medical differences between D & E and D & X-though it would have been a simple matter, for example, to provide an exception for the performance of D & E and other abortion procedures. [...] Thus, the dissenters' argument that the law was generally intended to bar D & X can be both correct and irrelevant. The relevant question is not whether the legislature wanted to ban D & X; it is whether the law was intended to apply only to D & X. The plain language covers both procedures". Ibid.

D) GONZALEZ V. CARHART (2007)

El 5 de noviembre de 2003, el presidente George W. Bush aprueba la *Partial-Birth Abortion Ban Act* o Ley de prohibición del aborto por nacimiento parcial, previamente refrendada por la Cámara de los Representantes y de los Senadores que conformaban el Congreso norteamericano.

LeRoy Carhart y otros solicitaron la invalidez de la integridad de esta norma de alcance federal. Manifiestan que era demasiado vaga e imprecisa en su redacción.

La Corte, en un fallo de cinco votos a favor y cuatro en contra, sostuvo que la norma federal que prohíbe el *intact D&E (partial birth abortion)* no puede ser declarada nula en su totalidad por imprecisión o vaguedad; una lectura razonable de los términos de la ley permiten concluir que no incluye el procedimiento prototípico de D&E⁹⁰⁵; la ley tampoco impone un obstáculo sustancial en las mujeres que buscan un aborto tardío pero anterior al punto de viabilidad del feto; promueve legítimos propósitos del Congreso; y la ausencia de la excepción de salud no es suficiente para declarar inconstitucional esta norma.

Sobre la vaguedad en la redacción, descartó este argumento debido a que la ley contiene descripciones detalladas de lo que pretende regular (el *partial birth abortion* y sus implicancias). Considera que la norma se puede aplicar tanto al momento posterior como al anterior a la viabilidad, debido al empleo del término *living fetus*⁹⁰⁶, y éste, según el sentido común y la terminología científica, es un

⁹⁰⁵ "It is objected that the standard D&E is in some respects as brutal, if not more, than the intact D&E, so that the legislation accomplishes little. What we have already said, however, shows ample justification for the regulation. Partial-birth abortion, as defined by the Act, differs from a standard D&E because the former occurs when the fetus is partially outside the mother to the point of one of the Act's anatomical landmarks. It was reasonable for Congress to think that partial-birth abortion, more than standard D&E, 'undermines the public's perception of the appropriate role of a physician during the delivery process, and perverts a process during which life is brought into the world'". Ibid.

⁹⁰⁶ Partial-Birth Abortion Ban Act (enacted November 5, 2003). [...] "(b) As used in this section— (1) the term 'partial-birth abortion' means an abortion in which the person performing the

organismo vivo dentro de la matriz, sea o no viable fuera del seno materno: "*The Act does apply both previability and postviability because, by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb*".⁹⁰⁷

Determinó que las disposiciones contenidas en la norma no constituyen una carga indebida que genera un obstáculo esencial para que la mujer pueda elegir el aborto como alternativa. Luego de afirmar que esta ley expresa un respeto por la dignidad de la vida humana, consideró que prohibir un aborto que implica la salida parcial con vida de un feto del vientre de su madre cumple con el objetivo del estado de promover un respeto por la vida, incluso la del no nacido:

The Act expresses respect for the dignity of human life. [...]

The government may use its voice and its regulatory authority to show its profound respect for the life within the woman. [...] Where it has a rational basis to act, and it does not impose an undue burden, the State may use its regulatory power to bar certain procedures and substitute others, all in furtherance of its legitimate interests in regulating the medical profession in order to promote respect for life, including life of the unborn.

*The Act's ban on abortions that involve partial delivery of a living fetus furthers the Government's objectives. No one would dispute that, for many, D&E is a procedure itself laden with the power to devalue human life. [...]*⁹⁰⁸

Asimismo, estimó que la ley reconoce que el respeto por la vida humana encuentra su máxima expresión en el vínculo del amor de la madre con su hijo, incluso en el caso de abortar, decisión moral difícil y dolorosa y que algunas

*abortion— (A) deliberately and intentionally vaginally delivers a **living fetus** until, in the case of a head-first presentation, the entire fetal head is outside the body of the mother, or, in the case of breech presentation, any part of the fetal trunk past the navel is outside the body of the mother, for the purpose of performing an overt act that the person knows will kill the partially delivered living fetus; and (B) performs the overt act, other than completion of delivery, that kills the partially delivered living fetus."* [el resaltado es nuestro.]

⁹⁰⁷ 127 S.Ct. 1610 (U.S., 2007).

⁹⁰⁸ *Ibid.*

mujeres han llegado a lamentar.⁹⁰⁹ Aunque no desarrolla el deber de información del médico de manera directa, admite que en una decisión tan cargada de consecuencias emocionales algunos médicos prefieren no revelar detalles precisos de los medios que utilizarán, limitándose a manifestar los riesgos que conlleva. De hecho, es natural que las pacientes que serán intervenidas quirúrgicamente prefieran no oír los detalles para no intensificar la ansiedad normal que precede estos procedimientos médicos invasivos:

*In a decision so fraught with emotional consequence some doctors may prefer not to disclose precise details of the means that will be used, confining themselves to the required statement of risks the procedure entails. From one standpoint this ought not to be surprising. Any number of patients facing imminent surgical procedures would prefer not to hear all details, lest the usual anxiety preceding invasive medical procedures become the more intense. This is likely the case with the abortion procedures here in issue. [...]*⁹¹⁰

Sin embargo, es esta falta de información sobre la forma en la cual el feto es eliminado lo que constituye una preocupación legítima para el estado. Este tiene interés en asegurar que una elección tan grave esté bien informada. Es evidente que una madre arrepentida de haberse practicado un aborto, experimenta mayor dolor y angustia cuando conoce, sólo después del evento, que ha permitido a un médico perforar el cráneo y vaciar el cerebro en pleno desarrollo de su hijo no nacido, un niño que asumía la forma humana:

It is, however, precisely this lack of information concerning the way in which the fetus will be killed that is of legitimate concern to the State. [...]. The State has an interest in ensuring so grave a choice is well informed. It is self-evident that a mother who comes to regret her choice to abort must struggle with grief more anguished and sorrow more profound when she learns, only after

⁹⁰⁹ Respect for human life finds an ultimate expression in the bond of love the mother has for her child. The Act recognizes this reality as well. Whether to have an abortion requires a difficult and painful moral decision [...]. While we find no reliable data to measure the phenomenon, it seems unexceptionable to conclude some women come to regret their choice to abort the infant life they once created and sustained. *Ibid.*

⁹¹⁰ *Ibid.*

*the event, what she once did not know: that she allowed a doctor to pierce the skull and vacuum the fast-developing brain of her unborn child, a child assuming the human form.*⁹¹¹

Reconoce como conclusión razonable que la regulación e información contenida en esta ley alentará a algunas mujeres a llevar a término el embarazo, lo que reducirá el número de abortos tardíos. De otro lado, los médicos pueden encontrar procedimientos abortivos alternativos durante el segundo trimestre de embarazo, acomodándose así a la demanda legislativa. El interés del estado en el respeto por la vida se alcanza mejor gracias al diálogo informado entre los sistemas políticos y jurídicos, la profesión médica, las mujeres embarazadas y la sociedad en su conjunto, acerca de las consecuencias que se derivan de elegir un aborto tardío.⁹¹²

Ante las posiciones de los expertos a favor y en contra de considerar el *partial birth* como un procedimiento de aborto seguro, estableció que el consenso acerca de esta cuestión no existe realmente. Precisó que en otros casos, la Corte ha dado a las legislaturas estatales y federales amplias facultades para implementar normas en áreas donde existe incertidumbre médica y científica.

Esta regla tradicional es consistente con *Casey*, lo que confirma el interés del estado en la promoción del respeto por la vida humana en todas las etapas del embarazo. Los médicos –como en el resto de especialidades médicas– no tienen derecho a hacer caso omiso de los reglamentos que dirigen a utilizar procedimientos alternativos razonables.

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² "It is a reasonable inference that a necessary effect of the regulation and the knowledge it conveys will be to encourage some women to carry the infant to full term, thus reducing the absolute number of late-term abortions. The medical profession, furthermore, may find different and less shocking methods to abort the fetus in the second trimester, thereby accommodating legislative demand. The State's interest in respect for life is advanced by the dialogue that better informs the political and legal systems, the medical profession, expectant mothers, and society as a whole of the consequences that follow from a decision to elect a late-term abortion". *Ibid.* Al respecto, cabe recordar en este punto la AMA considera no recomendables los abortos tardíos. *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 1, apartado 4.2.

De hecho, en *Casey*, la opinión mayoritaria mantuvo que el requisito de consentimiento informado en el contexto del aborto "no es diferente del requisito de que un médico dé cierta información específica acerca de cualquier procedimiento médico." Por lo tanto, la prohibición establecida no implica una carga indebida y, por tanto, no es inconstitucional:

The Court has given state and federal legislatures wide discretion to pass legislation in areas where there is medical and scientific uncertainty. [...].

This traditional rule is consistent with Casey, which confirms the State's interest in promoting respect for human life at all stages in the pregnancy. Physicians are not entitled to ignore regulations that direct them to use reasonable alternative procedures. The law need not give abortion doctors unfettered choice in the course of their medical practice, nor should it elevate their status above other physicians in the medical community. In Casey the controlling opinion held an informed-consent requirement in the abortion context was "no different from a requirement that a doctor give certain specific information about any medical procedure."⁹¹³

Sobre la falta de previsión acerca de la excepción por salud de la madre, apreció que existen otros procedimientos seguros para que se pueda procurar el aborto, primordialmente, en el segundo trimestre de gestación, sin ir muy lejos el D&E "tradicional", por lo que su formulación no resulta inconstitucional:

Alternatives are available to the prohibited procedure. As we have noted, the Act does not proscribe D & E. [...] the Act allows, among other means, a commonly used and generally accepted method, so it does not construct a substantial obstacle to the abortion right. [...] The Act is not invalid on its face where there is uncertainty over whether the barred procedure is ever necessary to preserve a woman's health, given the availability of other abortion procedures that are considered to be safe alternatives.⁹¹⁴

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ *Ibid.*

En esta sentencia, si bien es cierto que no existe un rechazo expreso del derecho constitucionalmente protegido de una mujer a un aborto afirmado en *Roe*, la *dissenting opinion* de Ginsburg parece afirmar que así ha sucedido o no tardará en suceder.⁹¹⁵

2. PANORÁMICA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO

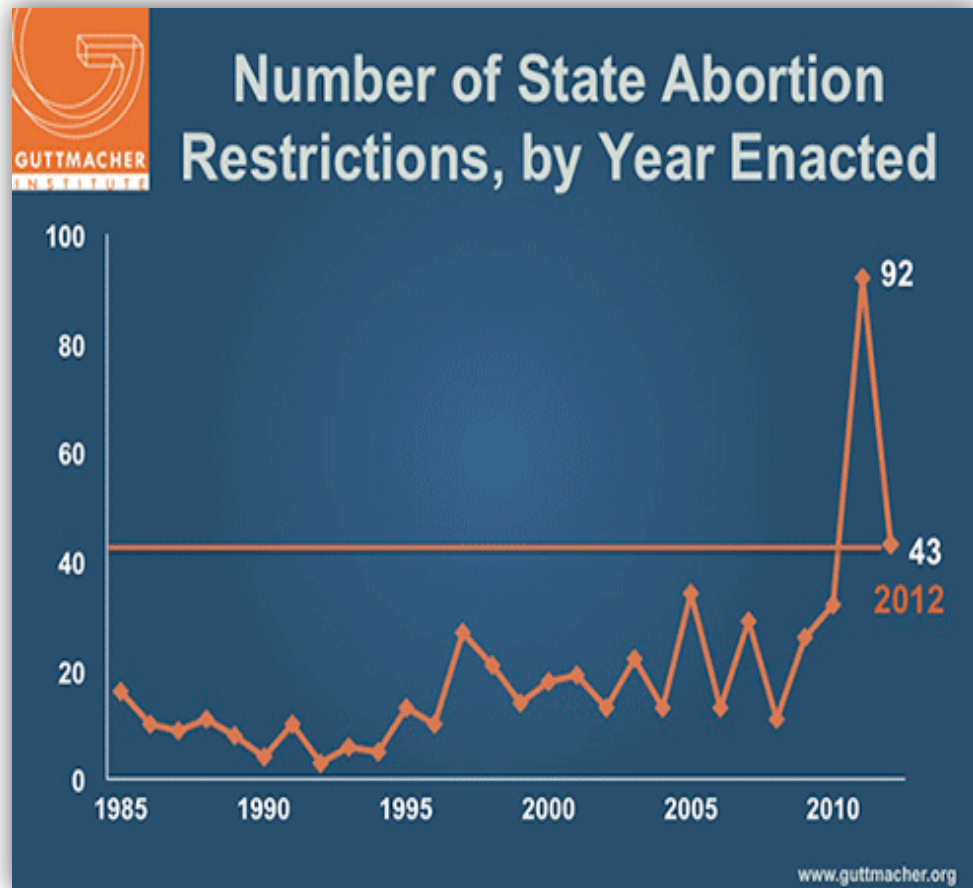
Según se ha podido evidenciar, el debate político y jurídico en torno al aborto sigue siendo tan actual como hace 40 años (sentencia *Roe*). Decisiones de la Corte Suprema aprobadas por una mayoría de cinco contra cuatro votos no brinda excesiva seguridad jurídica en cuanto a la presencia de criterios definitivos en materia de aborto, más aún si se tiene en consideración que la tendencia de la Corte depende de los jueces que la integran, elegidos por el Presidente de turno (republicano o demócrata).

En efecto, esta inestabilidad radica, principalmente, en el fuerte componente político que las acompaña: la dependencia de la ideología política de turno en cada uno de los estados y la composición partidaria del Gobierno elegido que, a su vez dependen, en último término, de las actitudes y aceptación o rechazo de la opinión pública, movida en no pocas ocasiones, por los grupos de interés *pro-choice* o *pro-life*. El aborto resulta, pues, uno de los temas clásicos de la agenda política en época de elecciones.⁹¹⁶

⁹¹⁵ "And, most troubling, Casey's principles, confirming the continuing vitality of "the essential holding of *Roe*, 'are merely assume[d] for the moment' [...] rather than 'retained' or 'reaffirmed' [...] Though today's opinion does not go so far as to discard *Roe* or *Casey*, the Court, differently composed than it was when we last considered a restrictive abortion regulation, is hardly faithful to our earlier invocations of "the rule of law" and the "principles of *stare decisis*". *Ibid.*

⁹¹⁶ Cfr. MEDOFF, Marshall H; DENNIS, Christopher. TRAP abortion laws and partisan political party control of state government. *The American Journal of Economics and sociology*. 2011, vol 70, núm. 4. pp. 957-961.

FIGURA 19
NÚMERO DE RESTRICCIONES AL ABORTO 1985-2012



Los años 2010-2012 han supuesto un incremento en las regulaciones que restringen de alguna manera el acceso al aborto. Fuente: Guttmacher Institute. *2012 Saw Second-Highest Number of Abortion Restrictions Ever*. [ref. de 23 enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

En este contexto, se han presentado iniciativas legislativas o han sido dictadas normas jurídicas estatales encaminadas a regular el aborto (figura 19), de acuerdo con los principios vigentes emanados por Corte: (a) el respeto del derecho al aborto de la mujer sin interferencias estatales o federales hasta el punto de

viabilidad, lo cual no significa que no se pueda prohibir algunos métodos abortivos en este periodo siempre que existan métodos alternativos o la excepción de su uso ante grave riesgo de la salud o vida de la mujer; (b) el interés del estado en proteger la vida humana prenatal, con la posibilidad de establecer políticas normativas lícitas —en las etapas previabilidad y postviabilidad— desincentivadoras de la práctica del aborto siempre que no generen un *undue burden* o carga indebida que limite sustancialmente el derecho de la mujer a elegir el aborto; (c) el deber de los estados de tutelar que la mujer que elija el aborto esté debidamente informada del acto que va a realizar, dadas las implicancias éticas, morales y médicas que esta práctica lleva consigo (Tabla 3).

Entre los estados que han adoptado este tipo de legislación figuran: Illinios⁹¹⁷, Kansas⁹¹⁸, Kentucky⁹¹⁹, Maryland⁹²⁰, Missouri⁹²¹, Mississippi⁹²², Carolina del Norte⁹²³, Pennsylvania⁹²⁴, Utah⁹²⁵, Virginia⁹²⁶ y Winsconsin⁹²⁷.

⁹¹⁷ Cfr. 720 Ill. Comp. Stat. Ann. 510/3.1 (1979 & Supp. 1989); 210 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/ Ambulatory Surgical Treatment Center Act (2009).

⁹¹⁸ Cfr. S.B. 36 (2011); Kan. Admin. Regs. §§ 28-34-126 - 144 (2011); S.B. 62 (2012).

⁹¹⁹ Cfr. 902 Ky. Admin. Regs. 20:360 § 2(4)(a) (1982 & Supp. 1994); Ky. Rev. Stat. Ann. §§ 216B.015 (1998); Ky. Rev. Stat. Ann. §§ 216B.0435 (1998).

⁹²⁰ Md. Regs. Code tit. 10 (2012).

⁹²¹ Cfr. Mo. Code Regs. Ann. tit. 19, §§ 30-30.070 (1987); Mo. Ann. Stat. § 197.200 (2007).

⁹²² Cfr. H.B. 1390 (2012).

⁹²³ Cfr. N.C. Admin. Code tit. 10A, r. 14E.0307 (1989); N.C. Gen. Stat. Ann. § 14-45.1 (b) (1967 & Supp. 1997).

⁹²⁴ Cfr. 28 Pa. Code § 29.33 (1983).

⁹²⁵ Cfr. Utah Admin. Code R432-600 (2011).

⁹²⁶ Cfr. S. B. 924 (2011).

⁹²⁷ Cfr. Wis. Admin. Code § Med. 11.04(g) (1976).

TABLA 3
PANORÁMICA DE REGULACIONES ESTATALES
SOBRE EL ABORTO (DIC. 2012)

OVERVIEW OF STATE ABORTION LAW (PAGE 1 OF 2)								
STATE	MUST BE PERFORMED BY A LICENSED PHYSICIAN	MUST BE PERFORMED IN A HOSPITAL IF AT:	SECOND PHYSICIAN MUST PARTICIPATE IF AT:	PROHIBITED EXCEPT IN CASES OF LIFE OR HEALTH ENDANGERMENT IF AT:	"PARTIAL-BIRTH" ABORTION BANNED	PUBLIC FUNDING OF ABORTION		PRIVATE INSURANCE COVERAGE LIMITED
						Funds All or Most Medically Necessary Abortions	Funds Limited to Life Endangerment, Rape and Incest	
AL	X	Viability	Viability	20 weeks [*]	▼		X	
AK	X				▼	X		
AZ	X	Viability	Viability	Viability	X	X		
AR	X		Viability	Viability [†]	X		X	
CA				Viability		X		
CO	X						X	
CT		Viability		Viability		X		
DE	X			Viability			X	
DC							X	
FL	X		24 weeks	24 weeks	▼		X	
GA	X			Viability	Postviability		X	
HI	X			Viability		X		
ID	X	Viability	3rd trimester	20 weeks [*]	▼		X	X
IL			Viability	Viability	▼	X		
IN	X	20 weeks	20 weeks	20 weeks [*]	X		X [‡]	
IA	X			3rd trimester	▼		X	
KS	X		Viability	20 weeks [*]	X		X	X
KY	X	2nd trimester		Viability	▼		X	X
LA	X		Viability	20 weeks	X		X	
ME	X			Viability			X	
MD	X			Viability [‡]		X		
MA	X	12 weeks		24 weeks		X		
MI	X			Viability [‡]	X		X	
MN	X	20 weeks	24 weeks	24 weeks		X		
MS	X [§]				X		X [§]	
MO	X	Viability	Viability	Viability	▼		X	X
MT			Viability	Viability [*]	Postviability	X		
NE	X			20 weeks [*]	▼		X	X
NV	X	24 weeks		24 weeks			X	
NH					X		X	
NJ	X	14 weeks			▼	X		
NM	X				Postviability	X		
NY			24 weeks	24 weeks [‡]		X		
NC	X	20 weeks		20 weeks			X	
ND	X	12 weeks	12 weeks	Viability	X		X	X
OH	X	Viability	Viability	Viability [*]	X		X	
OK	X	2nd trimester	Viability	Viability	X		X	X
OR						X		
PA	X	Viability	Viability	24 weeks [*]			X	
RI				24 weeks [‡]	▼		X	▼
SC	X	3rd trimester	3rd trimester	3rd trimester	X		X	
SD	X	24 weeks		24 weeks	X		Life Only	
TN	X			Viability	X		X	
TX	X			3rd trimester			X	
UT	X	90 days		Viability ^{†,§}	X		X [*]	X
VT						X		
VA	X	2nd trimester	Viability	3rd trimester	X		X [§]	
WA				Viability		X		
WV					▼	X		
WI	X	12 weeks		Viability	▼		X [*]	
WY	X			Viability			X	
TOTAL	39	21	19	41	19	17	32+DC	8

§ Enforcement temporarily enjoined by court order; policy is not in effect, pending the outcome of litigation.

▼ Permanently enjoined; law not in effect.

* Exception in case of threat to the woman's life or physical health.

† Exception in case of rape or incest.

‡ Exception in case of life endangerment only.

§ Exception in case of fetal abnormality.

Φ Law limits abortion provision to OB/GYNs.

OVERVIEW OF STATE ABORTION LAW (PAGE 2 OF 2)							
STATE	PROVIDERS MAY REFUSE TO PARTICIPATE		MANDATED COUNSELING INCLUDES INFORMATION ON:			WAITING PERIOD (in Hours) AFTER COUNSELING	PARENTAL INVOLVEMENT REQUIRED FOR MINORS
	Individual	Institution	Breast Cancer Link	Fetal Pain	Negative Psychological Effects		
AL						24	Consent
AK	X	Private	X	X			Notice
AZ	X	X				24	Consent
AR	X	X		X ^Φ		Day Before	Consent
CA	X	Religious					▼
CO	X	X					Notice
CT	X						
DE	X	X				▼	Notice ^ξ
DC							
FL	X	X					Notice
GA	X	X		X		24	Notice
HI	X	X					
ID	X	X				24	Consent
IL	X	Private					▼
IN	X	Private		X		18	Consent
IA	X	Private					Notice
KS	X	X	X	X	X	24	Consent
KY	X	X				24	Consent
LA	X	X		X		24	Consent
ME	X	X					
MD	X	X					Notice
MA	X	X				▼	Consent
MI	X	X			X	24	Consent
MN	X	Private		X ^Φ		24	Notice ^β
MS	X	X	X			24	Consent ^β
MO	X	X		X ^Φ		24	Consent
MT	X	Private				▼	Notice
NE	X	X			X	24	Consent
NV	X	Private					▼
NH							Notice
NJ	X	Private					▼
NM	X	X					▼
NY	X						
NC	X	X			X	24	Consent
ND	X	X				24	Consent ^β
OH	X	X				24	Consent
OK	X	Private	X	X ^Φ		24	Consent and Notice
OR	X	Private					
PA	X	Private				24	Consent
RI	X						Consent
SC	X	Private				24	Consent
SD	X	X		X	X	24	Notice
TN	X	X				▼	Consent
TX	X	Private	X	X	X	24	Consent and Notice
UT	X	Private		X ^Φ	X	72 ^ρ	Consent and Notice
VT							
VA	X	X				24	Consent
WA	X	X					
WV					X	24	Notice ^ξ
WI	X	X				24	Consent ^ξ
WY	X	Private					Consent and Notice
TOTAL	46	43	5	12	8	26	38

▼ Permanently enjoined; law not in effect

Φ Fetal pain information is given only to women who are at least 20 weeks gestation; in Missouri at 22 weeks gestation.

β Both parents must consent to the abortion.

ξ Specified health professionals may waive parental involvement in certain circumstances.

ρ The waiting period requirement is waived if the pregnancy is the result of rape or incest, the fetus has grave defects or the patient is younger than 15.

Panorámica de las disposiciones que regulan el aborto (al 1 de diciembre de 2012). Fuente:
Guttmacher Institute. 2012 *State Policies in Brief: An overview of Abortion Laws* [ref. de 23 de enero de
2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

Según la base de datos actualizada (2011-2012) y contrastada de dos organizaciones no gubernamentales que aportan datos fiables acerca de la situación del aborto en Estados Unidos –*American United for Life*⁹²⁸ y el *Guttmacher Institute*⁹²⁹– con las normativas y propuestas legislativas de los estados, se evidencian los ítems que son materia habitual de regulación jurídica estatal o, en algún caso, federal. Entre ellas, mencionaremos con fines meramente informativos las siguientes⁹³⁰:

▪ **Regulación de centros que practican abortos**

Los mecanismos de regulación de los *Abortion Facilities* (facilitadores o centros especializados en aborto) son muy variados. Por ejemplo: la exigencia de que los centros o clínicas donde se practica el aborto cuenten con ciertos privilegios hospitalarios⁹³¹ (privilegios de admisión en un hospital cerca del centro que practique abortos quirúrgicos; privilegios para atender las complicaciones durante la intervención abortiva en un hospital cercano a todos los *Facilities*).

⁹²⁸ *Americans United for Life* - AUL es la primera organización *pro-life* sin fines de lucro que, a través de equipos legales, trabaja dentro de los procesos judiciales y legislativos con el fin de lograr una adecuada protección legal de la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural. A nivel estatal, federal e internacional, AUL busca mejorar la regulación jurídica acerca de los *life issues* a través del empleo de medidas capaces de superar los obstáculos judiciales y permitan la puesta en práctica de las leyes pro-vida. Mayor información disponible en: <http://www.aul.org/>

⁹²⁹ El *Guttmacher Institute* es una organización *pro-choice* que tiene como objetivo primordial asegurar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva para todas las personas en todo el mundo. Entre sus prioridades se encuentra la protección del derecho a elegir el aborto seguro y legal y el acceso a hombres y mujeres a la información, servicios y derechos que les permitan evitar embarazos no deseados y tener relaciones sexuales sanas, responsables y satisfactorias. Desde el año 2009 fue designado como centro oficial de colaboración para la Salud Reproductiva de la Organización Mundial de la Salud y su oficina regional, la Organización Panamericana de la Salud. Mayor información disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

⁹³⁰ Información obtenida y traducida principalmente de GUTTMACHER INSTITUTE. 2012 *State Policies in Brief: An overview of Abortion Laws* [ref. de 23 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

⁹³¹ Los Privilegios Hospitalarios incluyen el derecho de un médico a utilizar las instalaciones y el equipamiento de un hospital. No todos los empleados médicos de un hospitales pueden ser retirados por orden del Jefe de Medicina o de la junta disciplinaria. Los privilegios de hospital están generalmente especificados para cada médico –del hospital o autónomo– de modo que un cirujano tendría la posibilidad de reservar una sala de operaciones, pero un internista no lo haría. Con el fin de obtener privilegios, la mayoría de los médicos debe tener sus credenciales en orden para determinar si está correctamente licenciado y tiene la experiencia adecuada para llevar a cabo los procedimientos que solicita.

Por otro lado se encuentran los requerimientos acerca de la operación empresarial de los *abortion providers*.⁹³² Las organizaciones *pro-life* definen estas normas con el nombre de *Women's Health Protection Act (WHPA)* mientras que las organizaciones *pro-choice* suelen referirse a ellas como *Targeted Regulation of Abortion Providers (TRAPS)*.⁹³³

Estas disposiciones establecen, por ejemplo, la necesidad de adecuar en el mediano plazo algunos espacios de las instalaciones del centro según lo determinado por las regulaciones estatales; que el propietario del centro sea un médico; solicitar licencia como centro quirúrgico ambulatorio si la clínica realiza más de 120 abortos por año; mantener una enfermera acreditada y con experiencia siempre presente en los cuidados post-operatorios y post-parto; requerir que los abortos posteriores a las 20 semanas de gestación se realicen en un hospital.

▪ **Centros de ayuda a la mujer embarazada**

Los *Pregnancy Care Centers* –también llamados *Pregnancy Resource Centers*⁹³⁴ o *Crisis Pregnancy Centers*⁹³⁵– son centros de ayuda a la mujer embarazada que desea practicarse un aborto donde se le informan acerca de los efectos médicos físicos y psicológicos de esta intervención. Promueven la vida y la adopción

⁹³² Sobre la naturaleza empresarial de estos centros, Renée Chelian, 61 años, quien compite con otras clínicas para ofrecer a las clientes un entorno más limpio, más cómodo y más especializado, afirmó "Aunque somos una clínica médica que ofrece un servicio médico, también somos un negocio [...] No estamos tratando de vender a alguien lo que no quiere, pero si alguien quiere un aborto, queremos que nos elijan". Cfr. DEPREZ, Esmé E. How State Governments Are Regulating Away Abortion. Publicado el 17 de enero de 2013 [ref. de 22 de enero de 2012]. Disponible en: <http://www.businessweek.com/>

⁹³³ La naturaleza de estas normas es de índole administrativa y se encuentran, generalmente, en los Códigos de leyes sobre la protección de la salud de cada Estado. Se considera una "trap" (trampa) para desincentivar el negocio del aborto debido a la incremento de los costos y gastos derivados del servicio. Cfr. Información [ref. de 25 de noviembre de 2012]. Disponible en: <http://prospect.org/article/how-kansas-banned-abortion>, http://www.huffingtonpost.com/2012/11/28/mississippi-abortion-clinic_n_2205153.html

⁹³⁴ Terminología *pro-life*.

⁹³⁵ Terminología *pro-choice*.

como alternativas. En muchas ocasiones logran desalentar a la mujer que acude con intención de terminar con su embarazo.

Entre los servicios más frecuentes destacan: pruebas de embarazo gratuitas; asesorías personalizadas, alojamiento temporal, alimentos, ropa; muebles, y otra ayuda material; atención para el parto y escuela de padres; ultrasonidos, vitaminas pre-natales y otros cuidados médicos; educación y asesoramiento para el empleo; 24 horas de asistencia telefónica sobre recomendaciones para el cuidado de la salud e información sobre agencias de adopción y otras formas de apoyo.⁹³⁶

Algunos estados han presentado iniciativas destinadas a proteger que en estos centros no se prohíba, restrinja, limite, controle o interfiera negativamente en la incorporación de la religión en su atención regular. También se establecen límites a su funcionamiento como la necesidad de contar con médicos licenciados o profesionales de salud mental en su equipo de trabajo.

Para su financiamiento, estados como Alaska, Kansas, Michigan, Minnessota, regulan la donación de fondos públicos. Asimismo, se han creado los *"Choose Life" License Plates Programs* que son programas especiales de financiamiento para promover opciones alternativas al aborto. Apoyan económicamente a los centros de ayuda a la mujer embarazada y otros centros que proveen la adopción como alternativa al aborto.

⁹³⁶ BURKE, Denise M. Pregnancy Care Centers. On the Frontline in the Cause for Life. En: *Defending Life: A State-by-State Legal Guide to Abortion, Bioethics, and the End of Life*. AUL, *Legal guide 2012* [ref. de 23 enero de 2013]. Disponible en: <http://www.aul.org/defending-life-2012-contents>.

▪ **Normas que restringen el derecho al aborto establecido en Roe**

Algunos estados como Florida (que aprobó la ley en la legislatura de 2011), Mississippi, Oklahoma y Virginia han presentado proyectos de ley que prohíben el aborto si el latido del corazón del feto es detectado, excepto en los casos de grave peligro para la vida, violación o incesto. En el caso de Oklahoma y Virginia, además, se pretende el cambio de la definición de "persona" en el *Public Health Code* incluyendo a "todos los niños no nacidos o descendientes de seres humanos desde el momento de la concepción hasta el nacimiento."

▪ **Cobertura del aborto por parte del seguro médico**

Luego de las restricciones presupuestales en materia de aborto establecida por el Presidente Obama en la Orden Ejecutiva N°13535 de 29 de marzo de 2010 (*Executive Order 13535—Ensuring Enforcement and Implementation of Abortion Restrictions in the Patient Protection and Affordable Care Act*), diferentes estados han planteado regulaciones que prohíben la cobertura del aborto en los intercambios de salud (*health exchange*) que se establecerán en virtud de la ley federal de reforma del cuidado de la salud (*The Patient Protection and Affordable Care Act*), excepto en los casos de peligro para la vida, violación, incesto o embarazo ectópico.

Sobre la cobertura del aborto por parte de los seguros privados, también existen iniciativas que defienden o promueven la prohibición de cubrir el aborto en los planes básicos de salud de los empleados del estado.

Con relación a la financiación pública del aborto para mujeres de bajos ingresos, algunos estados como Alaska y Maryland han limitado los fondos de *Medicaid* para cubrir solo el aborto en casos de deterioro del feto, violación, incesto o peligro para la vida.

▪ **Abortos tardíos (Later Term Abortion)**

Además de la Ley de Prohibición parcial del aborto (2003), existen algunas iniciativas estatales –como el caso de Florida– que han adecuado su definición de *partial birth abortion* a la contenida en la ley federal y estados como New Hampshire que, además, prohíben este procedimiento abortivo salvo en los casos de grave riesgo para la vida y salud de la mujer.

Con respecto a los abortos practicados después del punto de viabilidad, se han propuesto disposiciones que prohíben dicha práctica en esta etapa del embarazo, salvo cuando la vida de la mujer corra peligro o cuando exista un grave riesgo sustancial e irreversible de deterioro en su salud física. Tal es el caso, por ejemplo, de Florida y Kansas.

Otros estados han optado por restringir el aborto después de determinada edad gestacional. Por ejemplo, en Arizona, Georgia y Luisiana, se prohíbe el aborto a partir de las 18 semanas post-fertilización o 20 semanas después del último período menstrual de la mujer, excepto cuando el procedimiento es necesario para proteger la vida de la mujer o evitar un daño sustancial e irreversible para su salud.

▪ **Abortos con procedimientos químicos (Medication Abortion)**

Algunos estados, como Arizona y Oklahoma, han promulgado disposiciones que exigen a los proveedores utilizar el protocolo de la *Food and Drug Administration* (FDA) en la prestación de aborto con medicamentos, evitando así el empleo de otras alternativas no testadas por las instancias de salud pertinentes. En Michigan, Tennessee y Winsconsin se requiere que un médico examine personalmente a la paciente antes de recetar medicamentos para el aborto, prohibiendo la telemedicina en este rubro.

▪ **Regulación que afecta a los profesionales médicos**

En Oklahoma se ha aprobado una medida que permite a la mujer, padre o tutor legal de un menor de edad demandar al médico si hubo negligencia médica en el cumplimiento de las normas que regulan el aborto (asesoramiento, ecografía, información sobre el dolor fetal a las mujeres que tienen por lo menos 20 semanas de embarazo, notificación a los padres y el consentimiento).

Como requerimiento específico para la realización de abortos médicos y quirúrgicos, algunos estados como Luisiana y Wisconsin, han reservado esta práctica a los médicos con licencia otorgada por el estado correspondiente.

▪ **Prohibición de obligar a una mujer a tener un aborto**

Algunos estados como Michigan y Virginia han propuesto un grupo de medidas encaminadas a enmendar los procedimientos de asesoramiento, exigiendo a los *Abortion Facilities* evaluar a las pacientes antes de procurar el aborto, por si existen pruebas de coacción para la realización de esta intervención. Asimismo, se obliga a estos centros a publicar un aviso informando a las mujeres que no pueden ser obligadas a tener un aborto.

También se incluye un conjunto de sanciones civiles para las personas encontradas responsables de obligar a una mujer a tener un aborto.

▪ **Requerimientos de registro de datos**

Estados como Georgia han aprobado disposiciones que han afectado los requisitos de los registros médicos sobre aborto realizados después de la semana 20 de postfertilización. La medida requiere a los *Facilities* o centros que practican abortos registrar el diagnóstico médico que ha necesitado dicha intervención. Otros estados han presentado iniciativas legislativas para promover que los

Facilities informen al estado acerca de todos los casos de aborto químico y cualquier "eventos adversos" generado por este método abortivo.

▪ **Participación de los padres en el aborto de menores de edad**

Estados como Ohio han promulgado una disposición mediante la cual se permite a las menores de edad abortar sin el consentimiento de sus padres siempre que soliciten un *bypass* judicial ante un tribunal de menores que se encuentre en el condado donde vive. En New Hampshire, se ha promulgado una norma que amplía el plazo para que el juez resuelva el *bypass* judicial, de 48 horas a dos días hábiles.

▪ **Otras medidas reguladoras del aborto**

Entre otras medidas que los estados han promovido a través de iniciativas legislativas y leyes promulgadas se encuentra la proscripción de realizar un procedimiento abortivo cuando el médico tiene conocimiento que la mujer lo pretende por motivos de selección de sexo o raza (*sex and race selection*); la prohibición establecida para los empleados del estado o de agencias estatales de participar o facilitar la práctica del aborto (*state employee and facility Participation in Abortion*); la prohibición a los *Facilities* de reclamar crédito fiscal por los gastos ocasionales por su empresa (*no tax credit program for abortions' providers*); la prohibición dirigida a los empleados del estado o agencias estatales de participar en programas de capacitación en los servicios de aborto durante el horario de trabajo (*training for abortion providers limited*).

También se han presentado iniciativas legislativas y alguna norma promulgada (Georgia) mediante las cuales se protege el derecho a la información en los casos de abortos practicados a partir de las 20 semanas postfertilización. Se requiere que los proveedores informen acerca del diagnóstico médico que requiere el procedimiento después de ese punto.

Algunas de las medidas promulgadas por los estados han sido recurridas ante los Tribunales o tienen fecha de vigencia postergada.⁹³⁷ Lo interesante de esta información es la gran actividad legislativa en torno al aborto y la variedad de ítems regulados, que tienen como fundamento último los límites impuestos por las decisiones de la Corte Suprema. En el siguiente apartado trataremos aquellas relacionadas específicamente con los requerimientos legales de información previa al consentimiento en el aborto.

3. ASPECTOS RELEVANTES EN LA REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN PREVIA

La normativa sobre información previa al consentimiento de la mujer que pretende abortar –también llamadas *Womens' right to know Act (WRTKA)*– regula, en su mayoría, aspectos específicos de este tipo de intervención, tales como datos acerca de factores de riesgo del tipo de aborto elegido, requerimiento de ultrasonidos, edad gestacional y la definición de conceptos relevantes (aborto, emergencia médica, concepción, persona cualificada, viabilidad, no-nacido, entre otros). Asimismo, se incluye el requerimiento para que los *Facilities* lleven un registro de información de los abortos, complicaciones y otras consecuencias, además de una disposición acerca de la responsabilidad civil que genera el incumplimiento de estas normas (*civil remedies*).⁹³⁸

⁹³⁷ SAWICKI, Nadia N. The Abortion Informed Consent Debate: More Light, Less Heat. *Cornell Journal of Law and Public Policy*. 2011, vol 21, núm. 1, pp. 1-38.

⁹³⁸ Al respecto, La organización Americans United for Life - AUL mantiene *online* dos modelos estandarizados de normas relacionadas con la información previa al consentimiento: *The women's right to know Act* y *The woman's ultrasound right to know Act*. Cfr. AUL. *Defending life* 2012 [ref. de 11 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.aul.org/>

Entre los estados que han regulado el consentimiento y los requisitos de información previa se encuentran: Alabama⁹³⁹; Alaska⁹⁴⁰; Arkansas⁹⁴¹; Florida⁹⁴²; Georgia⁹⁴³; Idaho⁹⁴⁴; Indiana⁹⁴⁵; Kansas⁹⁴⁶; Kentucky⁹⁴⁷; Louisiana⁹⁴⁸; Massachusetts⁹⁴⁹; Michigan⁹⁵⁰; Minnesota⁹⁵¹; Mississippi⁹⁵²; Missouri⁹⁵³; Montana⁹⁵⁴; Carolina del Norte⁹⁵⁵; Dakota del Norte⁹⁵⁶; Ohio⁹⁵⁷; Oklahoma⁹⁵⁸; Pennsylvania⁹⁵⁹; Carolina del Sur⁹⁶⁰; Dakota del Sur⁹⁶¹; Texas⁹⁶²; Utah⁹⁶³; West Virginia⁹⁶⁴; Wisconsin⁹⁶⁵.

Estados, como Virginia (2012)⁹⁶⁶ o Utah (1973, modificado en 2012)⁹⁶⁷, Alabama, Florida, Georgia, Kansas, Louisiana, Carolina del Norte, Oklahoma, Idaho, Indiana, y Wisconsin, han establecido algunas precisiones respecto al uso de ultrasonido para mostrar la edad gestacional del feto, la imagen y el sonido de los latidos del corazón (ecografías bidimensionales o volumétricas 3D y 4D).⁹⁶⁸

⁹³⁹ Cfr. S.B. 333 (2002).

⁹⁴⁰ Cfr. S.B. 30 (2003).

⁹⁴¹ Cfr. Ark. Code Ann. §§ 20-16-901 – 908 (2001).

⁹⁴² Cfr. H.B. 1127 (2011).

⁹⁴³ Cfr. H.B. 197 (2005).

⁹⁴⁴ Cfr. Idaho Code §§ 18-604 (1973 & Supp. 2008).

⁹⁴⁵ Cfr. Ind. Code Ann. § 16-34-2-1.1 (1973 & Supp. 2011).

⁹⁴⁶ Cfr. S.B. 238 (2009).

⁹⁴⁷ Cfr. Ky. Rev. Stat. Ann. § 311.725 (1998).

⁹⁴⁸ Cfr. H. B. 636 (2011).

⁹⁴⁹ Cfr. Mass. Gen. Laws Ann. ch. 112, § 12S (1980).

⁹⁵⁰ Cfr. Mich. Comp. Laws Ann. §§ 333.17014 (1993 & Supp. 2002).

⁹⁵¹ Cfr. Minnesota. Minn. Stat. Ann. §§ 145.4243; Minn. Stat. Ann. §§ 145.4241 – 4242 (2003 modificado en 2006).

⁹⁵² Cfr. Miss. Code Ann. §§ 41-41-33 (1991 & Supp. 1996).

⁹⁵³ Cfr. Mo. Rev. Stat. § 188.039 (1979 & Supp. 2010).

⁹⁵⁴ Cfr. Mont. Code Ann. §§ 50-20- 106 (1974 & Supp. 1995).

⁹⁵⁵ Cfr. H. B. 854 (2011).

⁹⁵⁶ Cfr. N.D. Cent. Code §§14-02.1-02 (1975 & Supp. 2011).

⁹⁵⁷ Cfr. Ohio Rev. Code Ann. § 2317.56 (1991 & Supp. 1998).

⁹⁵⁸ Cfr. Okla. Stat. Ann. tit. 63 §§ 1-738.2 (2006-2012).

⁹⁵⁹ Cfr. 18 Pa. Cons. Stat. Ann. §§ 3205 – 3208 (1982 & Supp. 1989).

⁹⁶⁰ Cfr. H. B. 3245 (2011).

⁹⁶¹ Cfr. S.D. Codified Laws § 34-23A-10.4 (2003); S.D. Codified Laws § 34-23A-10.1 (1980 & Supp. 2005); S.D. Codified Laws § 34-23A-10.3 (1993 & Supp. 2005).

⁹⁶² Cfr. . Health & Safety Code Ann. §§ 171 (2003).

⁹⁶³ Cfr. Utah Code Ann. §§ 76-7-305 (1981 & Supp. 2012).

⁹⁶⁴ Cfr. S. B. 170 (2002).

⁹⁶⁵ Cfr. Wis. Stat. Ann. § 253.10 (1985 & Supp. 2012).

⁹⁶⁶ Cfr. H.B. 462.

⁹⁶⁷ Cfr. Utah Code Ann. §§ 76-7-305.5.

⁹⁶⁸ Salvo los estados de Virginia y Utah, el resto incluyen los requerimientos de ultrasonido en la normativa citada precedentemente. Actualmente, el estado de Pennsylvania (2011-2012) está

Un dato curioso a mencionar es que la redacción de los textos no suele hacer referencia al embrión (estadios primigenios del desarrollo humano), tampoco figura en las definiciones de los términos relevantes. Para referirse a esta etapa, se utilizan las expresiones "feto en desarrollo" o "etapa o edad gestacional del feto". Quizá esta circunstancia tenga su origen en la necesidad de evitar la discusión acerca del término embrión y pre-embrión y sea más accesible su protección si se hace referencia directa al feto.

En líneas generales, las cuestiones fácticas o valorativas que inspiran la redacción de estas normas y figuran en los proyectos de ley bajo la forma de preámbulo o *findings* (en algunos casos, como el de Alabama, recogidos en el texto promulgado) son, conjunta o alternativamente, los siguientes:

- i. El bienestar psicológico y físico de una mujer que considera un aborto requiere, con carácter esencial, que reciba la información completa y exacta sobre sus alternativas.
- ii. El ejercicio consciente de su derecho a elegir el aborto depende en no pocas ocasiones del hecho de recibir suficiente información para tomar una decisión entre dos alternativas: dar a luz o tener un aborto.
- iii. La decisión de abortar es un aspecto importante y a menudo estresante, por lo que es deseable e imprescindible que se haga con pleno conocimiento de su naturaleza y las reales y posibles consecuencias en ella⁹⁶⁹ y en el feto.⁹⁷⁰ Las consecuencias médicas, emocionales y

discutiendo una norma a la que titula –entendemos erróneamente– WRTKA cuyo contenido, casi en su integridad gira en torno al requisito de empleo del ultrasonido. Cfr. H. B. 1077.

⁹⁶⁹ Cfr. *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 96 S.Ct. 2831 (U.S.Mo.,1976)

⁹⁷⁰ Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (U.S.Pa.,1992).

psicológicas de un aborto son serias y pueden ser duraderas o amenazar la vida.⁹⁷¹

- iv. Se requiere generar espacios para que la mujer reflexione sobre su decisión. Las escasas oportunidades de asesoramiento previo al aborto se deben, principalmente, a la ausencia de contacto real entre la mujer que solicita la práctica y el médico tratante (este suele producirse sólo simultáneamente a la intervención). A ello cabe agregar que la mayoría de abortos se realiza en clínicas dedicadas exclusivamente a brindar estos servicios, donde el personal sanitario no mantiene mayor relación con el cliente antes o después de la intervención ni las mujeres suelen optar por regresar a las instalaciones para la atención postquirúrgica.
- v. En varias ocasiones los *abortion facilities* o *providers* contratan personal poco capacitado para asesorar a las mujeres antes del aborto, su finalidad principal es "vender" o promocionar el servicio que brinda su empresa.

Bajo estas premisas (una o varias de ellas), los objetivos principales que subyacen a estas disposiciones, conjunta o alternativamente, son:

- i. Asegurar que cada mujer que considera un aborto reciba información completa acerca del procedimiento, riesgos y alternativas al mismo.
- ii. Asegurar que cada mujer que se somete a un procedimiento abortivo lo haga sólo después de otorgar su consentimiento a dicha intervención de manera voluntaria y previamente informada.
- iii. Proteger al no nacido de la decisión no-informada de la mujer (*woman's uninformed decision*) de procurarse un abortar.

⁹⁷¹ Cfr. *H.L. v. Matheson*, 450 U.S. 398,411 (1981).

- iv. Reducir el riesgo que implica para la mujer que ha elegido el aborto descubrir, después de la intervención médica y con las terribles consecuencias psicológicas que ello puede generar, que su decisión no fue completamente informada.⁹⁷²

Según los datos recogidos por el *Guttmacher Institute* al 1º de enero de 2013 (mantenidos al 1º de febrero de 2013), 35 estados requieren que las mujeres reciban asesoramiento antes de la práctica del aborto (*abortion counseling*), 27 de estos estados brindan información detallada a la mujer mientras que 8 estados solicitan requisitos no exhaustivos inspirados en los principios generales del consentimiento informado.⁹⁷³ La intensidad y especificidad de los datos que pretenden asegurar un *fully-informed consent* varían entre los estados. Sin embargo, se pueden advertir algunos aspectos comunes y/o relevantes en cuanto a la regulación del contenido y la forma en la que debe comunicarse la información (tabla 4).

⁹⁷² Cfr. *Supra*. *Planned Parenthood v. Casey* (1992).

⁹⁷³ Cfr. GUTTMACHER INSTITUTE [ref. de 23 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

TABLA 4
REQUERIMIENTOS DEL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA
EN EL ABORTO

STATE	Length of Waiting Period (in hours)	In-Person Counseling	Written Materials Given or Offered	Woman Informed that Abortion Cannot Be Coerced	Description of Procedure:		Fetal Development:		Ability of a Fetus to Feel Pain	Personhood Begins at Conception
					Specific	All Common	Gestational Age of Fetus	Throughout Pregnancy		
States with Detailed Abortion-Specific Informed Consent Requirements (27 states)										
Alabama	24		Given	V,W	V	W	V	W	W*	
Alaska			Offered		V	W	V	W		
Arizona	24	X	Offered	V,W	V	W	V	W		
Arkansas	Prior day		Offered	V,W		W	V	W	V,† W	
Georgia	24		Offered			W	V	W	W	
Idaho	24		Given	W	V	W		W		
Indiana	18	X	Given		V	W	V	W	V†	V,W
Kansas	24		Given	W	V	W	V	W	W	W
Kentucky	24		Offered		V		V	W		
Louisiana	24	X	Given	W	V	W	V	W	V, W	
Massachusetts	▼									
Michigan	24		Given		V,W		V,W	W		
Minnesota	24		Offered			W	V	W	V,† W	
Mississippi	24	X	Offered		V		V	W		
Missouri	24	X	Given	W	V	W	V	W	W†	W
Montana	▼									
Nebraska	24		Offered			W	V	W		
North Carolina	24		Offered	V	V	W	V	W		
North Dakota	24		Offered	W		W	V	W		V
Ohio	24	X	Given		V		V	W		
Oklahoma	24		Offered			W	V	W	V,† W	
Pennsylvania	24		Offered	W	V	W	V	W		
South Carolina	24		Offered		V	W	V	W		
South Dakota	24 ^Ω	§ ^Ω	Given	V		W	V	W	W*	W
Texas	24	X ^ξ	Offered			W*	V	W	W*	
Utah	72	X ^Θ	Given	W	V	W	V	W	V,† W†	
Virginia	24	X ^ξ	Offered		V	W	V	W		
West Virginia	24		Offered	W*		W	V	W		
Wisconsin	24	X	Offered	V,W	V	W	V	W		
States with Customary Informed Consent Provisions (8 states)										
California					V					
Connecticut					V		V			
Delaware	▼				V		V			
Florida					V		V			
Maine					V		V			
Nevada					V		V			
Rhode Island					V		V			
Tennessee ^ψ	▼						V			
TOTAL	26	10	27	14	25	23	33	27	12	5

All states waive mandatory waiting period requirements in a medical emergency or when the woman's life or health is threatened. In Utah, the counseling is waived if the pregnancy is the result of rape or incest or the patient is younger than 15. In Alabama, the counseling requirement is waived in cases of ectopic pregnancy or severe fetal impairment and in Georgia and Rhode Island it is waived in cases of medical emergency.

§ Enforcement temporarily enjoined by court order; policy is not in effect, pending the outcome of litigation.

▼ Enforcement permanently enjoined by court order; policy not in effect.

V= verbal counseling; W= written materials

* Included in written counseling materials although not specifically mandated by state law.

† Information given only to women who are at 20 weeks' of pregnancy or more; in Missouri the law applies at 22 weeks of pregnancy.

‡ Required by law to be included in the written materials, but the materials have not yet been updated. In Indiana, the provision is not enforced against Planned Parenthood of Indiana due to a court case.

Ω A law that would extend the waiting period to 72 hours and mandated in-person counseling is blocked during a court case.

ψ Enforcement of a provision of the Tennessee law requiring that a woman be told that an abortion constitutes major surgery is enjoined.

ξ In person counseling is not required for women who live more than 100 miles from an abortion provider.

Θ Counseling must be conducted "face-to-face" at "any location in the state."

STATE	COUNSELING ON HEALTH RISKS OF ABORTION						COUNSELING ON HEALTH RISKS OF PREGNANCY
	Future Fertility		Breast Cancer		Mental Health		
	Accurately Portrays Risk	Inaccurately Portrays Risk	Correctly Reports No Link	Inaccurately Asserts Possible Link	Correctly Reports Range of Emotional Responses	Describes Negative Emotional Responses	
States with Detailed Abortion-Specific Informed Consent Requirements (27 states)							
Alabama					W [†]		W
Alaska	W [†]			W [†]	W		W
Arizona		W			W		V
Arkansas	W [†]				W		V, W
Georgia	W [†]				W		V, W
Idaho	V				W [†]		V, W [†]
Indiana	V [‡]						V [‡]
Kansas		W [†]		W [†]		W [†]	V, W
Kentucky							V
Louisiana	W [†]				W [†]		V, W
Massachusetts							
Michigan	W					W	V, W
Minnesota	V, W [†]		V, W [†]		W		V, W
Mississippi	V, W		V	W [†]			V, W
Missouri	V				V, W		
Montana							
Nebraska	V, W [†]					W	V, W
North Carolina		W				W	V
North Dakota	V						V
Ohio							V
Oklahoma	W [†]			W [†]	W		V, W
Pennsylvania	W [†]				W		V, W
South Carolina	W [†]				W		W
South Dakota	V	W [†]				V, W [†]	V, W [†]
Texas	V	W	V	W		W [†]	V, W
Utah	W					V, W	V, W
Virginia	W				W		W
West Virginia	V	W				W	V, W
Wisconsin	V, W				V, W		V, W
States with Customary Informed Consent Provisions (8 states)							
California							
Connecticut							
Delaware							
Florida							V
Maine							V
Nevada					Φ		
Rhode Island							
Tennessee							V
TOTAL	21	6	3	5	14	8	29

V= verbal counseling; W= written materials

† Included in written counseling materials although not specified by state law.

‡ Required by law to be included in the written materials, but the materials have not yet been updated.

Φ Law requires discussion of emotional impact of abortion.

Requerimientos del deber de información previa al consentimiento en el aborto (al 1 de enero de 2013). Fuente: Guttmacher Institute. *State Policies in Brief: Counseling and waiting periods for Abortion* [ref. de 23 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

3.1. ABORTION COUNSELING Y OBTENCIÓN DEL INFORMED CONSENT

En 1976 y, posteriormente, en 1992, la Corte Suprema declaró constitucional las normas que pretenden regular la información previa al consentimiento (*informed consent*), lo cual fue reforzado por la sentencia de 2007 que sostuvo que el estado tiene un legítimo interés en asegurar que una decisión tan trascendente sea bien informada. Para lograr este objetivo es necesario que exista un espacio para que la mujer con un embarazo no deseado pueda conocer la información suficiente que le permita tomar una decisión a partir de dos alternativas: continuar el embarazo o abortar.

Habitualmente, el *Abortion Counseling* gira alrededor del proceso de toma de decisiones, informando a la mujer acerca de los problemas médicos y psicológicos del embarazo, los datos relativos al propio embarazo, las opciones para abortar y la descripción de los métodos, sus riesgos y consecuencias físicas y psicológicas, entre otros que veremos más adelante. Por su propia naturaleza, este proceso puede ser más rápido o más lento, dependiendo de las necesidades concretas de la mujer que se plantea el aborto.⁹⁷⁴

El asesoramiento se dirige principalmente a la mujer con un embarazo no deseado (*unwanted pregnancy*) o no planificado (*unintended pregnancy*) pero también puede incluir a otras personas que ella elija para participar. Las sesiones pueden estar a cargo de un médico o de alguna persona capacitada especialmente para ello.

Durante el proceso, la mujer puede hacer preguntas destinadas a fomentar la discusión significativa acerca de las cuestiones que le interesan, relacionadas con el deseo de abortar, por ejemplo, los motivos que la han inducido a esta decisión (subsana un error, romper una relación con la pareja, no querer más hijos). Este proceso culmina con la prestación o no del consentimiento de la mujer.

⁹⁷⁴ Para mayor profundidad sobre el tema, cfr. STEINBERG, Terry Nicole. *Abortion Counseling: To Benefit Maternal Health. American Journal of Law & Medicine*. 1989, vol 15, núm. 4, pp. 483-517.

Algunas normas estatales regulan el *abortion counseling*, establecen tiempos de espera obligatorios entre la sesión de información y el aborto real; otros requieren notificación parental o familiar en caso de menores de edad y algunos estados exigen que ciertos temas sean tratados durante la sesión. Asimismo, diferentes estados prohíben expresamente que la mujer pueda ser obligada a abortar, ya sea por presiones físicas, sociales o psicológicas.

Sobre la obtención del *informed consent*, son de aplicación las normas emanadas de la doctrina general, tales como: que el consentimiento sea otorgado por la cliente antes de la intervención, que tenga derecho a retirarlo en cualquier momento anterior a la misma, que se respete la decisión adoptada por la mujer sea cual fuere o su derecho a no recibir información.

Con relación al tema de la determinación de la capacidad de la mujer para decidir, algunos estados –como es el caso de Virginia– atribuyen al médico, como principio general derivado de la doctrina del *informed consent*, esta facultad. Si el diagnóstico es negativo y la mujer no puede consentir, se recurre a un tercero para que adopte la decisión, puede ser un comité, los padres de familia, un tutor o un guardián.

También se establece la excepción de *medical emergency*⁹⁷⁵ –y, en algunos estados como Minnesota, se incluye también la excepción de anomalías fetales incompatibles con la vida– para aquellos casos en los que no es posible brindar a la mujer información suficiente para tomar una decisión libre y consciente acerca de su embarazo o no puede otorgar su consentimiento al aborto.

En esta eventualidad, el médico que lo practicó deberá certificar por escrito, de manera clara y específica, la naturaleza de la emergencia médica y las

⁹⁷⁵ Por "emergencia médica" se entiende aquella condición en la cual, sobre la base del juicio de clínico de un médico realizado de buena fe, es tan complicada la situación de la salud de la mujer embarazada que se requiere inmediatamente poner fin al embarazo para evitar su muerte o su retraso ocasionaría un grave riesgo de daño sustancial e irreversible de una función corporal importante. Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, *op. cit.*

circunstancias que motivaron la no aplicación de la norma que regula los requerimientos informativos. Este certificado deberá ser firmado por el médico que realizó el aborto de emergencia, y deberá constar permanente en el registro del médico tratante y del centro donde se llevó a cabo la intervención.

3.2. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

Como regla general, se debe brindar la información acerca de la naturaleza, riesgos y consecuencias del procedimiento abortivo y de llevar a término el embarazo. Ahora bien, la mayoría de estados que regulan la información previa mantienen requisitos específicos, que van acompañados de requerimientos de ultrasonidos para formar en la solicitante una idea cierta de las implicancias de su decisión. La mujer, generalmente, deberá dejar constancia escrita –a través de un *check list form* diseñado por cada estado– que ha sido provista de los datos concretos exigidos por las disposiciones legales (que varían según los estados) o de la oportunidad de poder acceder a ellos aunque la haya rechazado.

A continuación, luego de definir el estándar aplicable que marcará la tendencia en la cantidad y calidad de la información, comentaremos los contenidos específicos de información requeridos, de manera conjunta o alternativamente, por los estados que regulan el consentimiento informado de la mujer que solicita el aborto.

- **Estándar aplicable: Persona razonable**

El estándar aplicable en el caso de la mujer que solicita el aborto suele ser el de la persona razonable⁹⁷⁶ en la medida que el proveedor de aborto está en la obligación de brindar al cliente, ya sea de manera oral, escrita y/o gráfica, la información necesaria para que una persona no especializada (*lay persons*) con capacidad de deliberación, tome una decisión libre y consciente, después de

⁹⁷⁶ Vid. Primera Parte, capítulo 2, apartado 6.2.

conocer y comprender la naturaleza, riesgos, implicancias y consecuencias de la decisión que pretende adoptar.⁹⁷⁷

▪ **Sobre el procedimiento abortivo**

Algunas legislaciones requieren que durante el *abortion counseling* se le brinde a la mujer, por lo menos, la siguiente información:

- i. El nombre del médico que realizará la intervención
- ii. Naturaleza y finalidad de la intervención
- iii. Descripción del método de aborto propuesto y sus consecuencias
- iv. Los riesgos médicos inmediatos y a largo plazo asociados con el método de aborto propuesto en la etapa gestacional que se encuentra (primer, segundo o tercer trimestre) tales como: infección, hemorragia, perforación uterina o cervical, peligro para los embarazos posteriores (infertilidad futura) y un mayor riesgo de cáncer de mama. Algunos estados –como Winsconsin– incluyen, también, los riesgos psicológicos y la posibilidad del suicidio.
- v. Las alternativas al aborto, entre ellas la adopción o la puesta en contacto con los *Pregnancy care centers* (también llamados, *Crisis Pregnancy Centers*) que proporcionan información adicional sobre las alternativas a este tipo de intervención.

Una de las consecuencias que ha llamado más la atención y ha producido una regulación específica por parte de diferentes estados es la capacidad del feto para sentir dolor (*Fetal pain*). Por ejemplo, el estado de Georgia exige que la información dada a la madre deba tener dentro de su contenido un párrafo que comunique a la mujer que los fetos mayores 20 semanas son capaces de sentir

⁹⁷⁷ Cfr. AMERICANS UNITED FOR LIFE, *op. cit.*, p. 260 [ref. de 11 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.aul.org/>

estímulos que son identificados como dolor y que, por tanto, son inyectados con anestesia antes de efectuar el aborto.

El modelo de WRTKA elaborado por *Americans United for Life* incluye un artículo que describe la formación anatómica de un feto de 20 semanas, incluyendo la formación completa del sistema nervioso (médula espinal, los tractos nerviosos, tálamo y corteza), necesario para sentir dolor, así como la descripción completa del procedimiento abortivo en esta etapa.⁹⁷⁸

Por su parte, la normativa de Alabama afirma que el feto es viable desde las 19 semanas de gestación y la mujer tiene el derecho a solicitar el método abortivo que brinde más posibilidades al feto de sobrevivir. Si el feto llega a nacer el médico está en la obligación de hacer todo lo posible para salvar la vida del niño.⁹⁷⁹

▪ **Sobre el embarazo: riesgos, edad gestacional y desarrollo**

Casi todos los estados que regulan la información proporcionada durante el *Abortion Counseling* requieren que se brinden datos acerca de la edad gestacional del feto que se pretende abortar. La mayoría de estos facilitan información sobre el desarrollo normal del feto durante el embarazo, que incluye datos acerca de las características anatómicas y fisiológicas del feto en el momento en que se solicita el aborto o la explicación y/o entrega, por parte de los médicos, de un folleto *ad hoc* elaborado por cada estado con esta información. Como parte de este proceso, algunos estados –como Michigan o Utah– proporcionan ilustraciones, fotografías o vídeos para lograr una mayor comprensión de su situación a las mujeres.⁹⁸⁰

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ Cfr. S.B. 333.

⁹⁸⁰ Cfr. GUTTMACHER INSTITUTE. *State Policies in Brief: Counseling and waiting periods for Abortion* [ref. de 23 enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

Como caso peculiar, Carolina del Sur, además de establecer que la mujer reciba información (simple) que le permita calcular la edad del feto, incluye una declaración científica precisa sobre la contribución de ambos padres a la constitución genética de los hijos. Otros estados como Indiana, Kansas, Missouri, Dakota del Norte y Dakota del Sur, exigen que se comunique a las mujeres que la personalidad humana se inicia en la concepción.

Asimismo, entre las exigencias de información, 29 estados solicitan que se informe acerca de los riesgos asociados con la continuación del embarazo hasta el nacimiento.⁹⁸¹

Finalmente, el modelo WRTKA recoge una mención expresa a la necesidad de la terapia anti-Rh inmunoglobulina si la mujer que solicita el aborto es Rh negativo, el costo del tratamiento, las probabilidades de éxito y consecuencias de negarse a dicho tratamiento.⁹⁸²

▪ **Sobre los requerimientos de ultrasonido y auscultación fetal**

Una prueba de ultrasonido es un procedimiento médico común utilizado durante el embarazo de una mujer para determinar, además de la edad gestacional, el tamaño, medidas y salud del feto, incluyendo el progreso del desarrollo fetal y la presencia o ausencia de latido fetal. También se utiliza, en los casos de aborto, para determinar la edad gestacional y la ubicación precisa del feto en desarrollo. De igual forma, una ecografía puede proporcionar información útil acerca de la viabilidad del embarazo y el riesgo del embarazo natural o de embarazo ectópico.⁹⁸³

⁹⁸¹ Cfr. GUTTMACHER INSTITUTE. *State Policies in Brief: Counseling and waiting periods for Abortion* [ref. de 23 enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

⁹⁸² Cfr. AMERICANS UNITED FOR LIFE, *op.cit.*, *loc. cit.* [ref. de 11 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.aul.org/>

⁹⁸³ Cfr. House Bill N° 1077 [ref. de 20 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.legis.state.pa.us/>

Muchas mujeres no son conscientes de la situación del desarrollo de su hijo por nacer y, como reconocimiento a su dignidad, tienen derecho a prestar un consentimiento libre, consciente y previamente informado. Los datos fácticos que proporciona el ultrasonido, incluyendo el latido del corazón del feto, es relevante para cualquier decisión con respecto a un embarazo y para hacer efectivo el interés del estado por asegurar que se otorgue un *fully-informed consent*, requisito indispensable para intervenir lícitamente sobre el cuerpo de la mujer.⁹⁸⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, en vinculación estrecha con las disposiciones que requieren la información acerca de la edad gestacional del feto y sus características al momento de solicitar el aborto, 21 estados requieren a los *Abortion providers* la realización de ultrasonidos, ya sea para conocer la imagen y edad gestacional y/o para ofrecer a la mujer la posibilidad de acceder a las imágenes y el sonido del latido del corazón del feto en desarrollo.⁹⁸⁵

Además, atendiendo a su bienestar psicológico posterior, el requerimiento de ultrasonido tiene como finalidad asegurar que la mujer que desea abortar obtenga una información completa y real acerca de su embarazo y la edad del feto. Asimismo, hacen efectiva la protección del interés del estado por el no nacido (*unborn child*), y su defensa frente a la decisión no informada de la mujer (*woman's uninformed decision*).⁹⁸⁶

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ Cfr. GUTTMACHER INSTITUTE. *State Policies in Brief: Requirements for Ultrasound* [ref. de 23 enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

⁹⁸⁶ Cfr. AMERICANS UNITED FOR LIFE, *op. cit.*, pp. 273-274 [ref. de 11 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.aul.org/>.

TABLA 5
REQUERIMIENTOS DE ULTRASONIDO

STATE	INFORMATION ON ACCESSING ULTRASOUND SERVICES	PROVISION OF ULTRASOUND			
		Required for Each Abortion; The Provider Must Display and Describe the Image	Required for Each Abortion; The Provider Must Offer the Woman the Opportunity to View the Image	If Performed as Part of Preparation for the Abortion, the Provider Must Offer the Woman the Opportunity to View the Image	Offered by the Provider to the Woman
Alabama			X		
Arizona			X [†]		
Arkansas				X	
Florida			X		
Georgia	Verbal			X	
Idaho				X	
Indiana	Verbal				X
Kansas	Written		X		
Louisiana		X ^{‡,§}			
Michigan	Written*			X	
Mississippi			X		
Missouri	Written				X
Nebraska	Verbal and written			X [†]	
North Carolina	Written	§ [‡]			
North Dakota					X [†]
Ohio				X	
Oklahoma	Verbal and written	▼			
South Carolina	Written			X	
South Dakota					X
Texas		X [§]			
Utah	Verbal			X ^Ω	X
Virginia	Written		X ^{‡,§}		
West Virginia				X	
Wisconsin	Verbal and written				
TOTAL	12	2	6	9	5

§ This law is temporarily unenforceable pending a court decision.

▼ Enforcement permanently enjoined by court order; policy not in effect.

* Included in written counseling materials although not specifically mandated by state law.

Ω The woman will also be offered the option to hear a detailed description of the image.

† If an ultrasound is requested by the woman, the provider will also display the image so that the woman can view it.

‡ An ultrasound must take place at least 24 hours in advance of the abortion; in Texas and Virginia some women must obtain the ultrasound at least 24 hours in advance.

§ The law allows the woman look away from the image and in Louisiana, Texas and Virginia the woman may decline to listen to the description under certain circumstances.

Requerimientos de Ultrasonido (al 1 de enero de 2013). Fuente: Guttmacher Institute. *State Policies in Brief: Requirements for Ultrasound* [ref. de 23 enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

Con respecto a la obligatoriedad del requerimiento de ultrasonido, algunos estados –como Luisiana– exigen que el médico que pretende practicar un aborto realice una ecografía previa en cada caso concreto con una anticipación no menor a 2 horas antes de la intervención, con la finalidad de preservar la salud de la madre, determinar la viabilidad del feto y mostrárselo a la mujer. No habrá sanción alguna si ella decide no ver las imágenes de la ecografía obstétrica o si acepta o no la impresión fotográfica que se le facilitará en un sobre cerrado.

Pocos estados –como en el caso de Dakota del Norte y Kansas– requieren que los médicos ofrezcan a las mujeres la oportunidad de auscultación fetal, es decir, escuchar los latidos del corazón del feto.

▪ **Sobre la información acerca de los programas de apoyo social al embarazo**

Algunas normas requieren que un médico, el médico tratante o una persona cualificada para tal efecto, brinde a la mujer, ya sea de manera verbal, escrita y/o presencial (la forma difiere según los estados), información acerca de:

- i. Programas sociales de ayuda a la mujer embarazada y centros de salud que brinden algún tipo de soporte económico para la madre y el niño, incluyendo asistencia médica (atención prenatal, parto y neonatal) y asistencia temporal por necesidades familiares (TANF).⁹⁸⁷ El detalle de la información suele estar disponible en los materiales impresos y/o video informativo que elaboran los estados para este caso.
- ii. La responsabilidad legal del padre de apoyar económicamente en el cuidado del niño por nacer, aun cuando se haya ofrecido a pagar el aborto. En los casos de violación o incesto, esta información puede ser omitida.

⁹⁸⁷ Cfr. Regulación del Estado de Indiana (2011) acerca del *Temporary Assistance for Needy Families (TANF)*. Ind. Code Ann. N° 16-34-2-1.1(a)(2).

- iii. La existencia de material impreso que contiene la descripción del desarrollo prenatal (v.gr. Anexo 2) y la lista de agencias que ofrecen alternativas al aborto.⁹⁸⁸
- iv. La información anterior también se encuentra disponible en el *website* creado para tal efecto.⁹⁸⁹

3.3. FORMALIDAD DE LA COMUNICACIÓN

La mayoría de los estados contienen requisitos específicos en cuanto a tiempos de espera entre la divulgación de la información y la práctica efectiva del aborto, la forma verbal o escrita en la que deben proporcionarse los datos, el estándar aplicable y la elaboración y difusión por parte de los estados de material *ad hoc*, ya sea impreso, digital (CD/DVD) u *online*.

▪ **Periodos de espera (Waiting periods)**

Es comúnmente aceptado entre los estados que regulan la información previa al aborto que esta se comunique a la mujer con un plazo mínimo de antelación a la realización del procedimiento abortivo, de tal manera que tenga el tiempo suficiente para reflexionar y tomar una decisión consciente y deliberada, luego de recibida la información adecuada y suficiente. El período de espera (*Waiting Period*) es habitualmente de 24 horas y puede extenderse, en algunos estados hasta las 72 horas (Utah).

⁹⁸⁸ A modo de ejemplo, cfr. La *website* de Louisiana mantiene links permanentes a las listas de ayuda a la mujer embarazada (*Adoption Agencies, Apply for Medical Care and Assistance, Free Ultrasound Services, Pregnancy Resource Centers*) bajo el rótulo "You're not alone" [ref. de 30 de enero de 2013]. Disponible en: <http://new.dhh.louisiana.gov/index.cfm/subhome/29/n/271>

⁹⁸⁹ *Ibid.*

▪ **Lugar y forma de la comunicación**

La información debe proporcionarse a la mujer de manera personalizada, en una sala privada para proteger su derecho a la privacidad, mantener la confidencialidad de la información y asegurarse que la información esté enfocada o ajustada a sus circunstancias particulares, de tal manera que tenga opción a plantear preguntas.

Según el *Guttmacher Institute*, a enero del 2013, 10 estados requieren que la información sea otorgada de manera presencial y que el consentimiento sea otorgado después de un plazo razonable.⁹⁹⁰ Otros estados, sólo exigen que la información sea brindada por teléfono u otro medio análogo que asegure una correcta divulgación de los datos pertinentes a la mujer.

Asimismo, la transmisión de información debe darse en un lenguaje sencillo y de fácil acceso para que la mujer pueda tener un conocimiento real de las circunstancias y hechos que rodean su decisión de abortar.⁹⁹¹ Por ejemplo, Carolina del Norte requiere que la información que se brinda a las mujeres sea clara y comprensible, utilizando un lenguaje no técnico y en un idioma que ésta pueda comprender de tal forma que tenga la oportunidad de hacer las preguntas que considere convenientes. Ello facilita, también, que el médico pueda asegurarse que la mujer no es víctima de un aborto forzado, sino libre, consciente y previamente informado.⁹⁹²

⁹⁹⁰ Cfr. GUTTMACHER INSTITUTE. *State Policies in Brief: Counseling and waiting periods for Abortion* [ref. de 23 enero de 2013]. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/>

⁹⁹¹ AMERICANS UNITED FOR LIFE, *op.cit.*, *loc. cit.* [ref. de 11 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.aul.org/>

⁹⁹² Cfr. House Bill 854 / S.L. 2011-405 <http://www.ncleg.net/Sessions/2011/Bills/>

▪ **Material informativo impreso y/o publicado en internet**

Los estados elaboran materiales de divulgación puestos a disposición de las mujeres que lo soliciten sin costo alguno, que contienen, entre otros datos, información sobre el desarrollo del feto, el embarazo, los riesgos del procedimiento abortivo o de continuar el embarazo.

Por ejemplo, las disposiciones de Arkansas precisan que los materiales deben brindar información objetiva y sólo contener datos científicamente precisos, sobre las posibles complicaciones físicas y psicológicas del aborto, los métodos utilizados para el aborto, los riesgos de terminar el embarazo de forma natural, descripción del desarrollo prenatal. Si la mujer no puede leer el material proporcionado, un médico o un profesional cualificado deberá leer los materiales a la mujer, antes de practicar el aborto y en un idioma que ésta entienda.

En el caso de Carolina del Norte, se requiere además de los requisitos mencionados, que los folletos divulguen que la vida humana comienza en la concepción y que el aborto terminará con la vida de un ser humano único e irrepetible.

En algunos estados –como Kansas y Louisiana– la información contenida en estos materiales impresos debe estar publicada en una página *web*, atendiendo al estándar de la persona razonable. También se incluye datos científicos acompañado de imágenes y videos a los que se puede acceder sin costo alguno.⁹⁹³

⁹⁹³ Para mayor ilustración, se puede visitar, por ejemplo, Kansas *website*: <http://www.womansrighttoknow.org/>; Louisiana *website*: <http://new.dhh.louisiana.gov/index.cfm/subhome/29>; Texas *website*: <http://www.dshs.state.tx.us/wrtk/default.shtm>; Minnesota *website*: <http://www.health.state.mn.us/wrtk/index.html>; Oklahoma *website*: http://www.awomansright.org/home_sp.html; Arizona *website*: <http://www.azdhs.gov/phs/owch/informed-consent/right-to-know/index.htm>

CAPÍTULO II

CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA EN ESPAÑA

Este apartado desarrolla el contenido del deber genérico de información previa al consentimiento, regulado por la LBRAP, para la realización de una intervención médica y su tratamiento por la jurisprudencia.

Al establecer una relación jurídica con el paciente-cliente, el médico adquiere, principalmente las siguientes obligaciones: la de asistencia, que es la principal; la de información, que se configura como requisito previo para la validez del consentimiento y la de guardar secreto sobre su estado de salud e historia clínica, cada una de ellas con diversos matices y peculiaridades.⁹⁹⁴

La obligación de asistencia del médico ha sido abordada a partir de la reflexión sobre la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos, habiendo concluido que pueden configurarse dos tipos de prestaciones: de medios y de resultado, dependiendo del acuerdo entre las partes y factor aleatorio más o menos controlado que acompaña la actividad médica. La jurisprudencia, mayoritariamente, ha considerado la obligación de medios como perteneciente a

⁹⁹⁴ Para mayor información sobre las obligaciones del médico, cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *op. cit.*

la medicina curativa, mientras que la obligación de resultado se corresponde, principalmente, con las intervenciones con finalidad satisfactiva. Sin perjuicio de ello, ha aceptado la existencia de intervenciones híbridas, es decir, que pueden incluir aspectos constitutivos de ambos tipos de medicina.

Otra obligación del médico –sustancial para efectos de nuestra investigación– la constituye el deber de información. Esta comunicación de datos que tiene como finalidad proporcionar a quien es titular del derecho los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses⁹⁹⁵ cobra mayor relevancia en dos momentos de la RMP: uno, al principio de la relación, en la fase cognoscitiva o de diagnóstico, como requisito previo para autorizar el acceso a la intervención en su cuerpo (consentimiento-legitimación) y, otro, en la fase terapéutica que se da a lo largo de la relación jurídica (de tracto sucesivo) entre el médico y el paciente y que se conoce como "información terapéutica".⁹⁹⁶

En esta sección nos centraremos en la primera etapa de la relación clínica y desarrollaremos los aspectos esenciales del deber genérico de información del médico en la actividad clínica, ya se trate de intervenciones de medicina voluntaria o curativa, que nos servirán de soporte para realizar el análisis del art. 17 LOIVE.⁹⁹⁷

⁹⁹⁵ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 618/2008 de 18 de junio de 2008.

⁹⁹⁶ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, pp. 43 y ss.; LLAMAS POMBO, Eugenio, *op. cit. loc. cit.*; ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, pp. 156-157; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: Edilex, 1987. pp. 128-129.

⁹⁹⁷ Como se ha hecho referencia en el punto 4.3 de la Primera Parte de nuestra investigación, la regulación jurídica específica que existe en España sobre el deber de información previa al otorgamiento del consentimiento en diferentes materias biomédicas (Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; Ley 14/2006, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios; entre otras), nos remitimos a ellas para efectos informativos y advertir la creciente importancia que ha cobrado la información en los variados ámbitos de la actividad médica.

1. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Resulta evidente que la relación jurídica que surge a partir del contrato de servicios médicos no es simétrica, es decir, que una de las partes, el médico posee una posición privilegiada o, si se prefiere, de dominio respecto del paciente. Esta desigualdad puede apreciarse en dos dimensiones: desde un punto de vista intelectual, en cuanto que el paciente desconoce lo relativo a la enfermedad que padece (ciencia médica), sólo intuye que está enfermo; y, desde el punto de vista físico porque, a causa de la enfermedad, la salud del paciente se encuentra deteriorada y, por tanto, su condición física e incluso psicológica también se encuentra disminuida respecto del médico que le atiende.⁹⁹⁸

En este contexto, el fundamento material del deber de información radica, principalmente, en la necesidad de paliar esta diferencia práctica entre las partes para generar una situación de equilibrio y que el paciente, responsable último de su salud, pueda tomar decisiones razonables sobre la misma.⁹⁹⁹

Contra este argumento, se puede plantear la referencia a la relación confianza existente entre las partes como elemento determinante para la omisión lícita de esta obligación del médico. Frente a ello, si bien es cierto que ésta forma parte esencial de la relación médico paciente¹⁰⁰⁰ no debemos olvidar que la responsabilidad por el cuidado de la salud corresponde a cada persona, por lo que esta apelación a la confianza tiene como límite el deber del paciente de hacerse cargo de su salud a través de la obtención de la información debida.¹⁰⁰¹

Además, la obligación de informar del médico nace como una derivación de la buena fe que preside las relaciones contractuales y que impulsa a las partes a

⁹⁹⁸ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, pp. 49-51.

⁹⁹⁹ De esta manera se evitaría, entre otras cosas, que la RMP se configure como un contrato de adhesión. Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. En la convergencia..., *op. cit.*, pp. 279-280.

¹⁰⁰⁰ *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 3, apartado 4.2.D.2).

¹⁰⁰¹ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, p. 50.

posicionarse, en la medida de lo posible, en igualdad de condiciones para manifestar su voluntad de acuerdo a las prestaciones reales que serán ofrecidas. Por tal motivo, esta obligación se desprende de forma natural del contrato, sin necesidad que el paciente lo solicite y su incumplimiento atenta contra la naturaleza misma del consentimiento.¹⁰⁰² Esta conclusión cobra más fuerza en los supuestos de medicina satisfactiva, en lo que el cliente acude al facultativo de manera voluntaria, sin una necesidad apremiante para su salud psicoorgánica.

Por otro lado, también resulta pertinente advertir que, si bien es relativamente sencillo atender a que, en este contrato, el paciente acude al médico a causa de una dolencia porque conoce que éste se encuentra en condiciones de poder ayudarlo, la cuestión se complica al momento de determinar el contenido exacto de la prestación debida por el médico. En efecto, salvo casos concretos, se torna difícil precisar, a primera vista, qué está afectando al paciente y qué requiere para recuperar o mejorar su salud. Para ello, es necesario realizar algunas pruebas y exploraciones preliminares –que también contienen la obligación de informar– que permitan al médico emitir un diagnóstico correcto a fin de proponer un tratamiento. Lo anterior no obsta para que, una vez conocido el diagnóstico correspondiente y tratamiento a proponer, el médico informe al paciente el objeto del contrato (la prestación asistencial concreta), es decir, el cuadro clínico, tratamiento, pronóstico y sus implicancias, de tal forma que éste pueda consentir o no al mismo.

Desde el punto de vista jurídico, en el marco de una definición "omnicomprensiva" del acto médico, esta necesidad de equiparar las partes de la RMP a través de la exigencia del deber de información tiene su fundamento en los derechos a la libertad (art. 9.2), dignidad de la persona (art. 10.1), a la integridad física y moral (art. 15) y a la protección a la salud (art. 43) reconocidos en la Constitución y en la buena fe regulada en los artículos 7.1 y 1.258 CC.

¹⁰⁰² Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *op. cit.*, p. 161.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Como paso previo al análisis, conviene recordar que consentimiento e información son figuras jurídicas diferentes, aunque en el caso de los servicios médicos, se apuntan como variables interdependientes. Así, es posible hablar de un consentimiento válido sin información previa (según las excepciones legales que veremos más adelante) o una información previa que no haya generado consentimiento alguno.

La íntima vinculación entre consentimiento e información en el ámbito sanitario se evidencia en el hecho de que la declaración de voluntad que manifiesta el consentimiento-legitimación y, por tanto, habilita que se proceda a la intervención corporal –en otras palabras, el consentimiento informado– puede no ser válida si el paciente no ha contando con la información suficiente para aceptar de manera libre y consciente la oferta sanitaria.

Al respecto, según se ha mencionado en la primera parte de nuestra investigación, jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo ha afirmado que el CI se constituye como elemento esencial de la *lex artis ad hoc* o núcleo esencial de la relación que se establece entre el personal sanitario y el paciente.¹⁰⁰³ Ahora bien, de ello podría desprenderse que si el cumplimiento del deber de información forma parte del consentimiento informado, aquél también entraría a formar parte de esta *lex artis*; sin embargo, la doctrina jurisprudencial no mantiene un criterio unánime al respecto.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰³ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 544/2007 de 23 de mayo de 2007, núm. 511/1997 [sic] de 29 de mayo de 2003, núm. 784/2003 de 23 de julio de 2003, núm. 1002/2005 de 21 de diciembre de 2005, núm. 488/2006 de 10 de mayo de 2006; núm. 1132/ 2006 de 15 de noviembre de 2006.

¹⁰⁰⁴ A favor de incluir el deber de información como parte de la *lex artis*, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 759/2007 de 29 de junio de 2007. En contra de incluir el deber de información como parte de la *lex artis*, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 544/2007 de 23 de mayo de 2007.

En cuanto a su naturaleza contractual, sí existe unanimidad en la doctrina al considerar que, a diferencia de lo que sucede con la obligación de asistencia, el deber de informar se configura como una obligación de resultado.¹⁰⁰⁵ Ahora bien, su grado de exigencia variará en función de la naturaleza de las obligaciones que comporte la relación médica: actos médicos realizados con carácter curativo o actos de la llamada medicina satisfactiva o voluntaria.¹⁰⁰⁶

3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO INFORMATIVO

Los sujetos que intervienen en el proceso informativo de la actividad clínica son dos: el sujeto emisor, titular de la obligación que es, en términos generales, el médico y el sujeto receptor de la información, que lo constituye, en principio, el paciente.

A la vista de la complejidad que afrontan los temas relacionados con la Medicina y la salud y, en especial, con la aparición de las especialidades médicas y otros sujetos involucrados en el proceso informativo a causa de la falta de capacidad del paciente o con su autorización, esta dualidad inicial médico-paciente se ve incrementada por otros sujetos que también puede o deben participar de la información clínica.

▪ Sujeto emisor de la información

El artículo 4 de la LBRAP regula la información como un derecho cuyo titular es el paciente o usuario, lo que configura un deber inmediato del médico

¹⁰⁰⁵ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, p. 49; LLAMAS POMBO, Eugenio. Comentario a la STS de 25 de abril de 1994. *Cuadernos Cívitas de. Jurisprudencia Civil*. 1994, núm. 36. p. 1015.

¹⁰⁰⁶ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 1194/2007 de 22 noviembre de 2007, núm. 580/1997 de 28 de junio de 1997, núm. 416/2001 de 27 de abril de 2001, núm. 783/2003 de 22 de julio de 2003, núm 1052/2004 de 29 de octubre de 2004.

responsable, regulado en el artículo 4.3, de garantizar el cumplimiento de este derecho.

Ahora bien, en la práctica pueden intervenir varios profesionales, de modo que, a tenor de la definición legal de médico responsable, debe entenderse que sobre cada uno de ellos recae el deber de información.¹⁰⁰⁷ Como afirma el Alto Tribunal, se trata de "un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud".¹⁰⁰⁸

▪ **Sujeto receptor de la información**

El artículo 5 aborda la titularidad del derecho a la información asistencial. Se establece que el sujeto receptor titular de la información es el paciente. Ahora bien, con excepción de la renuncia expresa del paciente a recibir información que veremos más adelante, la ley habilita algunos supuestos en los cuales pueden coexistir otros sujetos titulares de la información:

- i. Se permite que el paciente autorice expresa o tácitamente a que personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, para que también sean informadas de su situación clínica.
- ii. En el caso de contar con representante legal, se le informará a este, sin perjuicio de que el paciente reciba la información adecuada a sus posibilidades de comprensión.
- iii. En el caso de incapacidad del paciente para entender la información a causa de su estado físico o psíquico —a criterio del médico que le asiste— la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él

¹⁰⁰⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario...*, op. cit., pp. 210 y ss.

¹⁰⁰⁸ STS (Sala de lo Civil) núm. 2/2009 de 21 enero de 2009.

por razones familiares o de hecho, sin perjuicio de que aquél sea informado de manera adecuada a sus posibilidades de comprensión.

- iv. En el caso de la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica –es decir, la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave– además de dejar constancia razonada de esta circunstancias en la historia clínica, se comunicará la decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Ante el silencio de la norma, entendemos que por "personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho" debe entenderse al cónyuge o persona ligada con el paciente por análoga relación de afectividad; en su defecto, por los familiares de grado más próximo y, dentro del mismo grado, los de mayor edad.¹⁰⁰⁹

4. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA INFORMACIÓN

La LBRAP desarrolla el derecho a la información del paciente en el capítulo II. Este derecho recae sobre tres tipos de información: asistencial (salud), epidemiológica (problemas sanitarios de la colectividad) y la información previa para la elección del centro y médico. Nos centraremos en la primera de ellas para efectos de nuestro análisis.

El legislador ha dispersado la regulación de la información asistencial en varios artículos (artículos 10.1, 4.1 y 2.3). Entendemos que, por medio de la redundancia, ha pretendido –aunque de manera un tanto desordenada– resaltar la importancia de proporcionar al paciente o usuario la información suficiente que le permita tomar sus propias decisiones respecto al cuidado de su salud.

¹⁰⁰⁹ Cfr. BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. El deber..., *op. cit.*, p. 183.

4.1. EXTENSIÓN DEL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

Sobre la extensión de información que debe brindarse al paciente, sin duda, es difícil determinar *a priori* el punto de equilibrio que logre otorgar al paciente la cantidad suficiente para tomar una decisión consciente y libre sin tornarse excesiva, pues cada paciente es distinto, único e irrepetible.

El artículo 4.1 precisa que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Ahora bien, la intención del legislador no es, pues, brindar una información tan sumamente completa que confunda al paciente o que éste, sin requerirlo, deba soportar un curso acelerado de Medicina.¹⁰¹⁰ Así lo ha entendido el Alto Tribunal, precisando que la información –que es determinante para la elección o rechazo de un tratamiento concreto– no debe tornarse ineficaz por excesiva:

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo.¹⁰¹¹

De una manera similar la Sentencia del 3 de octubre del 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), refiriéndose a los apartados 5, 6 y 11 LGS que son antecedentes de la LBRAP, sostuvo que era imprescindible interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica. Bajo este precedente, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra indicó que:

¹⁰¹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato...*, op. cit., pp. 213-214.

¹⁰¹¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de febrero de 2008, de 20 de diciembre de 2007, de 10 de octubre de 2007.

[...] la imposición a los facultativos de exhaustivas indicaciones de todas y cada una de las eventualidades imaginables, por remotas y excepcionales que pudieran resultar, pugnaría con la claridad que la comprensión de la información suministrada requiere y en no pocas ocasiones propiciaría un injustificado alarmismo de incidencia negativa en el paciente. La exigencia de información ha de entenderse pues dentro de lo razonable, en los términos requeridos por la necesaria ilustración del paciente sobre su estado de salud y la consciente adopción por él de las decisiones que le conciernen, con ponderación de los riesgos y beneficios que de las alternativas ofrecidas puedan previsiblemente derivarse. El contenido de la información, amén de leal, verídica y sin reservas, deberá pues ser suficiente y adecuada a aquella doble función.¹⁰¹²

Por tanto, la información que se brinda al paciente, sin ser exhaustiva, debe ser suficiente para que el paciente se encuentre en condiciones de tomar una decisión libre y consciente sobre su salud.

4.2. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

La LBRAP establece, como regla general, la obligación del médico de proporcionar verbalmente la siguiente información antes de obtener el consentimiento del paciente:

- i. Finalidad y naturaleza de cada intervención (art. 4.1)
- i. Las consecuencias, aquellas relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad (art. 10.1 y 4.1)
- ii. En relación a los riesgos, (a) aquellos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y (b) aquellos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente (art. 10.1 y 4.1)
- iii. Las contraindicaciones (art. 10.1)
- iv. Las opciones clínicas disponibles (art. 2.3)

¹⁰¹² STSJ de Navarra, núm. 22/2001 de 27 de octubre de 2001.

Ahora bien, no cabe duda que el médico también tiene la obligación de informar –después de realizar el procedimiento de reconocimiento y/o exploración respectivo o sin necesidad de ello cuando la causa sea evidente– sobre:

- i. El diagnóstico, es decir, el cuadro clínico que incluye los motivos por los cuales su salud se encuentra deteriorada.
- ii. El pronóstico esperado, es decir, la representación mental del facultativo acerca de la evolución previsible del paciente en función del diagnóstico al que ha llegado.¹⁰¹³

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que, en caso se produzca un detrimento mayor de su salud, el médico podría omitir informar sobre el diagnóstico o el pronóstico, en virtud de la existencia de una necesidad terapéutica, excepción que trataremos más adelante.

Bernar Borda¹⁰¹⁴ a partir de diversos autores recopila un conjunto de datos que considera esenciales para la determinación del contenido de la información a otorgar al paciente:

- a) Diagnóstico del paciente o estado de salud actual
- b) Explicación de la naturaleza y utilidad de los métodos de diagnóstico que se proponen
- c) Molestias, riesgos y consecuencias razonables que se esperan del tratamiento propuesto
- d) Índice de éxitos y beneficios que se esperan de esa intervención
- e) Alternativas posibles con sus ventajas
- f) Pronóstico y daños posibles si no se realiza el tratamiento
- g) Respuesta a las preguntas que el paciente plantee al respecto

¹⁰¹³ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 674/2009 de 13 de octubre de 2009, núm. 544/2007 de 23 mayo de 2007.

¹⁰¹⁴ Cfr. BERNAR BORDA, Andrés, *op. cit.* pp. 77 y ss.

h) Dar la posibilidad al paciente de rechazar la propuesta que se le hace

No obstante lo expuesto, este autor advierte que se trata de un contenido ideal que contrasta con el tiempo que tiene el profesional sanitario para atender a cada paciente pues habitualmente la atención médica se realiza, principalmente, bajo el régimen de Seguridad Social donde la masificación de la atención limita a unos pocos minutos el tiempo de cada consulta, debiendo dar la información por escrito en el mejor de los casos, con las limitaciones que ello conlleva.¹⁰¹⁵

Por su parte, la doctrina –sobre la base de fuentes jurisprudenciales– ha precisado que el contenido deber de información del médico implica hacer conocer al paciente o usuario su estado de salud, el diagnóstico y pronóstico de su enfermedad; la forma (medios), finalidad y naturaleza del tratamiento o la intervención aconsejable, las opciones o alternativas terapéuticas existentes en su caso¹⁰¹⁶, así como las consecuencias seguras y posibles¹⁰¹⁷; y todas aquellas circunstancias que puedan incidir razonablemente sobre la decisión del paciente, entre ellas, la posible falta de medios del centro sanitario en el que se encuentra¹⁰¹⁸ y las consecuencias que para su salud tendría rechazar el tratamiento.¹⁰¹⁹

Jurisprudencia reciente, sobre la base de distintas sentencias,¹⁰²⁰ afirma que la información que forma parte de la obligación del médico se encuentra asociada con distintos factores:

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de marzo de 2005, de 1 de febrero de 2008.

¹⁰¹⁷ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 1140/1997 de 16 de diciembre de 1997; STJ de Navarra, núm. 22/2001 de 27 de octubre de 2001.

¹⁰¹⁸ Cfr. SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de enero de 2003; STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 23 de octubre de 2003.

¹⁰¹⁹ Cfr. DOMINGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario...*, op.cit., pp. 212 y ss.; GALÁN CORTES, Julio César. *Responsabilidad Civil...*, op.cit., pp. 564 y ss.

¹⁰²⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 948/2012 de 16 de enero de 2012, núm. 101/2011 de 4 de marzo de 2011.

- Riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos. Excluye sólo riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención, por ejemplo: cicatriz queloidea, osteocondroma de peroné.¹⁰²¹
- Padecimiento y condiciones personales del paciente¹⁰²²
- Complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio, por ejemplo, en las siguientes intervenciones quirúrgicas: artrodesis, litotricia extracorpórea, abdominoplastia, implantación de prótesis de la cadera izquierda¹⁰²³
- Alternativas terapéuticas significativas, por ejemplo, en el caso de una extirpación de tumor vesical¹⁰²⁴
- Contraindicaciones
- Características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma¹⁰²⁵
- Necesidad de la intervención, como en el caso de cifoescoliosis o extracción de médula ósea¹⁰²⁶
- Con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal, como es el caso de la detección de síndrome de Down¹⁰²⁷

Esta precisión en la enumeración del contenido del deber de información obedece, sin duda, a la necesidad de establecer criterios claros al momento de enjuiciar la responsabilidad civil del médico, más aún si estos datos deben evaluarse a la luz de las circunstancias específicas de cada paciente: contexto

¹⁰²¹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 758/2005 de 21 de octubre de 2005, núm. 488/2006 de 10 de mayo 2006.

¹⁰²² Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 44/2004 de 10 de febrero 2004.

¹⁰²³ Cfr. STS (Sala de lo Civil) 1367/2006 de 21 de diciembre de 2006, núm. 1132/2006 de 15 de noviembre de 2006, núm. 583/2010 de 27 de septiembre de 2010, núm. 478/2009 de 30 de junio de 2009.

¹⁰²⁴ STS (Sala de lo Civil) núm. 743/2008 de 29 de julio de 2008.

¹⁰²⁵ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 674/2009 de 13 de octubre de 2009.

¹⁰²⁶ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 2/2009 de 21 de enero de 2009, núm. 239/2000 de 7 de marzo de 2000.

¹⁰²⁷ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 1002/2005 de 21 de diciembre de 2005, núm. 1197/2007 de 23 de noviembre de 2007.

familiar, situación personal (físicas y psíquicas) y profesional, edad, capacidad de comprensión, cultura, entre otros.¹⁰²⁸

De lo anterior se desprende que el contenido de la información a proporcionar se asemeja notablemente al llamado estándar norteamericano subjetivo o *patient oriented*. Se trata, pues, de un modelo orientado al paciente, es decir, adecuado a sus requerimientos específicos de información para que este pueda, en cada situación particular, tomar decisiones acerca de su salud, de manera deliberada, libre y consciente.¹⁰²⁹

4.3. INFORMACIÓN SOBRE LOS RIESGOS

La jurisprudencia ha tenido mayores inconvenientes cuando se trata de la determinación de los riesgos en la medida que éstos suelen encontrarse muy ligados a la condición y circunstancias concretas del paciente.

Al respecto, la doctrina distingue entre riesgos típicos y atípicos. Los riesgos típicos –también llamados normales, comunes, inherentes o asociados– son aquellos que forman parte, en principio, del deber de información.¹⁰³⁰ Se entiende por tales aquellos que se desprenden con frecuencia de la actuación médica y cuya ocurrencia es razonable o previsible. El artículo 10.1 LBRAP los define como aquellos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

Antes de la LBRAP, se solía acudir para la determinación del *quantum* sobre los riesgos, con cierto grado de abstracción y generalidad, a la estadística. La

¹⁰²⁸ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, pp. 60-61. Sentencias que resuelven en sentido similar, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 1132/2006 de 15 de noviembre de 2006, núm. 2/2009 de 21 de enero de 2009, núm. 567/2010 de 22 de septiembre de 2010, núm. 1/2011 de 20 de enero de 2011.

¹⁰²⁹ *Vid Supra*. Primera parte, capítulo 2, apartado 6.3.

¹⁰³⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 583/2010 de 27 septiembre de 2010.

obligación de información surgía cuando esos riesgos aparecían en un porcentaje que oscilaba, de unos a otros, entre el 5 y 10 por ciento. Sin embargo, actualmente esta consideración es sólo accesoria o referencial. Así, por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil por falta de información acerca de los riesgos de llevar a cabo una disectomía cervical, tales como tetraplejía con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores, entre otros, el Tribunal Supremo precisó que: "La complicación surgida es de escasa incidencia estadística (entre el 0,2 y el 0,4), pero el riesgo de resultados como el enjuiciado en una operación vertebral es lo suficientemente importante como para no haber sido omitido".¹⁰³¹ Por lo tanto, la frecuencia o probabilidad de determinados daños acentúa la exigencia de su advertencia pero no la limita a los riesgos en que estadísticamente concurren aquellas características.

Lo relevante es, pues, informar al paciente acerca de la tipicidad, inherencia o común asociación –según el estado de la ciencia– a la intervención sanitaria que se trate, sea por la naturaleza misma del procedimiento, sea por el lugar o las circunstancias en que ha de llevarse a cabo, sea por las condiciones personales conocidas de su destinatario. La información debe incluir, en consecuencia, los riesgos normalmente ligados al acto como posibles conforme a una razonable previsión; sin que sea exigible al personal sanitario la información de todos y cada uno de los eventuales o potenciales riesgos e infinitas complicaciones que del acto médico puedan derivarse.¹⁰³²

Otro tipo de riesgos lo constituyen los llamados atípicos o excepcionales, entendiendo por tales aquellos cuyo devenir u ocurrencia se considera extraño, extraordinario o no habitual (por debajo del 5% de casos), poco previsibles de acuerdo con la ciencia y la experiencia médica y ocasiona que el médico tenga que justificar qué ha pasado. Dentro de éstos, también podrían entenderse comprendidos aquellos que para una persona razonable son completamente

¹⁰³¹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 948/2011 de 16 de enero de 2011.

¹⁰³² Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 943/2008 de 23 de octubre de 2008, núm. 758/2005 de 21 de octubre de 2005, núm. 3/2001 de 12 de enero de 2001, de 6 de marzo de 1996; STSJ de Navarra, núm. 22/2001 de 27 octubre de 2001.

desconocidos o tenidos por no importantes para su salud. En términos generales, estos riesgos no forman parte, en principio, del deber de información del médico. En todo caso, dependerá del caso concreto y de la naturaleza de la intervención prescindir o incorporar los mismos: si se trata de medicina satisfactiva o voluntaria, deben ser incluidos.¹⁰³³

4.4. LA INFORMACIÓN EN LA MEDICINA VOLUNTARIA O SATISFACTIVA

El Alto Tribunal, en jurisprudencia reciente, ha establecido la relevancia de la distinción entre medicina curativa y voluntaria respecto al deber de información del médico, reafirmando que, de acuerdo con doctrina reiterada, la información que se debe procurar al paciente se torna más rigurosa en el caso de la medicina voluntaria que en la curativa dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa:¹⁰³⁴

[...] la medicina satisfactiva, dada su peculiar naturaleza, exige extremar el deber de información. En ella, [...] se acrecienta [...] el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona, que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 LGS, y en la actualidad, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente), con más razón es exigible ese derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención cuando ésta no es necesaria o apremiante.

El criterio más riguroso respecto de la medicina asistencial [sic.] se justifica también por la necesidad de evitar que se silencien los

¹⁰³³ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, pp. 59-60; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario...*, *op. cit.*, p. 216; ELIZARRI URTASUN, Leyre. *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. pp. 24 y ss.

¹⁰³⁴ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 109/2007 de 12 de febrero de 2007, núm. 544/2007 de 23 de mayo de 2007, núm. 759/2007 de 29 de junio de 2007, núm. 943/2008 de 23 de octubre de 2008, núm. 1216/2007 de 28 de noviembre de 2007, núm. 1/2011 de 20 de enero de 2011.

riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa.¹⁰³⁵

En este sentido, en la medicina voluntaria, además de contener una información objetiva, veraz, completa y asequible, debe comprender las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia.

Esta obligación debe realizarse independientemente del cumplimiento del deber de que la intervención en sí sea desarrollada con sujeción a la *lex artis*.¹⁰³⁶

Como hemos mencionado en otras oportunidades la ausencia de información, especialmente en el caso de la medicina voluntaria, podría, de ser el caso, configurar una infracción a la *lex artis ad hoc*.¹⁰³⁷ Recordemos que el Alto Tribunal ha considerado el consentimiento informado como presupuesto y elemento esencial de la *lex artis ad hoc* y como tal forma parte de toda actuación médica y constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica.¹⁰³⁸

¹⁰³⁵ STS (Sala de lo Civil) núm. 544/2007 de 23 de mayo de 2007. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 758/2005 de 21 de octubre de 2005, núm. 993/2006 de 4 de octubre de 2006, núm. 467/2007 de 26 de abril de 2007.

¹⁰³⁶ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 109/2007 de 12 de febrero de 2007.

¹⁰³⁷ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 511/1997 de 29 de mayo de 2003, núm. 784/2003 de 23 de julio de 2003, núm. 1002/2005 de 21 de diciembre de 2005, núm. 488/2006 de 10 de mayo de 2006, núm. 1132/2006 de 15 de noviembre de 2006.

¹⁰³⁸ En este sentido, cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Responsabilidad civil médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactoria. En: La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación. Año 1995. Núm. 3. pp. 698-712; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. 2011. pp. 24 y ss.

5. FORMA Y MODO DE PROPORCIONAR LA INFORMACIÓN

Esta pregunta nos remite a la calidad y forma de la comunicación. Incluye dos aspectos (artículo 4.1 concordado con el artículo 2 LBRAP): las características que debe reunir la forma de transmitir el mensaje y la formalidad o medio por el cual se transmite el mensaje (oral o escrito).

En cuanto a las características de la transmisión del mensaje (artículos 2.2 y 4.2), ésta debe cumplir con ser verdadera, adecuada y comprensible.

El carácter verdadero de la información no requiere mayores precisiones. Sin perjuicio del ello, en ocasiones, brindar información verdadera puede producir, en el caso de la medicina asistencial o curativa, un daño en la salud del enfermo. En este contexto, el médico goza del privilegio terapéutico (artículo 5.4).

Con relación a la información adecuada, esto implica que sea otorgada de manera comprensible para que pueda ser captada y decodificada por el paciente o usuario de los servicios sanitarios, de tal forma que se encuentre en capacidad de tomar una decisión realmente consciente de las implicancias de su actuación. No se trata, pues, de brindar una información técnica y exhaustiva, sino que ésta se adecue a la capacidad intelectual, la formación e incluso al nivel cultural del paciente (por ejemplo, en el caso de pacientes que ejercen una profesión sanitaria es posible usar u omitir algunos detalles que en otros casos no se debería). Nuevamente, el estándar subjetivo orientado al paciente-cliente se hace evidente.

En la misma línea, es jurisprudencia reiterada¹⁰³⁹ que la información al paciente debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente y obliga al médico responsable a tener presente que debe "[...] hacerlo de una forma comprensible y

¹⁰³⁹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 567/2010 de 22 de septiembre de 2010, núm. 2/2009 de 21 de enero de 2009, núm. 1132/2006 de 15 noviembre de 2006, núm. 511/1997 de 29 de mayo de 1997.

adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto".¹⁰⁴⁰

En cuanto a la formalidad, la comunicación de la información se realiza, por regla general, de manera verbal. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene mero valor *ad probationem* y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso pero que, al menos, debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exige la LBRAP (artículo 4.1).¹⁰⁴¹

Conviene diferenciar esta regulación sobre la forma cómo brindar información de la establecida para el otorgamiento del consentimiento informado que, por regla general, se proporciona de manera verbal, salvo en los casos que la ley exige que sea por escrito. Sea como fuere, el solo documento firmado no constituye prueba fehaciente de haber cumplido con la obligación de informar:

En ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la

¹⁰⁴⁰ STS (Sala de lo Civil) núm. 567/2010 de 22 de septiembre de 2010.

¹⁰⁴¹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) 721/2005 de 29 de septiembre de 2005, núm. 44/2004 de 10 de febrero de 2004, núm. 666/2002 de 2 de julio de 2002, núm. 1009/2000 de 2 de noviembre de 2000, núm. 830/1997 de 2 de octubre de 1997, núm. 13/1998 de 26 de enero de 1998, núm. 1055/1998 de 10 de noviembre de 1998, núm. 922/1999 de 2 de noviembre de 2000.

que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención.¹⁰⁴²

El documento de consentimiento informado debe incluir información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos (artículo 8.1 relacionado con el artículo 8.3). En estos casos, la jurisprudencia sólo concede valor a aquellos documentos escritos en los que es posible percibir que el paciente ha podido conocer los detalles de la intervención exigidos por la ley. De todas formas, esta situación puede matizarse con el derecho del profesional sanitario de probar que otorgó verbalmente la información pertinente, pues los Tribunales –como hemos visto anteriormente– han reconocido el valor *ad probationem* del documento escrito.

De lo anterior se deduce que, aunque la información conste por escrito, es recomendable que el médico la brinde verbalmente y con carácter personalizado, adaptado a las circunstancias de cada caso concreto y, de ser el caso, pueda probarlo.¹⁰⁴³

6. EXCEPCIONES AL DEBER DE INFORMACIÓN

El deber de información deja de ser exigible al médico en dos supuestos: en primer lugar, cuando el paciente renuncia voluntariamente a su derecho a ser informado y, en segundo lugar, aunque no exista renuncia, en los casos en los que la ley así lo autoriza. La presunción razonable acerca de que el paciente se encuentra previamente informado y la ausencia de alternativas terapéuticas, en principio, no son consideradas como excepciones válidas al deber de información.

¹⁰⁴² STS (Sala de lo Civil) núm. 1132/2006 de 15 de noviembre de 2006, núm. 416/2001 de 27 de abril de 2001, núm. 511/1997 de 29 de mayo de 2003.

¹⁰⁴³ En sentido similar, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 416/2001 de 27 de abril de 2001, núm. 511/1997 de 29 de mayo de 2003.

6.1. DERECHO A NO SER INFORMADO

La ley también reconoce el derecho del paciente a no ser informado (artículo 4.1), reconociendo, al mismo tiempo, que esta renuncia se encuentra limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Este deseo expreso del paciente debe ser respetado, haciendo constar su renuncia documentalmente, y no afecta la necesidad de recabar el consentimiento respectivo para la actuación sanitaria (artículo 9.1).

El precepto no menciona si en el caso de renuncia a ser informado, es posible informar a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho. Al respecto, Domínguez Luelmo cree que dicha posibilidad está vetada por la protección del derecho a la intimidad consagrado de manera genérica en el artículo 7 y por el artículo 5.1 que solo lo permite cuando el paciente lo manifiesta expresa o tácitamente.¹⁰⁴⁴

Opinión diferente mantienen autores como Sánchez Gómez¹⁰⁴⁵ para quien es recomendable ilustrar a los familiares, siempre y cuando se trate de personas legítimamente interesadas. Esta opción, aunque a petición del paciente, es recogida por el artículo 26.1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Madrid, que establece expresamente la posibilidad que éste, por decisión propia, requiera que la información sea proporcionada a sus allegados, familiares u otros, y que sean estos quienes otorguen el consentimiento por sustitución.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁴ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario...*, op.cit., pp. 339.

¹⁰⁴⁵ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, op. cit., pp.74 y ss.

¹⁰⁴⁶ El artículo 10 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999, junto al reconocimiento del derecho de los pacientes a recibir información, comprometía al médico a respetar la decisión del paciente de no ser informado y a comunicar, en este caso, los extremos oportunos al familiar o allegado que haya designado para tal fin. Entendemos que esta norma, al limitar el derecho a renunciar a la información estableciendo un requisito (designar una persona a quien se le comunicará la información sanitaria) pretendía que el médico cumpla con su deber ético de procurar la salud del paciente.

Para evitar errores conceptuales, conviene diferenciar el derecho del paciente a no ser informado (artículo 4.1) del derecho a negarse o rechazar el tratamiento propuesto (Artículo 2.4). En el primero, como ha quedado dicho, el paciente renuncia a la información inicial. En cambio, el segundo supuesto se da una vez que el sujeto ha conocido la información necesaria para tomar una decisión sobre su salud. De ser este el caso, se le propondrá la firma del alta médica voluntaria. Si se negara a firmarla o se niega a aceptarla, el centro sanitario podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la ley, salvo que existan tratamientos alternativos que puedan ser aplicados, siempre que los preste el mismo centro y el paciente los acepte. Si persiste en su actitud de rechazo, se pondrá en conocimiento del juez para que adopte las medidas convenientes (artículo 21).

6.2. EXCEPCIONES LEGALES

La LBRAP habilita dos supuestos específicos en los que es lícito limitar el derecho del paciente a la información previa:

- i. Cuando el paciente carece de capacidad para entender la información, en cuyo caso se informará a las personas vinculadas con él por razones familiares o de hecho (artículo 5.3) o a su representante legal (artículo 9.3).
- ii. En su propio beneficio, a criterio del médico, por la existencia objetiva y acreditada de un estado de necesidad terapéutica (artículo 5.4). Llegado este segundo caso, el médico tiene la obligación de dejar constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, salvo que –según entendemos– el paciente no haya indicado lo contrario (no dar a conocer la información).

Por necesidad terapéutica se entiende la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente. Esto sucede cuando, por razones objetivas, el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. En ocasiones, atendiendo al estado físico, psíquico o emocional del paciente, en un momento determinado, es notoria y objetivamente mejor brindar una información parcial o reducida para salvaguardar el posible éxito del tratamiento o la intervención.¹⁰⁴⁷

La jurisprudencia norteamericana introduce este supuesto de excepción bajo la denominación de privilegio terapéutico en el caso *Canterbury v. Spence* (1972): "El médico tiene un privilegio terapéutico que le capacita para ocultarle información al paciente respecto a los riesgos del procedimiento al que va a ser sometido en el caso que fuera evidente que un reconocimiento médico por un profesional juicioso demostrara que tal revelación supondría una grave amenaza para la integridad psicológica del paciente".¹⁰⁴⁸

De otro lado, si bien el artículo 9.2 regula los límites al consentimiento informado, entendemos *mutatis mutandi* que la posibilidad que les concede la ley a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, implica también la exoneración del correspondiente deber de información, en los siguientes casos:

- i. Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública y, siempre que se

¹⁰⁴⁷ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 274/2004 de 31 de marzo de 2004. Más información: Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.*, pp. 498 y ss.; DOMINGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario...*, *op.cit.*, pp. 253 y ss.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *op. cit.*, pp. 98 y ss.

¹⁰⁴⁸ *Vid supra*. Primera parte, capítulo 2.

disponga el internamiento obligatorio de personas, se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas.

- ii. Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización. Si las circunstancias lo permiten, se debe consultar-informar a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Conviene advertir que, en el caso de estado de urgencia vital o social regulados en el artículo 9, *strictu sensu* no existe contrato de servicios médicos dado que no existe acuerdo de voluntades aunque *de facto* la ley le concede estos efectos jurídicos.¹⁰⁴⁹

6.3. PACIENTE PREVIAMENTE INFORMADO

La doctrina reconoce como un límite al deber de información el hecho que el paciente ya posea la información correspondiente. En efecto, el médico no estaría obligado a informar cuando el paciente se ha sometido a un tratamiento idéntico con anterioridad o se trata de una persona que, por razón de su profesión –por ejemplo un médico especialista en el tema– debe conocer las posibles consecuencias. En estas circunstancias, de todas formas, se recomienda tener presente las circunstancias concretas de cada caso.¹⁰⁵⁰

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha negado esta posibilidad afirmando que la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. En este sentido, precisa que la LBRAP es terminante al exigir en su art. 8 el previo consentimiento del afectado, libre y voluntario, para toda actuación en el ámbito de su salud, "una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso":

¹⁰⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, p. 68-69.

¹⁰⁵⁰ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato...*, *op. cit.*, p. 214.

[...] las excepciones no son indeterminadas ni de consideración extensiva, permitiéndose la limitación del derecho únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica ("cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave"), supuestos en los que es preciso comunicarlo a las personas vinculadas al paciente (art. 5.3 y 4).¹⁰⁵¹

Asimismo, esta sentencia recuerda que los supuestos en los que se pueda exceptuar la necesidad del previo consentimiento informado son también excepcionales, y así lo ha plasmado el legislador, que permite a los facultativos prescindir del mismo para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente tan solo en los casos de riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización.

6.4. LA AUSENCIA DE ALTERNATIVAS TERAPÉUTICAS

En algunos procesos por responsabilidad se ha argumentado que la falta de información al paciente es ocasionada por necesidad de la intervención, no en el sentido de gravedad o urgencia sino por el hecho de no existir alternativa terapéutica alguna.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha sostenido que, de existir esta situación en la práctica, ella no impide que se le informe al paciente acerca de la misma, de tal forma que pueda escoger con libertad someterse o no al único tratamiento existente:

La tesis de la sentencia de instancia, que no atribuye consecuencias a la falta de información al no ser posible optar por otra alternativa distinta al tratamiento, no enerva la obligación de hacerlo y de

¹⁰⁵¹ STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011.

obtener el consentimiento informado previo a la intervención pues la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa si no él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan "consentimiento informado".¹⁰⁵²

Al respecto, Arcos Vieira precisa que esta ausencia de opciones a un tratamiento es imposible por cuanto siempre existe una alternativa que es la negativa al tratamiento o a la intervención propuesta, cuya elección debe ser del paciente con base a información suficiente.¹⁰⁵³

¹⁰⁵² STS (Sala de lo Civil) núm. 488/2006 de 10 mayo de 2006. En sentido similar, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 828/2003 de 8 de septiembre de 2003; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de noviembre de 2005.

¹⁰⁵³ Cfr. ARCOS VIEIRA, María Luisa. *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007. pp. 28-30. En sentido similar, Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.*, pp. 698-700.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA EN MATERIA DE ABORTO

Como corolario de nuestra investigación y con el fin de abrir paso a las vías de respeto y protección del ser humano en formación en el marco de la legislación vigente en materia de aborto, nos centraremos en el análisis de la regulación del deber de información previa, cuyo riguroso cumplimiento protegería con mayor eficacia al feto de la elección desinformada y, por tanto, no consciente ni deliberada de la mujer.

Como soporte jurídico-positivo de lo anterior, analizaremos la coherencia interna entre el art. 17 LOIVE que regula el deber de información en los supuestos legales de aborto y la normativa básica que configura dicho deber en España. Como herramienta para profundizar en el análisis, nos serviremos de los aspectos básicos que regulan este tema en Estados Unidos, cuarenta años después su legalización en este país.

Finalmente, a modo de consecuencia práctica de la falta de información previa, exponemos brevemente las diferentes vías civiles que pueden afectar no solo el contrato de servicios médicos sino y, principalmente, la responsabilidad civil del médico tratante.

1. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y ABORTO

En primer lugar, es importante recordar, según ha quedado fundamentado anteriormente, que el aborto no constituye un acto médico, a la luz de los fines de la medicina, la configuración ética de la relación médico-paciente y al estatuto del feto en desarrollo.¹⁰⁵⁴

No obstante lo anterior, a primera vista, parecería aceptable éticamente permitir el aborto "terapéutico" en dos contextos: uno, cuando la vida de la mujer y del niño peligran y el aborto provocado podría salvar la vida de la madre; y dos, cuando la continuación del embarazo puede provocar un grave riesgo en la vida de la madre. Sin duda, en estos supuestos, se puede generar y se genera, un dilema bioético de profunda reflexión. Para realizar una valoración adecuada de estos "casos dramáticos" hemos tomado en cuenta dos parámetros: la definición del estatuto biológico, ontológico y jurídico (a partir de la ética del Derecho) del embrión y la necesidad de la protección de la vida biológica como soporte de todo derecho o condición que se le pueda otorgar al ser humano.¹⁰⁵⁵

Una vez aceptado el hecho que el embrión-feto es una persona y que el respeto de la vida biológica de todo ser humano (independientemente de su etapa de desarrollo y sus cualidades) es la condición de posibilidad para la atribución de derechos u obligaciones, la actuación ética del médico lo debe llevar primordialmente a poner toda la diligencia debida en salvar la vida de ambos seres humanos, en condiciones de igualdad. No puede promoverse, ontológicamente, un valor mayor de una vida sobre otra y, por tanto, en caso de conflicto real, no cabe suprimir la vida del feto para salvar la de la madre.¹⁰⁵⁶ En estos casos, no se configura una terapia real porque no se actúa sobre la enfermedad en curso sino que sobre el embrión-feto sano –un ser humano en

¹⁰⁵⁴ Vid *supra*. Segunda Parte, capítulo 2, apartado 2; capítulo 3 apartado 3.2.A).

¹⁰⁵⁵ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 569 y ss.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, pp. 563-572.

desarrollo— eliminándolo para evitar el grave peligro o devolver la salud a otro ser humano, la madre.

Por tanto, desde un punto de vista bioético, ninguno de los supuestos de aborto configura un acto médico ni una relación clínica entre el médico y el paciente, la misma que por naturaleza tiene finalidad terapéutica y se fundamenta en un profundo respeto por todo ser humano, independientemente de su etapa de desarrollo.¹⁰⁵⁷

En la medida que no existe una genuina RMP, tampoco es posible referirse al consentimiento informado, que encuentra su sentido eficacia en el seno de esta relación. En efecto, esta figura jurídica nace para conciliar el principio de autodeterminación del paciente (en la toma de decisiones responsables acerca de su salud) con la autonomía diagnóstico-terapéutica del propio médico, en el marco de una RMP. No se puede reducir su importancia a un simple documento a firmar sino que representa un punto de referencia clave en esta relación en la medida que recoge lo que debe hacerse "aquí y ahora", poniendo de manifiesto el respeto interpersonal, la preocupación por el paciente, el reconocimiento de la profesionalidad del médico, la atención al diálogo y su carácter terapéutico sin garantía del resultado. Esta conciencia del "límite" (obligación de medios) en el servicio prestado por el facultativo está en la base de la relación de confianza y no puede ser sustituida por ningún mecanismo contractual.¹⁰⁵⁸

Por tanto, si la RMP no se configura porque no hay un acto médico que recaiga sobre una enfermedad o la prevención de la misma, no hay cabida para el consentimiento informado. El empleo legal y jurisprudencial de terminología reservada a fines terapéuticos para regular la medicina satisfactiva y, en concreto, el aborto, pone de manifiesto la existencia de un conflicto serio entre la ética médica y el Derecho positivo, no solo respecto de la defensa del derecho a la vida

¹⁰⁵⁷ Por eso, como hemos visto anteriormente, se vuelve imprescindible el respeto de su derecho a la objeción de conciencia. *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 1 apartado 3.4.

¹⁰⁵⁸ Cfr. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, pp. 277-278.

de todos los seres humanos –independientemente de su etapa de desarrollo y cualidades– en condiciones de igualdad sino, también, respecto al ejercicio de la profesión médica, su contenido y límites.¹⁰⁵⁹ Al mismo tiempo, ha supuesto una desnaturalización de la figura del consentimiento informado.

Así, en la medida que no hay una enfermedad que atender, no existe paciente ni necesidad de un consentimiento informado *strictu sensu*, que otorgar. La naturaleza real de las intervenciones voluntarias o satisfactivas está enmarcadas en la sociedad de consumo, en un contexto generado por la "medicalización" de la vida (según definición del *Hastings Center*), por lo que nos encontramos ante verdaderos actos de consumo mediante los cuales los clientes desean obtener un servicio (con un resultado garantizado por el deudor) y, antes de contratar, el proveedor debe brindarle toda la información requerida para que aquellos tengan la oportunidad de realizar una elección racional.

Esta situación se aprecia con mayor nitidez en el caso del aborto, donde las exigencias de información relevante a efectos de tomar una decisión deliberada y consciente, requiere no sólo de la divulgación de datos clínicos relacionados con la salud de la mujer (descripción del procedimiento, riesgos para su salud, edad gestacional, entre otros) sino de cuestiones adicionales que garanticen la protección de la vida prenatal (ayudas a la mujer embarazada, alternativas al aborto, entre otros).

De lo expuesto anteriormente deducimos que la eventual regulación jurídico-positiva del aborto debe utilizar terminología referida al deber de información precontractual (*pre-contract information*) o a los requerimientos de información previa al consentimiento en el aborto (*disclosure requirements prior to granting consent for abortion*) en vez de emplear la expresión "consentimiento informado",

¹⁰⁵⁹ La desnaturalización de la finalidad intrínseca del acto médico (entidad con finalidad meramente terapéutica que ahora incluye también los actos con finalidad satisfactiva) es sin duda una de las causas que ocasiona la falta de unanimidad en la jurisprudencia del Alto Tribunal acerca de su configuración como obligación de medios o de resultado.

si bien es cierto que la ley y la jurisprudencia vigente no dan cuenta de este matiz.¹⁰⁶⁰

Dicho lo anterior, pasaremos al análisis de la regulación del deber de información contenida en el artículo 17 LOIVE y complementada por los artículos 4 a 7 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, a la luz de la regulación básica vigente sobre el deber de información previa en España y la experiencia norteamericana.

2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17 LOIVE Y DEL REAL DECRETO 825/2010

El artículo 17 LOIVE desarrollado por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio regula el contenido y la formalidad (momento y forma) en la que se debe brindar la información especificada en la norma a la mujer que solicita el aborto.

Para efectos de lograr un análisis riguroso de esta normativa, examinaremos las cuestiones relevantes que configuran la estructura fundamental del deber de información en materia de aborto, apelando a los criterios vistos en la legislación norteamericana.

2.1. FUNDAMENTACIÓN DE LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN

En primer lugar, el Preámbulo LOIVE afirma que esta norma tiene como objetivo garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia de la mujer y de la vida prenatal, adecuando el marco normativo español al consenso de la comunidad internacional en materia de aborto.¹⁰⁶¹

¹⁰⁶⁰ Para efectos prácticos se utilizará la expresión "deber de información previa" como sinónimo de "requerimientos de información previa" al consentimiento en el aborto.

¹⁰⁶¹ *Vid supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 1.3.A).

Partiendo de la premisa de que el embarazo y la maternidad son hechos que se encuentran subordinados a la autonomía personal de la mujer y que dependen sólo de ella la decisión de tener hijos, cuántos y cuándo tenerlos, en virtud del libre ejercicio de sus derechos fundamentales relacionados con la salud sexual y reproductiva, el preámbulo ampara la regulación específica del consentimiento y la información bajo las siguientes consideraciones:

- La protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad.
- La tutela del "bien jurídico en el momento inicial de la gestación" –feto en desarrollo– pasa por la voluntad de la mujer, es decir, por su deseo o no deseo de acoger el embarazo.
- Es necesario garantizar a la mujer la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre el aborto, sin interferencias determinantes de terceros porque ello no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 CE.

Como puede apreciarse, los fundamentos sostenidos en el preámbulo LOIVE –como bien lo reconoce– obedecen a una lógica de protección de la decisión de la mujer frente al embarazo o, lo que es lo mismo, la llamada "maternidad libremente decidida".

Este razonamiento se enfrenta abiertamente a las consideraciones efectuadas en la Segunda Parte de este trabajo –sobre el aborto como acto médico– en la que se concluye que el feto en desarrollo es ya un ser humano-persona y que, en condiciones de igualdad, merece protección por el Derecho. Por tanto, la mujer no puede poseer una suerte de "derecho de propiedad" sobre el mismo ni decidir sobre su vida.¹⁰⁶² Por lo demás, no existe peor forma de proteger el interés de la

¹⁰⁶² Vid *supra*. Segunda Parte, capítulo 2, apartado 2.

vida prenatal que generar vías de fácil acceso que permitan su eliminación, según la voluntad de la responsable de su custodia.

En segundo lugar, de manera más precisa, similar valoración merece el preámbulo del Real Decreto 825/2010 que, en cumplimiento del artículo 17.2 LOIVE¹⁰⁶³, fundamenta la creación de un procedimiento informativo *ad hoc* para la transmisión de los datos especificados en el artículo 17 LOIVE con el fin de reforzar la seguridad jurídica en la regulación del aborto voluntario, atendiendo a que la información es la circunstancia determinante de la decisión de la mujer embarazada de seguir adelante con la gestación o de proceder a su interrupción (terminación). Recuerda que la información tiene como finalidad asegurar "esta determinación" –léase, por el aborto– y la protección de los intereses en presencia, desde la vida prenatal a la salud de la mujer gestante, garantizando, a su vez, a la mujer su intimidad y confidencialidad.

Como es evidente, aunque ambos preámbulos afirmen que los motivos que fundamentan la regulación de la información son la protección de las decisiones libres e informadas de la mujer que afecten su salud e integridad personal y la protección de la vida prenatal, lo cierto es que, como el mismo texto señala, la segunda está subordinada a la voluntad de la mujer, lo cual evidencia la inconsistencia de su argumentación.

A) SOBRE LA VALIDEZ FORMAL DEL REAL DECRETO 825/2010

Aunque no es materia de esta investigación, por lo que solo lo enunciamos para futuras reflexiones, nos interesa llamar la atención sobre la atribución que se toma el Gobierno al regular el derecho a la información más allá del mandato expreso concedido por el artículo 17.2 LOIVE (elaboración, contenidos y formato de la información requerida en el caso del aborto *on-demand*), estructurando un

¹⁰⁶³ La Disposición final primera le concede al contenido del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio el carácter de norma básica, de conformidad con el artículo 149.1, reglas 1ª y 16ª CE.

procedimiento *ad hoc* para [des]asegurar –como veremos en el análisis– que la mujer tome una decisión libre e informada.

En todo caso, aún cuando la Disposición final cuarta LOIVE habilita al Gobierno para adoptar las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de esta ley, ello no permite exceder los límites que la Constitución y las leyes le otorgan en materia de potestad reglamentaria. Según el artículo 53 CE, solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, se podrá regular el ejercicio de los derechos y libertades.

De manera particular, consideramos relevante el hecho que el artículo 7 del Real Decreto 825/2010 disponga que la información sobre los riesgos y consecuencias del aborto se brinden en un tercer momento "con carácter inmediato y previo" a la prestación del consentimiento por escrito, situación que el artículo 17 no distingue ni se deduce de una recta interpretación de la norma.

Habría, por tanto, que evaluar si este procedimiento *ad hoc* que limita el acceso a la información de los datos relativos a la protección del embarazo y las características de vida prenatal, y promueve el conocimiento acerca de los métodos abortivos, los centros proveedores y otra información relacionada con la IVE, además de dejar para un instante inmediatamente anterior al aborto la divulgación de los datos acerca de los riesgos y consecuencias de esta intervención, está limitando un derecho fundamental e interviniendo en una materia con reserva de Ley Orgánica. Nos encontramos, pues, ante un supuesto de reglamento independiente o *præter legem*, cuya validez queda pendiente de análisis. Dicho esto, pasamos a la valoración de los fundamentos expuestos en los preámbulos correspondientes.

B) SOBRE LA NECESIDAD DE REGULAR LA INFORMACIÓN

La protección de la decisión libre e informada de mujer es uno de los principios básicos que inspiran la LBRAP (art.2), que coincide con la importancia que le otorga la jurisprudencia, estableciendo que el consentimiento informado en la asistencia sanitaria es un elemento integrante de la *lex artis ad hoc*, y requisito esencial para el recto ejercicio del derecho a la integridad personal.¹⁰⁶⁴

De manera más específica, la sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril del Tribunal Constitucional sobre despenalización del aborto reconoce la relevancia del derecho de la mujer a disponer de la necesaria información, no sólo de carácter médico –lo que constituye un requisito del consentimiento válido– sino también de índole social, en relación con la decisión que ha de adoptar y las consecuencias que se derivan del mismo.¹⁰⁶⁵

Asimismo, luego de afirmar la vida del *nasciturus* como un bien jurídicamente protegido por el artículo 15 CE, el Tribunal Constitucional sostiene que el Estado tiene la obligación de garantizar esta vida mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de la norma que despenaliza el aborto por un sistema de indicaciones no la disminuya más allá de lo que exige su finalidad.¹⁰⁶⁶

Por su parte, la Sentencia *Planned Parenthood v. Casey* (1992) ha reafirmado el interés legítimo del estado por tutelar la vida humana en desarrollo, razón por la cual puede establecer políticas disuasivas de esta elección y que promuevan que la mujer lleve a término su embarazo de manera natural, siempre que estas medidas no constituyan un *undue burden* o carga indebida que haga imposible el

¹⁰⁶⁴ Vid *supra*. Primera Parte, capítulo 3, apartado 4.2. B) y G), respectivamente.

¹⁰⁶⁵ Vid *supra*. Tercera Parte, capítulo 2, apartado 1.4.B).

¹⁰⁶⁶ Vid *supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 1.2.B).

ejercicio del derecho de la mujer a abortar en cualquier momento anterior a la viabilidad fetal.¹⁰⁶⁷

En líneas generales, ambos intereses están reconocidos en los preámbulos bajo comentario –aunque como ha sido verificado, con poca consistencia interna– y no son antagónicos, antes bien complementarios y fundamentales para la regulación del deber de información previa y otros requerimientos adicionales.

En este contexto, el punto central es determinar si el contenido de la información y el procedimiento *ad hoc* estructurado por la LOIVE y el Real Decreto 825/2010 cumplen de una manera real y eficaz con estos objetivos, es decir, si brindan a la mujer toda la información pertinente en el tiempo oportuno para que ella, luego de un proceso de reflexión, adopte una decisión libre, consciente y deliberada acerca del aborto y así se libera al feto de una decisión no-informada de la madre.

2.2. REQUERIMIENTOS LEGALES DE INFORMACIÓN

Como premisa esencial para el análisis, conviene recordar, primero, que el aborto constituye una obligación de resultado que forma parte, en principio, de la medicina satisfactiva, aunque en ciertos casos puede configurar, jurisprudencialmente, un supuesto híbrido entre la medicina curativa y satisfactiva (sin perder la exigencia del resultado). En ambas situaciones la consecuencia, a efectos de lo que nos interesa, es la misma: la intensificación del deber de información del médico y, por tanto, la mayor rigurosidad en la cantidad y calidad de los datos entregados a la mujer que pretende abortar, para que esta, decida si se somete o no a la intervención.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁷ Vid *supra*. Tercera Parte, capítulo 1, apartado 1.15.B).

¹⁰⁶⁸ Vid *supra*. Segunda Parte, capítulo 3, apartado 3.2; Tercera Parte, capítulo 2, apartado 1.4.D).

Otro supuesto del que partimos es que ante el embarazo no deseado, la mujer tiene dos opciones: provocar un aborto o llevar a término el embarazo de manera natural. Entendemos que si el Estado tiene interés en proteger las decisiones libres e informadas de la mujer que afecten su salud e integridad corporal y un interés por proteger la vida prenatal, no otorgará *a priori* un valor superior a la sola voluntad de la mujer sino que, aunque al principio no desee el embarazo, le dará los mecanismos necesarios para que, luego de una reflexión consciente y deliberada acerca de su situación, opte por el aborto o el nacimiento.

Con base en estas premisas, a la luz del contenido mínimo del deber de información regulado por la LBRAP y especificado por la jurisprudencia y la protección de la vida prenatal reconocida por la STC núm. 53/1985 (reforzado por la protección al embrión contenida en la STJCE de 18 de octubre de 2011), la información requerida por el artículo 17 LOIVE es insuficiente para garantizar el acceso de la mujer a información relevante e idónea para conocer, comprender y decidir de una manera informada, deliberada y libre (de prejuicios, estereotipos...) el destino de su embarazo no deseado o no planificado.

A) CONTENIDOS ESPECÍFICOS DE INFORMACIÓN

Los requerimientos de información regulados en el artículo 17 LOIVE están divididos en tres bloques: el primero indica los requisitos informativos para todos los supuestos de aborto; el segundo, un conjunto de datos sólo para el caso del aborto *on-demand* (art.14 LOIVE) y, finalmente, un tercer grupo dirigido al caso de aborto por "indicación médica" relacionado con el grave riesgo o peligro para la vida de la mujer embarazada (art. 15.b LOIVE). No establece ninguna información específica para los supuestos 15 a) y 15 c) LOIVE, relacionados con la existencia de "graves" anomalías en el feto (como el síndrome de Down).¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁹ Cfr. STS (Sala Civil) núm. 495/1997 de 6 de junio de 1997; STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 21 de diciembre de 2005, de 21 de febrero de 2006, de 30 de junio de 2006,

A.1) En todos los supuestos legales de aborto

La LOIVE establece dos momentos en los cuales se debe brindar información a la mujer que desea abortar y es de aplicación en todos los supuestos legales en España: cuando la mujer manifiesta su intención de someterse a un aborto (art. 17.1) y con carácter previo a la prestación del consentimiento (art. 17.4). Como veremos a continuación, esta forma selectiva de regular el acceso a la información no facilita la adopción de una decisión consciente y deliberada ni protege la vida prenatal. Sí se justifica en el marco de una política sanitaria de promoción del aborto y de apoyo a la proliferación de empresas que prestan estos servicios.

▪ **Cuando la mujer manifiesta su deseo de abortar**

El artículo 17.1 LOIVE establece el deber general del SNS de brindar a toda mujer que manifieste su intención de someterse a un aborto, información sobre:

- Los distintos métodos de terminación del embarazo (no incluye especificaciones legales sobre descripción, riesgos, consecuencias de la intervención)
- Las condiciones para la interrupción previstas en la LOIVE
- Los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a esta prestación
- Las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente

Al respecto, es evidente la inclinación de la LOIVE a facilitar el acceso a la información de todos los supuestos legales de aborto (métodos, condiciones, centros acreditados, financiación) sin mayores especificaciones en cuanto a contenido y, palpable también, la ausencia de las diferentes vías para la protección de la vida prenatal (centros de acogida y tipos de ayuda social a la mujer embarazada, centros de adopción, la referencia al *abortion counseling*) que sólo restringirá al aborto *on-demand* (art.17.2), sin extenderlo a los abortos por causas médicas o malformaciones en el feto. Ello es indicador de una suerte de política sanitaria eugenésica que, según se desprende del preámbulo, pretende brindar mayor comodidad y "bienestar psicológico" a la mujer –y una materia menos de inversión al Estado– promoviendo el aborto en casos de fetos con "graves" anomalías o enfermedades incompatibles con la vida, es decir, la eliminación "legal" de seres humanos "anormales" o con enfermedades terminales (que en vida extra-uterina pueden sobrevivir sólo horas o días).

De hecho, la forma de acceso a esta información promueve la decisión por el aborto y debilita la opción por continuar con el embarazo. Como desarrollaremos más adelante, el artículo 4 del Real Decreto 825/2010 determina que esta información debe ser ofrecida a toda mujer que solicita el aborto y podrá ser prestada verbalmente, de manera directa, telefónica o por medios electrónicos o telemáticos, incluidas las páginas *web* de consejerías y centros acreditados para la práctica. En el lado opuesto, se encuentra la información sobre las ayudas al embarazo y las alternativas al aborto que, según el artículo 5 de este reglamento, deben ser entregadas en sobre cerrado y por consiguiente solo por escrito, personalmente a la mujer. Lo anterior se agrava injustificadamente por el hecho que sólo la mujer que solicita el aborto puede acceder a este material en una segunda fase del procedimiento informativo (no cuando solicita el aborto, sino cuando ha tomado la decisión inicial de llevarlo a cabo).

Sin duda esta forma de proceder no tutela ni el consentimiento consciente y deliberado de la mujer y menos aún la protección de la vida prenatal.

▪ **Con carácter previo a la prestación del consentimiento**

Un segundo apartado, el artículo 17.4 LOIVE, exige que, en todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer:

i. **En los términos de los artículos 4 LBRAP**

Este artículo desarrolla el contenido del derecho a la información asistencial. Se debe brindar al paciente-cliente –generalmente de manera verbal– toda la información disponible sobre la intervención, que comprende como mínimo: la finalidad y la naturaleza de la actuación médica, sus riesgos y sus consecuencias. Asimismo, se reconoce el derecho de la paciente-cliente a no ser informada y la garantía por parte del médico responsable del cumplimiento de esta obligación.¹⁰⁷⁰

Dejando de lado la garantía de información por parte del médico tratante que nos parece adecuada y el derecho a no ser informada que será desarrollado líneas abajo, analizaremos los mínimos de información requeridos por la LBRAP aplicados al aborto.

¹⁰⁷⁰ LBRAP. Artículo 4 [Derecho a la información asistencial] 1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Teniendo en consideración la naturaleza empresarial de los centros que practican el aborto, éstos difícilmente proveerían a la mujer, de manera voluntaria, "toda la información disponible sobre la intervención" debido al posible efecto disuasivo que conlleva.¹⁰⁷¹ En efecto, una mujer, cliente potencial de estos centros, bien informada acerca de la naturaleza, finalidad, implicancias, consecuencias y riesgos del aborto podría desistir de su intención y optar por continuar su embarazo, por lo menos, hasta el punto de viabilidad que le permita dar en adopción al hijo no deseado o no planificado.

Así, esta falta de precisión en la delimitación de los requisitos y datos a comunicar ha ocasionado que diferentes clínicas dedicadas a la práctica del aborto brinden información superficial acerca de los procedimientos a emplear, bajo apariencia, claro está, de rigurosidad en la información. Por ejemplo, la *website* de la clínica Tutor Médica (Barcelona) describe el aborto de la segunda semana de la siguiente manera:

La técnica que utilizamos hasta las 19-20 semanas es la de dilatación y evacuación (D&E). Con experiencia, es una técnica poco lesiva para la mujer, generalmente no requiere ingreso y el mismo día regresa a su casa.

Después de la intervención se le entrega a la usuaria el Informe de Alta Restrictiva y una hoja con las instrucciones a seguir junto con la medicación y la forma para contactar con nuestro servicio de urgencias día y noche (incluso los festivos).¹⁰⁷²

En el caso de la Clínic Dator (Madrid), la información que figura en la *website* sobre aborto quirúrgico es la siguiente:

¹⁰⁷¹ *Vid supra*. Tercera Parte, capítulo 1, apartado 2 (Regulación de centros que practican el aborto); Segunda Parte, capítulo 2, apartado 2 (aborto *on-demand*) y capítulo 3, apartado 2 C) (el aborto como intervención médica voluntaria); *Vid infra*. Tercera Parte, capítulo 3, apartado 3.3.

¹⁰⁷² Agrupación Tutor Médica [ref. de 31 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.tutormedica.com/el-aborto-legal/procedimientos-y-protocolos>

- Por aspiración: Hasta las 18 semanas de gestación - Consiste en colocar una cánula y realizar una succión - Puede ser con anestesia general y con anestesia local hasta las 12 semanas - La estancia en la clínica es aproximadamente de 3 horas
- Por dilatación y evacuación: Normalmente por encima de las 18 semanas - Consiste en **[no completa la frase]** - Se realiza siempre con anestesia general - La estancia en la clínica es de más de 4 horas.¹⁰⁷³

Por tanto, es innegable que, si la ley no especifica expresamente qué aspectos deben informarse respecto del aborto y cómo, los centros proveedores de esta práctica no cumplirán con el encargo o lo harán de manera defectuosa, acorde con sus intereses empresariales. Lo recomendable en estos casos –como lo hacen los organismos reguladores de servicios públicos brindados por particulares– es que el Estado o cada comunidad autónoma elabore un *dossier* informativo impreso o digital, de distribución gratuita, con los datos relevantes acerca del procedimiento de aborto, riesgos, consecuencias y otra información que se considere relevante para asegurar la adecuada cantidad y calidad (objetividad, veracidad, etc.) de su contenido.

ii. En los términos de los artículos 10 LBRAP y requerimiento específico acerca de consecuencias del embarazo y aborto

Este artículo regula las condiciones de la información y consentimiento por escrito. El médico debe proporcionar al paciente-cliente, antes de recabar su consentimiento escrito, información básica acerca de las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; las contraindicaciones. Asimismo, se precisa que el médico responsable atienda a

¹⁰⁷³ Clínica Dator [ref. de 31 de enero de 2013]. Disponible en http://www.clinicadator.com/PAGINAS_WEB/ES/Mujer_Aborto_Procedimientos.awp

que cuanto más complejo sea el resultado, más necesario es el previo consentimiento por escrito del paciente.¹⁰⁷⁴

Dentro de este supuesto, el artículo 17.4 requiere, de manera precisa, que se informe a la mujer acerca de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

Esta normativa hace hincapié en la información mínima que debe proporcionarse de manera previa al consentimiento escrito de la mujer y enumera dos datos: los riesgos probables y relacionados con las circunstancias del paciente (que conoce y ha diagnosticado), y las consecuencias relevantes, específicamente, las médicas, psicológicas y sociales del aborto o de seguir con el embarazo.

Ahora bien, sucede que, como en el caso anterior, si la ley no especifica la información concreta respecto a estos puntos, difícilmente los proveedores de aborto explicarán de manera comprensible y detallada los riesgos y consecuencias médicos y psicológicos del aborto. De hecho, algunas clínicas abortivas manifiestan expresamente, a través de su *website*, que el aborto no experimenta consecuencias psicológicas de consideración¹⁰⁷⁵ o simplemente se silencian¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ LBRAP. Artículo 10 [Condiciones de la información y consentimiento por escrito] 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

¹⁰⁷⁵ "(1) El estrés que produce el embarazo no deseado y la situación previa aborto es de tipo medio-alto. (2) Más del 50 % de las mujeres presentan antes del aborto (I.V.E.) un nivel de ansiedad y depresión por encima del punto de corte para probable trastorno depresivo y/o de ansiedad. (3) En la mayoría de mujeres disminuye el nivel de ansiedad y depresión después de la IVE. Y alrededor del 10% se encuentra peor en ansiedad y depresión después del aborto. (4) Los datos no informan de se produzca un trauma post aborto ni patología psiquiátrica. Clínica Dator [ref. de 30 de enero de 2013] http://www.clinicadator.com/PAGINAS_WEB/ES/Mujer_Aborto_SindromePostAborto.awp

Incluso, algunos protocolos de actuación recomendados, como el documento OMS, que deben ser contrastados con otras investigaciones para lograr una mayor objetividad, afirman que "las secuelas psicológicas negativas en una muy pequeña cantidad de mujeres que **parecen ser** la continuación de afecciones preexistentes en lugar de ser el resultado de la experiencia del aborto inducido".¹⁰⁷⁷

Por otro lado, atendiendo a que nos encontramos ante un caso de medicina satisfactiva y, por tanto, el deber de información cobra mayor intensidad en contenido y calidad de la información, la ley debe exigir de manera expresa y con carácter obligatorio, la divulgación de algunos datos precisados por el Tribunal Supremo¹⁰⁷⁸:

- Padecimiento y condiciones personales de la mujer, de tal forma que se puedan definir con claridad los riesgos asociados a las circunstancias concretas de cada cliente.
- Necesidad de la intervención: Dado el carácter voluntario del aborto, es importante que la mujer conozca las dos opciones que tiene: abortar o llevar a término el embarazo.
- Características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma
- Alternativas terapéuticas significativas y en el caso de existir sólo un tratamiento, la alternativa es no intervenir.¹⁰⁷⁹ Aquí cabe advertir a la mujer que, frente a la supresión también existe la posibilidad, por ejemplo, de darlo en adopción a partir del punto de viabilidad.
- Riesgos previsibles y atípicos, conocidos según el estado de la ciencia.

¹⁰⁷⁶ Cfr. Clínica Belladona Espacio de Salud (Gijón) [ref. de 30 de enero 2013]. Disponible en <http://www.clinicabelladona.com/aborto/preguntas-frecuentes/>; Agrupación Tutor Médica (Barcelona) [ref. de 30 de enero de 2013]. Disponible en <http://www.tutormedica.com/guia-de-la-usuaria>; Clínica Callao (Madrid) [ref. de 30 de enero de 2013]. Disponible en <http://www.clinicacallao.com/servicios/interrupcion-voluntaria-embarazo>

¹⁰⁷⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Aborto sin..., op. cit.*, p. 49 [el resaltado es nuestro].

¹⁰⁷⁸ *Vid supra*. Tercera Parte, capítulo 2, apartado 4.2.

¹⁰⁷⁹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 488/2006 de 10 de mayo 2006.

- Complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio, tanto del embarazo como del aborto.
- Especificaciones muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal y las instituciones a las que puede acudir para tener mayor información acerca de las ayudas que se prestan en estas circunstancias.

Otro punto a resaltar es la alusión a las consecuencias sociales. Este aspecto de la información, si no se toman las precauciones debidas, podría estar sesgado por los prejuicios, estereotipos o suposiciones del médico tratante o quien se encargue de proporcionar dicha información. Dada la elevada carga social y asistencial que conlleva las posibles elecciones ante un embarazo no deseado o no planificado, es recomendable, según veremos más adelante, el establecimiento de centros de asesoría previa al aborto (*abortion counseling*) atendido con personal capacitado a tal efecto, para que la mujer tenga un espacio que le permita reflexionar acerca de la decisión sobre su embarazo y que va más allá de la deliberación acerca de la información sanitaria.

En el mismo sentido, el apartado VIII titulado "Información a la mujer gestante" del Dictamen de Consejo de Estado N° 1158/2010 de 17 de Junio de 2010 sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo, ya advertía esta situación.¹⁰⁸⁰ Proponía la inversión de los contenidos de información previstos en los artículos 17.1 y 17.2, porque el primero describe cuestiones generales reguladas por la LBRAP mientras que el segundo tiende a ilustrar la libertad de la mujer sobre si continúa o interrumpe la gestación. Incluso, considera que el segundo tipo de información sobre ayudas a la maternidad no puede ser estandarizado sino que debe proporcionarse de manera personalizada, no solo darse por escrito sino también verbalmente y, para

¹⁰⁸⁰ Dictamen de Consejo de Estado N° 1158/2010 de 17 de Junio de 2010 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo. p. 45 [ref. de 12 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2009-1384

darle protección debida al feto, debe orientarse a la protección de la maternidad y no al formento del aborto.

Finalmente, llama profundamente nuestra atención que el artículo 7 del Real Decreto 825/2010 disponga que la información sobre los riesgos y consecuencias del aborto se brinden en un tercer momento "con carácter inmediato y previo" a la prestación del consentimiento por escrito. Esta regulación solo se justifica en el marco de una política de promoción del aborto, en la medida que, de conocer los riesgos o consecuencias con tiempo, la mujer puede disuadirse de llevar a cabo dicha intervención, por tanto, para evitarlo, el legislador ha considerado apropiado no concederle tiempo para la reflexión y la toma de conciencia de la información sobre riesgos y consecuencias, no solo del aborto sino también de llevar a término el embarazo.

Queda clara, pues, la intención del legislador de no provocar en la mujer una decisión deliberada y consciente sobre su proceder en el caso de un embarazo no deseado o no planificado.

A.2) En el caso de aborto on-demand (artículo 14)

Las mujeres que optan por el aborto regulado en el artículo 14 (aborto libre hasta la semana 14 de gestación) recibirán, además de lo establecido en el párrafo anterior, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información, acompañado de un documento acreditativo de la fecha de la entrega:

- a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto
- b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento

- c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro
- d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo

La elaboración, contenidos y formato de esta información (art.14) será determinada por disposición reglamentaria.¹⁰⁸¹

Sin duda, se trata de información relevante que no debe ser reservada a las mujeres que quieren abortar según el artículo 14 LOIVE sino que debe estar a disposición y rápido acceso de toda mujer que se enfrente a un embarazo no deseado o no planificado, ya sea por motivos personales, emocionales, psíquicos, eugenésicos, económicos, sociales o "terapéuticos".

Como mencionamos en el caso de la información para todos los supuestos, resulta injustificable que el Real Decreto 825/2010 disponga que esta información sólo esté al alcance de la mujer en un segundo momento, no cuando solicita el aborto, sino cuando opta inicialmente por esta práctica. Esta forma de proceder no solo no tutela el interés por la protección de la vida prenatal, sino que condiciona a la mujer a elegir el aborto (cuya información es de fácil acceso), impidiéndole la reflexión sobre la posibilidad continuar el embarazo.

Así, la ausencia de datos de fácil acceso y comprensión (*user-friendly*) sobre ayudas al embarazo en el momento en que la mujer piensa en abortar, puede constituir un incentivo para hacer efectiva su decisión. Si tiene a su alcance información sobre ambas posibilidades, tiene mayor capacidad de tomar una decisión consciente y deliberada acerca de su embarazo.

¹⁰⁸¹ El anexo 3 contiene los documentos de apoyo a la maternidad incluidos en el sobre cerrado rotulado como "información sobre la IVE Art. 14 Ley Orgánica 2/2010".

A.3) En el caso de aborto por indicaciones (artículo 15)

Para el supuesto regulado por el inciso b) del artículo 15 (hasta la semana 22 de gestación, siempre que existan graves anomalías en el feto), el artículo 17.3 exige la entrega de:

- a) Información prevista en el apartado primero (distintos métodos de aborto, condiciones para la intervención, etc.)
- b) Información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas
- c) No se hace referencia a la entrega del sobre cerrado sobre ayudas a la maternidad y otros datos

En los casos del aborto legal del artículo 15 inciso a) (hasta la semana 22 de gestación, siempre que exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada) y del inciso c) (en cualquier momento, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable) no existe requerimientos específicos de información (*v.gr.* centros de ayuda de terapia fetal o cuidados paliativos fetales).

Al igual que en los casos anteriores, esta información debería estar a disposición de toda mujer, de manera verbal, escrita o telemática y no solo ser proporcionada por escrito en un segundo momento del procedimiento comunicativo (artículo 6 del Real Decreto 825/2010). No se entiende una norma que restrinja el acceso a información acerca de las ayudas al embarazo en casos de fetos con anomalías, salvo que se trate de una política sanitaria de corte eugenésica.¹⁰⁸²

¹⁰⁸² Sobre el aborto como medio de eliminar el síndrome de Down, cfr. DIXON Darrin P. Informed consent or institutionalized eugenics? How the medical profession encourages abortion of fetuses with Down syndrome. *Issues in Law & Medicine*. 2008, vol 24, núm. 1. pp. 3-59.

En el caso del inciso a) del artículo 15, entendemos que no existen requisitos específicos de información previa al CI porque el legislador juzga "no recomendable" proseguir el embarazo. Como este supuesto habilita el aborto ante la puesta en grave riesgo de la vida o salud de la mujer, el Estado, con ánimo tuitivo de su vida y salud, decide inicialmente por la mujer a favor de eliminar la supuesta causa de peligro (embrión/feto) y, por eso, no estima pertinente brindar a la mujer alternativas al aborto. No existe, pues, una reflexión sobre el condición de ser humano del feto ni la posible opción de la mujer —en un caso extremo y poco probable— de "dar la vida" por su hijo.

Un razonamiento similar se deduce de la falta de condiciones específicas del deber de información en el caso del inciso c) del artículo 15. Las anomalías fetales incompatibles con la vida detectada o la enfermedad extremadamente grave e incurable del feto en el momento del diagnóstico "recomienda", a criterio del legislador, el aborto, en el marco de una política eugenésica y de bienestar.¹⁰⁸³

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene recordar que el creciente desarrollo del Estado Social, particularmente sensible a la asistencia y atención a los discapacitados acorde con los acuerdos internacionales en esta materia, hace que previsiones eugenésicas sean innecesarias.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸³ En el debate actual acerca de la obligación "moral" de usar los conocimientos genéticos para mejorar la especie humana (*moral enhancement*) en el marco de la *New Eugenics* es interesante considerar la posición de SPARROW frente a la promovida por HARRIS y SAVULESCU. Cfr. SPARROW, Robert. A Not-So-New Eugenics: Harris and Savulescu on Human Enhancement. *Hastings Center Report*. 2011. vol 41, núm. 1. pp. 32-42; SAVULESCU, Julian. Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings. En: STEINBOCK, Bonnie (ed.). *The Oxford Handbook on Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 2006. pp. 516-535.

¹⁰⁸⁴ NAVARRO-VALLS, Rafael. *Análisis jurídico...*, *op. cit.*, pp. 36-37.

A.4) Consideraciones a partir de la experiencia norteamericana

Expuesto lo anterior, nos queda hacer un análisis comparativo a la vista de la realidad norteamericana.¹⁰⁸⁵ Una normativa que pretende, por un lado, proteger la elección libre, deliberada y consciente del aborto por parte de la mujer y, por otro, proteger la vida prenatal sobre todo, de la decisión no informada de su madre, debe necesariamente contar con información específica acerca de tres realidades: el procedimiento abortivo, el embarazo y las ayudas que brinda el Estado a la mujer gestante. Concretamente, debe especificarse la siguiente información:

i. Con respecto al procedimiento abortivo:

- Los datos del médico que realizará la intervención (por la eventualidad de una demanda por responsabilidad civil o el agradecimiento correspondiente por la labor realizada).
- Descripción –no resumen– del método de aborto propuesto y sus consecuencias, es decir, las fases del procedimiento y los actos que corresponden a cada acto, los materiales que se emplean, la explicitación expresa de la consecuencia principal que es la eliminación del feto en desarrollo (que de no haberse producido y si llega a término natural, dará a luz un niño con personalidad jurídica reconocida por el artículo 30 CC).
- Los riesgos médicos (típicos y atípicos) inmediatos y a largo plazo asociados con el método de aborto propuesto en la etapa gestacional que se encuentra (según las indicaciones de plazos), tales como: infección, hemorragia, perforación uterina o cervical, peligro para los embarazos posteriores (infertilidad futura) y un mayor riesgo de cáncer de mama; así como los riesgos psicológicos y la posibilidad del suicidio.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸⁵ *Vid supra*. Tercera Parte, capítulo 1, apartado 3.2.

¹⁰⁸⁶ Sobre consecuencias psicológicas y psiquiátricas del aborto, cfr. COLEMAN, Priscilla K. Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995 - 2009. *The British Journal of Psychiatry*. 2011, núm. 199. pp. 180-186.; GURPEGUIA, Manuel; JURADO, Dolores. Complicaciones psiquiátricas del Aborto. *Cuadernos de Bioética*. 2009, vol XX. pp. 381-392.

- Las alternativas al aborto, entre ellas la adopción o la puesta en contacto con los centros de ayuda a la mujer embarazada (Red Madre y otros) que proporcionan información adicional sobre las alternativas a este tipo de intervención.
- La necesidad de la terapia anti-Rh inmunoglobulina si la mujer que solicita el aborto es Rh negativo, el costo del tratamiento, las probabilidades de éxito y consecuencias de negarse a dicho tratamiento.

ii. Con respecto al embarazo

- Datos acerca de la edad gestacional, características anatómicas y fisiológicas (medidas, tamaño, desarrollo) y salud del feto al momento de solicitar el aborto. Resulta de utilidad, en estos casos, para una cognoscibilidad mayor de la situación del feto, el requerimiento de ultrasonido (ecografía bidimensional y a partir de la semana 12 volumétrica, 3D y 4D en tiempo real) y/o la auscultación fetal (valoración de la frecuencia cardíaca CFC), bien para que el médico conozca la ubicación precisa, viabilidad y el *status quo* intrauterino antes de la intervención, bien para que la mujer, accediendo a las imágenes y la posibilidad de auscultación fetal –escuchar el latido del corazón del feto en desarrollo– tome conciencia real de las implicancias de la decisión que pretende.
- Desarrollo normal del feto durante el embarazo, que incluye información acerca de las características anatómicas y fisiológicas del feto, particularmente en los momentos significativos de su evolución.
- Riesgos asociados con la continuación del embarazo hasta el nacimiento.
- La declaración científica expresa sobre la contribución de ambos padres a la constitución genética de los hijos.
- Información acerca del estatuto del embrión o, por lo menos, que según la embriología, el ser humano (vida biológica) se inicia en la concepción.

iii. Con respecto a los programas de apoyo al embarazo

- Programas de ayuda psicológica, social o económica a la mujer embarazada, incluyendo asistencia médica (atención prenatal, parto y neonatal) y asistencia temporal a la madre y al niño por necesidades familiares.
- Facilidades legales y judiciales para que la mujer embarazada haga efectiva la responsabilidad del padre de apoyar económicamente en el cuidado del niño por nacer, aún cuando se haya ofrecido a pagar el aborto y siempre que este sea conocido.

iv. El dolor fetal (a partir de la semana 20)

Una cuestión interesante que ha llamado nuestra atención en el caso norteamericano es la necesidad que la mujer conozca la capacidad del feto para sentir dolor (*Fetal pain*) a partir de la semana 20 de gestación. En estos casos, la mujer debe estar en posibilidad de conocer lo siguiente:

- Que se ha completado el proceso de formación de sistema nervioso (médula espinal, los tractos nerviosos, tálamo y corteza), necesario para sentir dolor y la descripción completa del procedimiento abortivo en esta etapa.
- Que antes de proceder al aborto se tiene que inyectar con anestesia al feto para evitar que sufra durante su eliminación.
- Que si el feto es viable, el médico debe hacer todo lo posible por salvar la vida del niño.

El detalle general de esta información debería ser de acceso público y estar publicado en material impreso, videos informativos e incluidos en la *website* oficial del Estado y, de ser el caso, del centro que proporciona el servicio de aborto.

B) INFORMACIÓN EN LOS DOCUMENTOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Según los datos recopilados, la información contenida en los documentos de consentimiento informado proporcionados a las mujeres que desean practicarse un aborto refleja la falta de estándares claros y específicos en la LOIVE. De hecho, las consultas vía correo electrónico efectuadas a la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del embarazo -ACAI manifiesta esta realidad:

En España no existe una información uniforme y específica sobre IVE, ya que ni las Administraciones Públicas tienen la obligación de informar, o de informar en los mismos términos, sobre la práctica sanitaria de Aborto Provocado; ni todos los centros utilizan la misma información en su contacto con la usuaria. No obstante, si quieres tener unas pautas aproximadas sobre la información que los centros acreditados de ACAI difunden entre sus usuarias puedes informarte en nuestra página *web*: <http://www.acaive.com>; donde encontrarás datos sobre técnicas, legislación, preguntas frecuentes, etc. que es de lo que se le informa a la mujer que demanda un aborto provocado y solicita la información a propósito del mismo. (Vid. Anexo 4)

En este contexto, se entiende que los formularios de consentimiento informado que se proporcionan a las mujeres en los centros especializados en la práctica de aborto no conste información suficiente sobre el procedimiento abortivo y/o sobre las consecuencias médicas, psicológicas o sociales del mismo, máxime si en este último caso la ley habilita "preferentemente" que la comunicación se realice de manera verbal, lo cual no ocurre respecto de los datos sobre apoyo a la maternidad.

Por ejemplo, en el caso de una conocida clínica Madrileña, el titulado "documento de información y autorización para la realización de la intervención bajo anestesia [local] / [general]" que firma la mujer antes del aborto quirúrgico contiene detalles relacionados con la anestesia (descripción de la técnica, riesgos típicos, alternativas al procedimiento) y una sección para ser rellenada por el médico acerca de los riesgos personalizados. No hace alusión alguna a la información acerca de la intervención abortiva (Vid. Anexo 4).

Otra clínica, siguiendo el modelo de ACAI (COIF-01), incluye información incompleta acerca de la descripción del procedimiento. En el caso del procedimiento quirúrgico, solo manifiesta lo siguiente: "El método quirúrgico" consiste en la evacuación uterina [*¿de qué?*] mediante legrado-aspiración [...] consiste en dilatar el cuello del útero y posteriormente extraer los componentes ovulares [*¿se refiere al feto en desarrollo?*] mediante cánulas de aspiración" (Vid. Anexo 4).

De igual forma, en el caso de las complicaciones o consecuencias, la redacción disminuye la carga emocional que pudiera generarse afirmando que "Toda intervención quirúrgica [...] lleva implícitas una serie de complicaciones comunes y potencialmente serias, que podrían requerir tratamientos complementarios". Otro apartado afirma "las complicaciones de la intervención aunque extremadamente raras podrían ser infecciones [...]" (Vid. Anexo 4).

Información más detallada acerca de la descripción del procedimiento puede apreciarse en el modelo de consentimiento informado de la ACAI (COIF-02) que desarrolla el método de inducción. Sin embargo, mantiene la deficiencia señalada anteriormente en relación con la mención de las consecuencias (Vid. Anexo 4).

C) ESTÁNDAR APLICABLE

El artículo 4.2 LBRAP establece que la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales y deberá ser verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. Adicionalmente, el artículo 8.1 reconoce el deber del médico de recabar el consentimiento libre y voluntario del paciente-cliente que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha establecido que la información al paciente debe hacerse efectiva de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto.¹⁰⁸⁷

De manera similar y apelando a la jurisprudencia del Alto Tribunal, la Audiencia Provincial de Madrid ha precisado que la LBRAP exige información razonable para que se conozca la trascendencia y alcance de la patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resulten de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas; en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa para consentir o negar la intervención.¹⁰⁸⁸

De lo anterior se deduce –como ha quedado establecido anteriormente– que la LBRAP ha adoptado un modelo orientado al paciente-cliente, también llamado el estándar subjetivo, es decir, el médico debe brindar la información suficientemente específica y de manera comprensible para que de una manera personalizada, acorde con sus necesidades personales e informativas, aquel pueda hacerse cargo de la decisión final acerca de su salud.¹⁰⁸⁹ Sin perjuicio de ello, es necesario que el Estado, con un interés legítimo en la protección del CI y de la vida prenatal, establezca unos "mínimos informativos" que permitan dar un toque de objetividad al proceso.

En el caso norteamericano, el estándar aplicado en el aborto es el objetivo, también llamado de la persona razonable. Aquí, el médico sólo tiene la obligación de informar al paciente aquello que un hipotético paciente razonable quisiera conocer para tomar una decisión libre y consciente sobre el cuidado de su salud.

¹⁰⁸⁷ *Vid supra*. Tercera Parte, capítulo 2, apartados 4.2 y 5.

¹⁰⁸⁸ Cfr. SAP de Madrid, núm. 23/2008 de 28 de enero de 2008.

¹⁰⁸⁹ *Vid Supra*. Primera parte, capítulo 2, apartado 4.2.

Probablemente esta sea la razón por la que la regulación jurídica es lo bastante precisa como para no ser omitida por el facultativo.

Bajo estas premisas, a pesar que la LOIVE hace referencia a la información clara, objetiva y comprensible, sus requerimientos informativos no permiten deducir la recta aplicación de un estándar legal o jurisprudencial. Primero, los requerimientos de información no son suficientes para que la mujer tome una decisión consciente y deliberada acerca de su embarazo. Segundo, la distribución en fases no facilita ni el acceso ni la comprensión de la información, evitando que la mujer obtenga una visión panorámica de su situación y de las alternativas que tiene.

Según se desprende del preámbulo LOIVE y del Real Decreto 825/2010, parecería que nos encontramos ante el estándar concebido por el legislador (una suerte de "*legislative standard*"), quien de manera unilateral, establece la información que considera relevante a efectos de que la mujer logre una decisión informada y deliberada, sin ampararse en un estándar hipotético (de la persona razonable), subjetivo (según las circunstancias concretas de cada cliente) ni tampoco que dependa de la valoración de la práctica médica (estándar profesional). Este nuevo estándar está claramente avocado a la protección del "derecho a la maternidad" libremente decidida, según los medios que el legislador ha considerado oportunos.

2.3. FORMALIDAD DE LA COMUNICACIÓN

En el caso del consentimiento para el aborto, además de los requerimientos de información específica, tres cuestiones resultan fundamentales para asegurar tanto la protección del *fully-informed consent* de la mujer como la protección de la vida humana prenatal:

Primero, que los datos gocen de veracidad y se encuentren redactados en términos comprensibles (no técnicos) que le permitan a la mujer conocerlos –aprehenderlos– y comprenderlos para estar en capacidad de efectuar un discernimiento a partir de ellos.¹⁰⁹⁰ Qué duda cabe que un procedimiento informativo que difunda datos objetivos acordes con la verdad –entendida esta como la realidad de las cosas¹⁰⁹¹– o fundada en fuentes fiables brinda a la mujer un espacio de libertad para reflexionar acerca de la decisión sobre su embarazo no deseado.

Segundo, resulta esencial que se generen vías de fácil acceso y manejo de la información (*user-friendly*) que le permita tomar conciencia de las dos opciones que tiene frente a un embarazo no deseado (aborto o nacimiento), a pesar de las circunstancias sociales, económicas, personales o de cualquier otra índole en las que se encuentre.

Tercero, es necesario que la mujer, dada la envergadura de la decisión, tenga tiempo y espacio efectivos que le permitan la consideración de las opciones que tiene frente a un embarazo no deseado (*abortion counseling / waiting period*).¹⁰⁹²

A) IMPORTANCIA DEL TIEMPO DE ESPERA Y DEL ABORTION COUNSELING

Para obtener un consentimiento realmente deliberado y libre, se hace indispensable promover la reflexión de la mujer acerca de las alternativas que tiene frente a un embarazo no deseado. Como medios para conseguirlo, se viene

¹⁰⁹⁰ Cfr. LLANO, Carlos. *Examen filosófico del acto de la decisión*. Pamplona: Eunsa, 2010. pp. 67 y ss.

¹⁰⁹¹ Sobre la noción de verdad, cfr. BALMES, Jaime. *El criterio*. Barcelona: Ed. Balmes, 1996. p. 3.

¹⁰⁹² En el mismo sentido, cfr. CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE MÉDICOS. *Declaración de la Organización Médica Colegial sobre el Proyecto de Ley de la Salud Sexual y Reproductiva (Ley de Aborto)*. Madrid, 11 de diciembre de 2009 [ref. de 30 de enero de 2013]. Disponible en https://www.cgcom.es/sites/default/files/comunicado_leyaborto_0.pdf. En el mismo sentido, se ha pronunciado esta institución en documento de fecha abril de 2011. Cfr. Informe de la Comisión Deontológica del Colegio Oficial de Médicos de Madrid: Reflexiones sobre la ley de aborto y la implicación deontológica de los médicos.

utilizando en la experiencia norteamericana dos herramientas: el tiempo de espera y el asesoramiento para el aborto.

A.1) Tiempo de espera

Actualmente, solo para el caso del aborto *on-demand*, el inciso b) del artículo 14 LOIVE se requiere que exista un plazo de al menos tres días entre la información sobre las ayudas a la maternidad (art.17.2) y acerca de los riesgos y consecuencias del embarazo y el aborto (art. 17.4) y la realización de la intervención. No obstante lo establecido en la LOIVE, el artículo 7 del Real Decreto 825/2010 restringe *contra legem* la información acerca de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales del aborto al momento inmediato anterior a la prestación del consentimiento escrito, haciendo caso omiso del periodo de tres días establecido por el inciso b) del artículo 14 LOIVE (y que incluye los apartados 2 y 4 del artículo 17), que le sirve de fundamento.

Entrando al análisis del periodo de espera de 72 horas, nos parece afortunada esta exigencia en tanto que permite un tiempo prudencial para promover el proceso reflexivo de la mujer, a la luz de la información expuesta. Sin embargo, es un error reducirlo tan sólo al caso del aborto *on-demand* en lugar de extenderlo a todos los supuestos legales de aborto, salvo que, como afirmamos anteriormente, exista detrás una política sanitaria eugenésica por parte del Estado.

Una segunda cuestión –que ya ha sido advertida– es que el transcurso de este periodo de tiempo antes que un mecanismo de soporte para la mujer puede ser fuente de ansiedad. Ello debido a que el acceso a las referencias informativas sobre el aborto (la divulgación por cualquier vía de los datos sobre la IVE del art. 17.1 en un momento anterior, el sobre cerrado en caso de los datos del art.17.2 y la restricción a una etapa inmediata anterior al otorgamiento del consentimiento para la información del art. 17.4) tienden a generar interferencias sustanciales –a modo de un *undue burden* norteamericano– en la capacidad, actitud y disposición

de la mujer para proceder al discernimiento acerca de su estado no deseado, orientándola hacia la opción por la práctica del aborto.

En consecuencia, el acceso a la información acerca del procedimiento abortivo, el embarazo y las ayudas a la maternidad brindadas por personal capacitado en el marco de un asesoramiento previo, puede ayudar no solo a reducir la tensión originada por la situación personal de la mujer y el tiempo de espera sino que se puede convertir en un auténtico espacio de reflexión y de toma de decisiones conscientes y deliberadas.

En el caso norteamericano, el consenso acerca del periodo de espera se sitúa en un promedio de 24 horas entre la recepción de toda la información y la práctica del aborto. Este mecanismo va acompañado del asesoramiento respectivo que le brinda a la mujer recursos para reflexionar acerca de su decisión, de tal forma que ésta sea consciente, libre y deliberada.

A.2) Asesoramiento para el aborto

El asesoramiento en el aborto está enfocado para ayudar a la mujer en el proceso de toma de decisión acerca de su embarazo no deseado. Ello no entorpece la decisión libre ni condiciona a la mujer sino que es un medio de ayuda para promover su reflexión acerca de las alternativas, según sus circunstancias personales, teniendo en cuenta las implicancias de cada una de las opciones.¹⁰⁹³

La LOIVE ni el Real Decreto 825/2010 contienen la exigencia legal de asesoramiento previo y postaborto. Sin embargo, hacen referencia a este como parte de la información que se le entrega a la mujer en sobre cerrado en el caso del aborto *on-demand* (inciso d) del art.17.2 LOIVE), tres días antes de la

¹⁰⁹³ Cfr. STEINBERG, Terry Nicole. Abortion Counseling: To Benefit Maternal Health. En: *American Journal of Law & Medicine* . 1989, vol 15, núm. 4, pp. 483-517.

realización efectiva de la intervención abortiva (inciso b) del art. 14). Sobre la forma (sobre cerrado) y la finalidad *pro-choice*, nos remitimos a las consideraciones hechas anteriormente.

Llama nuestra atención el hecho que en el preámbulo LOIVE señala que si bien los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información. En otro apartado precisa que la mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención.

Sin embargo, según los documentos a los que hemos tenido acceso a través del Departamento de IVE de la Comunidad de Madrid en enero de 2012¹⁰⁹⁴, las políticas activas del Estado de apoyo a la mujer embarazada y a la maternidad –a diferencia de lo establecido en las listas de la Comunidad– no hacen referencia a la posibilidad de acceso al asesoramiento previo o posterior al aborto, limitándose a enumerar –lejos de un estándar *user-friendly*– las prestaciones de asistencia sanitaria, prestaciones familiares, beneficios laborales, fiscales, ayudas en materia de empleo y protección frente a la discriminación al alcance de la mujer (*Vid.* Anexo 3).

De otro lado, conforme lo establece el artículo 4 .1 LBRAP, la información debe darse, generalmente, de manera verbal. Sin embargo, bajo las condiciones formales que regula el artículo 17.2 LOIVE, la mujer no recibe verbalmente la información sino por escrito y en sobre cerrado, por lo que difícilmente ésta tomará conciencia de las posibles ayudas o asesoramiento que ofrece el Estado antes y después del aborto. Resulta, pues, evidente, la contradicción entre el preámbulo de la norma y su contenido.

¹⁰⁹⁴ Las mujeres que acuden al Departamento de IVE de la Comunidad de Madrid no pretenden un asesoramiento en los términos ya expuestos sino que se les otorgue el visto bueno de la Comunidad que financiará la intervención.

Por lo demás, la eficacia de esta herramienta se encuentra sustentada en la necesidad de valoración de las opciones del paciente-cliente luego de recibida la información correspondiente, amparada en el artículo 8.1 LBRAP. De igual forma, la pertinencia de este requerimiento se confirma *mutatis mutandi* en la sentencia de 22 septiembre de 2010 del Tribunal Supremo, cuando sostiene que la información al paciente debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente, de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto.¹⁰⁹⁵

Asimismo, el apartado VIII del Dictamen de Consejo de Estado sobre el anteproyecto de LOIVE recomienda que la información relativa a las ayudas al embarazo no sea estandarizada sino personalizada y, también entregada verbalmente. Propone que, para preservar la objetividad de la información, el Estado elabore un protocolo que deberá hacer mención a los supuestos del artículo 17, siendo evidente que ello requiere un personal debidamente formado y especializado que no puede ser exclusivamente el sanitario sino que debe contemplar los aspectos sociales y asistenciales relativos a la continuidad o terminación del embarazo.¹⁰⁹⁶

De la misma manera, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo propone, conforme al método establecido en alguno de los países del entorno democrático europeo, el establecimiento de un asesoramiento (no una mera entrega de documentación) obligatorio y reglado en el caso que una mujer exprese su deseo o intención de abortar. En este acto se debe incluir información clara y

¹⁰⁹⁵ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 567/2010 de 22 de septiembre de 2010. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 2/2009 de 21 de enero de 2009, núm. 1132/ 2006 de 15 de noviembre de 2006.

¹⁰⁹⁶ Cfr. Dictamen de Consejo de Estado Nº 1158/2010 de 17 de Junio de 2010 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo. pp. 45-49.

entendible, realizada por una entidad independiente, acerca de las posibles ayudas a problemas que empujen al aborto (matrimoniales o de pareja, laborales, legales, etc.,) así como de los posibles riesgos y secuelas del aborto (como en cualquier intervención quirúrgica), ayudas a la familia u otras opciones como la entrega en adopción del hijo finalmente alumbrado, de tal forma que sea compatible con la doctrina de la STC 53/1985. Tras esto, en un plazo que debería ser de al menos una semana, con un documento en el que se certifique que ha recibido esta información, la mujer podrá decidir libre y responsablemente qué hacer en cualquier sentido.¹⁰⁹⁷

En este orden de ideas y con mayor razón en el caso de intervenciones de medicina satisfactiva como es el caso del aborto, sería deseable que la regulación española hubiera incluido no solo en el preámbulo sino también en la práctica, si no el requerimiento expreso del *counseling* proporcionado por las Comunidades Autónomas o el Estado o las entidades designadas por estos, por lo menos, medios de fácil y rápido acceso para que la mujer conociera las entidades que lo brindan.

Estas conclusiones difieren, por lo demás, con las afirmaciones –no razonadas– sostenidas en el protocolo estandarizado sobre aborto sin riesgos de la OMS, donde claramente se desaconseja el requerimiento de periodos obligatorios de espera, el asesoramiento sobre cuestiones no relacionadas directamente con la atención del aborto, el requerimiento de ecografías y sonogramas.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁷ Cfr. Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo [ref. de 15 de julio de 2009]. Disponible en: <http://www.fiscal.es/cs/>

¹⁰⁹⁸ "¿Se minimizan los retrasos para la búsqueda del cuidado? [...] Sin periodos de espera obligatorios. [...] - ¿Existen otras barreras potenciales a la prestación del servicio? [...] asesoramiento obligatorio más allá de la provisión de información adecuada relevante para la atención del aborto de la mujer; requisito de ecografía obligatoria antes del aborto; requisito de que las mujeres escuchen los latidos fetales antes del aborto [...]" ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Aborto sin...*, op. cit., p. 78 [Cuadro 3.3].

B) FASES DE LA COMUNICACIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

El quinto apartado del artículo 17 precisa que la información debe ser clara, objetiva y comprensible. Asimismo, se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita. Frente a esta "posibilidad", cabe recordar la regla general sobre información verbal del artículo 4.1 LBRAP, con obligación de dejar constancia de ello en la historia clínica.

En el caso de las personas con discapacidad, este apartado advierte que la información se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades. Puede ser otorgada de manera verbal o escrita, dependiendo del caso que se trate.

Por su parte, los artículos 4 a 7 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio regula, entre otros, el procedimiento formal de divulgación de la información especificada por el artículo 17 LOIVE, estableciendo tres fases sucesivas, cuyo conjunto –según precisa su preámbulo– garantiza que la mujer embarazada obtenga una información objetiva y personalizada. En el siguiente cuadro presentamos de forma esquemática las tres fases establecidas por el Real Decreto y las características del proceso informativo que deben cumplirse en cada una.

**FORMALIDAD Y CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PREVIA AL
CONSENTIMIENTO**

Tiempo	Artículo 14 A solicitud de la mujer	Artículo 15 Causas médicas	
		Inciso b)	a) y c)
Primer momento:¹⁰⁹⁹ A quien solicita el aborto	<u>Forma:</u> Por escrito y verbalmente, directa o indirectamente (teléfono, correo, internet, web...) <u>Contenido:</u> – Distintos métodos de IVE – Condiciones legales para la IVE – Centros públicos y acreditados para la IVE – Trámites para acceder a la prestación IVE – Condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente		
Segundo momento: A quien decide abortar y antes de otorgar el CI (por escrito)	<u>Forma:</u> En sobre cerrado y sólo personalmente. <u>Contenido:</u> – Información sobre apoyo e incentivos a la mujer embarazada y la maternidad¹¹⁰⁰. – Datos de centros para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro. – Datos de centros en los que la mujer recibe voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. <u>Documento anexo al sobre cerrado:</u> acreditativo de la fecha de la entrega <u>Tiempo de espera:</u> por lo menos tres días desde la información mencionada y la realización del aborto.	<u>Forma:</u> Por escrito. <u>Contenido:</u> – Los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad – La red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas. – <u>Forma:</u> sobre cerrado y personalmente¹¹⁰¹ No se requiere documento acreditativo de la fecha de la entrega	

¹⁰⁹⁹ El artículo 17 LOIVE otorga el acceso a esta información a todas las mujeres que "manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo".

¹¹⁰⁰ *Contrario sensu*, si no se opta por la IVE y decide continuar el embarazo, no se entregará a la mujer la información sobre apoyo y ayudas a las mujeres embarazadas (ayudas públicas, cobertura sanitaria, derechos laborales, prestaciones y ayudas para el cuidado y atención de los hijos, beneficios fiscales, entre otros beneficios).

¹¹⁰¹ El artículo 6 del Real Decreto 825/2010 establece que esta información se entregará a la gestante en un sobre que especifique esta circunstancia (Artículo 15.b) LOIVE) y tendrá, por lo demás, los requisitos y características detalladas en el artículo anterior, salvo la necesidad de incorporar el dato relativo a la fecha en que se entrega. Esta formalidad (sobre cerrado) no figura en la LOIVE.

**FORMALIDAD Y CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PREVIA AL
CONSENTIMIENTO**

Tiempo	Artículo 14 A solicitud de la mujer	Artículo 15 Causas médicas	
		Inciso b)	a) y c)
Tercer momento: Con carácter inmediato y previo al otorgamiento del CI	Informar a la mujer en los términos del art. 4 y 10 de la Ley 41/2002 – La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias – El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente. – Los pacientes tienen derecho a: ○ Conocer toda la información disponible sobre la misma. ○ Que se respete su voluntad de no ser informada.		
	Requerimientos específicos: – Preferentemente en forma verbal – Brindar información sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.		

Fuente: Elaboración propia

i. Primera Fase: Información general (cualquier medio)

En la primera fase se aborda la información general, aplicable a todos los supuestos legales (art. 17.1 LOIVE). En estos casos, además de por escrito, la información podrá ser prestada verbalmente, bien de forma directa, bien telefónicamente, o por medios electrónicos o telemáticos, incluidas las *website* de las consejerías y de los centros de los que se trate. Lo anterior se adecúa a las exigencias de forma de la comunicación establecidas en la LBRAP.

No obstante ello, como ha quedado dicho, la información divulgada en esta fase es insuficiente para una recta protección de la decisión informada y deliberada de la mujer y la protección efectiva del feto en desarrollo. Faltaría hacer mención a los tipos de apoyo a la maternidad –v.gr. económico, social, asistencial,

psicológico— centros de terapia fetal y cuidados paliativos, los riesgos y consecuencias específicos de cada uno de los tipos de aborto, el dolor fetal, entre otros.¹¹⁰²

Asimismo, a la vista de la complejidad de la decisión y de los intereses en juego, se requiere de un asesoramiento previo, objetivo y personalizado, llevado a cabo por personal cualificado para tal efecto (médicos, asistentes sociales, psicólogos, etc.) que permita asegurar un adecuado proceso informativo que brinde a la mujer la posibilidad de tomar conciencia acerca de las opciones que tiene frente a un embarazo no deseado, acorde con sus necesidades vitales.

ii. Segunda fase: Protección de la maternidad (sobre cerrado)

En una segunda fase, según el preámbulo de este Real Decreto, orientada a la "protección de la maternidad" en los supuestos del artículo 14, se ofrece información sobre las ayudas públicas y derechos vinculados al embarazo, a la maternidad y otros especificados en el artículo 17.2 LOIVE.

Se entrega en un sobre cerrado elaborado y editado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vaya a practicarse la intervención, que especifique "Información sobre la IVE. Artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010".¹¹⁰³ Llevará adherido un documento, que deberá poder separarse físicamente de éste, en el que se acreditará y certificará la fecha en que se entrega, así como una nota en caracteres suficientemente legibles del siguiente tenor literal: "La información contenida en este sobre puede ser ofrecida, además, verbalmente, si se solicita. Artículo 17.5 de la Ley Orgánica 2/2010". La entrega del sobre a la mujer gestante interesada es personal. En ningún caso la información podrá ser facilitada telefónicamente o por medios electrónicos o telemáticos. Tampoco podrá ser enviada por correo.

¹¹⁰² Vid *supra* Tercera Parte, capítulo 3, apartado 2.2.A).

¹¹⁰³ Vid. Anexo 4.

Al igual que en la LOIVE, se recuerda que la información contenida en el sobre será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

Por otra parte, como ha quedado dicho, en los supuestos de aborto del artículo 15 b), además de la información general (art.17.1) y de acuerdo con el artículo 17.3 LOIVE, se entregará a la mujer interesada información referente a los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a dichas personas. La entrega se hará a la gestante en un sobre (no precisa "cerrado") que especifique " Información sobre la IVE. Artículo 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010" y tendrá, por lo demás, los requisitos y características detalladas en el artículo anterior, salvo la necesidad de incorporar el dato relativo a la fecha en que se entrega.

Con relación a esta fase, queda claro que la intención del legislador se inclina a facilitar la opción por el aborto a la mujer. La finalidad de "protección de la maternidad" que proclama en el preámbulo no encuentra eficacia práctica en la entrega de datos sobre las posibilidades de ayuda a la maternidad en sobre cerrado y sólo personalmente. Estas condiciones no solo evitan un acceso rápido y sencillo a la información sino que impiden una oportunidad para que la mujer cuestione o delibere la opción por el aborto.

De manera análoga al razonamiento establecido en *Planned parenthood v. Casey* (1992) respecto de la opción por el esquema trimestral, entendemos que si bien se pretende con esta regulación asegurar en la práctica el respeto por la decisión de la mujer a favor del aborto frente al interés del Estado en la promoción de la vida prenatal, esta no es la mejor forma.¹¹⁰⁴ Por el contrario, contribuye a la afectación

¹¹⁰⁴ *Planned parenthood v. Casey* (1992) establecía que "The trimester framework no doubt was erected to ensure that the woman's right to choose not become so subordinate to the State's interest in promoting fetal life that her choice exists in theory but not in fact. We do not agree, however, that the trimester approach is necessary to accomplish this objective. A framework of

—probablemente inconsciente— de la facultad de la mujer a decidir entre dos opciones: el aborto o llevar a término natural el embarazo, apoyada en las ayudas proporcionadas por el Estado y otras entidades para tal efecto.

iii. Tercera fase: inmediatamente anterior al CI escrito

A la tercera fase corresponde la información médica inmediatamente anterior a la prestación del consentimiento por escrito. Se informará a la mujer, de preferencia verbalmente, acerca de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, en los términos de los artículos 4 y 10 LB RAP, es decir, teniendo en consideración el derecho de la mujer de recibir toda la información disponible sobre este procedimiento, que se respete su voluntad de no ser informada y, en cuanto al contenido, que comprenda, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos, contraindicaciones y consecuencias y que se deje constancia de ello en la historia clínica.

Nuevamente, a partir de la regulación de esta tercera fase se puede deducir la política de promoción del aborto en los términos expuestos de manera precedente. A sabiendas que la información es la circunstancia determinante de la decisión de la mujer embarazada de seguir adelante con la gestación o de proceder a su terminación —según se afirma en el preámbulo— limita el tiempo de acceso a los datos acerca de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales del aborto y de llevar el embarazo a término natural, a un momento anterior a la firma del consentimiento informado, evitando así el posible efecto disuasivo que la reflexión sobre los mismos podría acarrear sobre su decisión.

this rigidity was unnecessary and in its later interpretation sometimes contradicted the State's permissible exercise of its powers". 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791.

Esta limitación temporal no permite que la mujer goce de un plazo de reflexión para re-considerar la mejor opción en su caso, a la luz de la información completa sobre la intervención a la que se someterá. Corresponde, pues, en estas circunstancias, que la mujer cuente con toda la información disponible sobre el embarazo, el procedimiento abortivo y ayudas a la maternidad con un tiempo anterior suficiente, que le permitan valorar deliberadamente las opciones que tiene frente a un embarazo no deseado.¹¹⁰⁵

Por otro lado, llama nuestra atención que el Dictamen de Consejo de Estado N° 1158/2010 de 17 de Junio de 2010 acerca del Proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (hoy Real Decreto 825/2010) no evidenciara en la redacción del mismo alguna de las cuestiones jurídicas mencionadas en este apartado.¹¹⁰⁶

2.4. SOBRE EL ABORTO DE MENORES DE EDAD

Con relación al aborto de menores de edad, el punto cuarto del artículo 13 prescinde del consentimiento parental y otorga a las mujeres de 16 y 17 años, exclusivamente, la capacidad de elegir si abortan o no, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Esta decisión deberá ser informada al menos a uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores responsables, salvo que la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave,

¹¹⁰⁵ *Vid supra* .Tercera Parte, capítulo 3, apartado 2.2.A).

¹¹⁰⁶ Cfr. Dictamen de Consejo de Estado N° 1158/2010 de 17 de Junio de 2010 acerca del Proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo [ref. de 30 de enero de 2013]. Disponible en: http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2010-1158

manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

Sobre el aspecto formal de estas disposiciones, el artículo 8 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio precisa que, en estos casos, la mujer de 16 o 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado cuarto del artículo 13 LOIVE. El documento será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención. Si se acoge a la excepción prevista para prescindir de esta comunicación, el médico encargado de practicar el aborto deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social.

Dado que nuestra investigación se centra en las mujeres mayores de 18 años, no analizaremos este supuesto, que entraña una investigación profunda sobre la capacidad de la mujer de 16-17 años para tomar decisiones como el aborto, particularmente en los casos del menor maduro.

Solo advertiremos que, en este supuesto, la jurisprudencia y legislación norteamericana admiten el consentimiento parental de, por lo menos uno de los padres o tutores legales. Junto con ello, ante la imposibilidad de obtener el permiso por motivos de convivencia o salud psíquica, se establece como vía alternativa el *bypass judicial*, que implica la posibilidad que tiene la menor de acudir al Juzgado para solicitar el consentimiento, sin contar con los padres.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁷ Vid *supra*. Tercera Parte, capítulo 1, apartado 1.4-1.5 y apartado 2.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

El incumplimiento de la obligación de informar puede darse de diferentes formas. En primer lugar, es posible que exista carencia de información o inexistencia de consentimiento informado.¹¹⁰⁸ Un contexto idóneo para este supuesto es la creencia errónea que el paciente-cliente conoce la información ya sea por haberse sometido a intervenciones médicas similares previamente, por la profesión que desempeña, suponer que se trata de una intervención "conocida", etc. No obstante la falta de unanimidad en la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre el particular¹¹⁰⁹, el Tribunal Constitucional ha establecido que estas presunciones no son determinantes a tenor de lo dispuesto por la LBRAP, más aún si se tiene en consideración que brindar información previa al consentimiento en cada actuación médica es el mecanismo idóneo para asegurar la protección del derecho fundamental a la integridad personal.¹¹¹⁰

Como complemento de esta argumentación, ante el incumplimiento del deber de información o la ausencia de prueba, alguna sentencia del Tribunal Supremo ha admitido que esta infracción carece de consecuencias si se puede demostrar que el paciente ha adquirido por otras vías los datos necesarios.¹¹¹¹

En segundo lugar, es posible que el incumplimiento ocurra por brindar al paciente información incompleta, insuficiente o incorrecta (defectuosa), particularmente aquella relacionada con los riesgos de un tratamiento o intervención –sobre todo en el caso de la medicina voluntaria– y con el diagnóstico o el resultado de

¹¹⁰⁸ Cfr. ARCOS VIEIRA, María Luisa, *op. cit.*, pp. 21-22.

¹¹⁰⁹ Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de septiembre de 2005; STS (Sala de lo civil) núm 44/2004 de 10 de febrero de 2004, núm. 239/2000 de 7 de marzo de 2000.

¹¹¹⁰ Cfr. STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011. *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 3, apartado 4.2.G.1).

¹¹¹¹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 512/2006 de 18 de mayo 2006; núm 44/2004 de 10 de febrero de 2004, núm. 447/2001 de 11 de mayo de 2001; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de octubre de 2002, de 14 de octubre de 2000.

pruebas.¹¹¹² Ello sucede por cuanto, como hemos visto líneas arriba, no es fácil determinar *a priori* el contenido de la obligación de información dada las variables de las que depende (circunstancias concretas del paciente, la técnica y el estado de la ciencia) particularmente en el caso de la medicina curativa.¹¹¹³ Situación distinta se aprecia en el caso de la medicina satisfactiva.

Un tercer supuesto lo constituye la falta de prueba del cumplimiento del deber de información material. En este caso, si bien el médico pudo haber cumplido dicha obligación, no ha sido posible acreditar fehacientemente que haya sucedido en los hechos o que haya resultado adecuada para que el paciente pueda tomar una decisión libre y consciente acerca de su salud.

Estas modalidades de incumplimiento del deber de información –material o formal– pueden generar o no ciertos daños y traer consecuencias jurídicas en el ámbito civil, penal¹¹¹⁴, deontológico-normativo¹¹¹⁵ e, incluso, constitucional.¹¹¹⁶

¹¹¹² Cfr. ARCOS VIEIRA, María Luisa, *op. cit.*, pp. 32-42.

¹¹¹³ *Ibid.*, pp. 42-52.

¹¹¹⁴ En el ámbito penal, serán de aplicación los artículos del Código Penal que tipifican faltas o delitos derivados de la ausencia o defecto de información, tales como el artículo 145*bis* sobre falta de información previa al aborto y las normas de responsabilidad civil del mismo cuerpo legal (art. 109 -122 CP). Una anotación breve y clara acerca de los delitos y faltas (CP) aplicables a los profesionales sanitario en: MEDIURIS S.L. *Mediuris: derecho para el profesional sanitario. Pról. (a la 1ª ed.)* Fernández Vara, Guillermo; Jimenez Murillo, Luis (prol.). Madrid: Marcial Pons, 2011. pp. 457-487.

¹¹¹⁵ En este caso, el artículo 2 del Código de Deontología Médica-Guía de Ética Médica (julio 2011) establece que el incumplimiento de los artículos relacionados con el deber de información del médico contenidos en este cuerpo normativo (entre otros, el artículo 55 sobre información acerca del aborto) supone incurrir en falta disciplinaria regulada en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, aprobados mediante Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales. También se incurre en falta disciplinaria el incumplimiento de lo dispuesto la Declaración elaborada por la Comisión Central de Deontología y Derecho Médico sobre "El Consentimiento Informado en la Práctica Médica", aprobada por la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, en sesión celebrada el día 29 de mayo de 2010.

¹¹¹⁶ Mediante sentencia de 28 de marzo de 2011 el Tribunal constitucional resuelve una acción de amparo a favor del paciente estableciendo que existió un incumplimiento del deber de información previa que ha originado una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Consideró que cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar. No siendo posible admitir "que resulte suficiente [en 2005], como entendieron las

A continuación, para efectos de nuestra investigación y sin ánimo de exhaustividad, centraremos nuestra atención en las consecuencias que surgen en el ámbito civil.

Según hemos visto anteriormente, es doctrina reciente del Alto Tribunal (Sala Civil y Contencioso-Administrativa) –confirmada por el Tribunal Constitucional¹¹¹⁷– que el incumplimiento del deber de información previa (ya se trate de información defectuosa, insuficiente, incorrecta o ausente) y de recabar el consentimiento del paciente ante cualquier actuación clínica implica una vulneración de la *lex artis ad hoc* o diligencia profesional exigible:

La información constituye un presupuesto y elemento esencial de la "lex artis" y como tal forma parte de toda actuación esencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico [...]. La información tiene como finalidad proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses.¹¹¹⁸

A mayor abundamiento, en su sentencia del 4 de marzo de 2011, el Alto Tribunal precisa que la falta de información implica una *mala praxis* médica que no sólo es relevante desde el punto de vista de la imputación de responsabilidad sino que es además una consecuencia que la LBRAP procura que no suceda, de tal forma que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, junto con los derechos inviolables que le son inherentes, son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).¹¹¹⁹

resoluciones impugnadas, la información prestada al actor con ocasión de un cateterismo [cardíaco] realizado en 1994 (con acceso, además, por vía distinta)."

¹¹¹⁷ Cfr. STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011.

¹¹¹⁸ STS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 618/2008 de 18 junio de 2008. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 1132/2006 de 15 noviembre 2006, núm. 1/2011 de 20 de enero de 2011, núm. 323/2011 de 13 de mayo de 2011; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de septiembre de 2005.

¹¹¹⁹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 101/2011 de 4 de marzo de 2011.

Así pues, la actuación decisoria pertenece al paciente-cliente y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar posteriores consecuencias. Ahora bien –prosigue el Tribunal– atendiendo a la diferencia entre medicina curativa y voluntaria, qué duda cabe que los efectos que origina la falta de información se agravan si nos encontramos en el segundo supuesto en el que el deber de informar adquiere mayor relevancia.¹¹²⁰

Tal es el caso del aborto, intervención perteneciente a la medicina voluntaria en la que el médico se obliga a la obtención de un resultado (la eliminación del feto). Teniendo tal condición, si la mujer opta por el aborto debido a que no obtuvo del médico la información suficiente sobre el procedimiento, riesgos y alternativas y, una vez conocida, se arrepiente de la decisión, es posible que haya generado en la cliente un daño moral y psicológico perfectamente indemnizable.

En este orden de ideas, atendiendo al hecho que la información es un elemento sustancial en el proceso de toma de decisión y su ausencia o defecto supone una infracción a la *lex artis ad hoc* e implica una prestación inadecuada del servicio sanitario, los efectos de su incumplimiento pueden ser palpables en tres aspectos: la existencia de un eventual vicio del consentimiento, la generación de responsabilidad civil y la posible aplicación del artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

¹¹²⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 101/2011 de 4 marzo de 2011; *Vid supra*. Tercera Parte, capítulo 2, apartado 4.4.

3.1. DEFECTO DE INFORMACIÓN Y VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

El análisis de los vicios del consentimiento provocados por la información defectuosa o la carencia de la misma, requiere hacer referencia a la diferencia entre el consentimiento contractual para la validez del contrato y el consentimiento-legitimación (consentimiento informado), aunque ambos se manifiestan *ab externo* en la misma declaración de voluntad.¹¹²¹

El consentimiento necesario para la formación del contrato nace, de acuerdo al artículo 1262 CC, por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.¹¹²² A partir de este, se crea la relación contractual y surge, principalmente, la obligación del médico de prestar sus servicios profesionales y del paciente-cliente de pagar unos honorarios.

Como consentimiento-legitimación (también llamado consentimiento informado), su manifestación hace lícita la intervención del médico sobre el cuerpo del paciente-cliente, de lo contrario sería inalienable en virtud del principio de intangibilidad de la persona. Por tanto, más que un consentimiento en sentido estricto, se trata de una adhesión al acto médico, una conformidad obtenida por el médico antes de proceder. En este caso, la prioridad radica en el deber del médico de no actuar sin que el paciente-cliente haya manifestado su voluntad de ser curado o intervenido por el médico.¹¹²³ En este caso, son de aplicación, en principio, la LBRAP y los preceptos normativos relacionados con la deontología médica.

¹¹²¹ Cfr. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, pp. 59-65; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 116-142; ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, pp. 156-158.

¹¹²² CC. Artículo 1262 [Manifestación del consentimiento]. El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

¹¹²³ Cfr. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, pp. 61-63.

El consentimiento para la formación del contrato, pues, precede, al menos teóricamente, al consentimiento-legitimación, que encuentra su sentido en la necesidad de respetar la libertad de elección del paciente y su derecho a la integridad personal.

En el caso de la medicina voluntaria, dado el carácter opcional de la intervención y la promesa de obtención de un resultado, resulta más evidente que la manifestación de voluntad mediante la cual el cliente accede a la intervención puede incluir con sólo este acto *ab externo* ambos tipos de consentimiento. El cliente decide celebrar o no el contrato de servicios médicos en atención a la información proporcionada por el médico en relación a las consecuencias previsibles o probables, riesgos típicos o atípicos, etc. Una vez conocidos los datos, el cliente acepta o no la oferta médica y se configura el contrato además de legitimar la intervención del facultativo sobre su cuerpo.

Ahora bien, el hecho de que el contrato de servicios médicos sea declarado inválido por la presencia de un error que invalida la voluntad para contratar, no determina que también lo sea, al menos teóricamente, el consentimiento a la actuación médica, aunque es lógico que si procede la nulidad o anulabilidad del contrato, difícilmente el paciente-cliente se someterá a la intervención legítimamente consentida.¹¹²⁴

Una vez expuesto lo anterior, nos centraremos en el incumplimiento de la información como requisito previo para la validez de la relación contractual entre el médico y el paciente-cliente a efectos de analizar el consentimiento viciado por error¹¹²⁵ regulado por el artículo 1265 CC concordado con el art. 1300.¹¹²⁶

¹¹²⁴ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

¹¹²⁵ Consideramos que la figura del error no resulta aplicable, por lo menos en la medicina curativa, al consentimiento-legitimación cuando la obligación de informar del médico es de tracto sucesivo a lo largo de la relación clínica porque, en este caso, la información defectuosa no es tanto un defecto en el origen del contrato como un incumplimiento del mismo. Esta consecuencia (consentimiento viciado por error) es contemplada por SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos, 1998. pp. 92-

Se puede afirmar que, en principio, si la ausencia o insuficiencia de información genera un incumplimiento contractual del artículo 1101 CC¹¹²⁷, las consecuencias de este fenómeno se retrotraerían a los llamados vicios del consentimiento ya que la información defectuosa afecta a uno de los elementos esenciales del contrato. Se puede configurar, pues, un error en el motivo esencial del contrato y, por tanto, una causa principal para contratar, generando un error determinante de la voluntad del paciente-cliente ex artículo 1266 CC.¹¹²⁸ La consecuencia sería, por tanto, la nulidad del contrato de servicios médicos.

En la medicina voluntaria, la necesidad de moderar el alcance de la información desaparece y ésta debe ser la máxima posible e inexcusable, a diferencia de lo que sucede en la medicina curativa en la cual el contenido de la información se mide en base a dos vectores: el privilegio terapéutico y la necesidad de la intervención. En este segundo caso, cuantos más grandes sean los riesgos de la actuación médica y menos imperiosa o necesaria sea dicha actuación, mayor rigor se le exigirá al médico informar acerca del contenido de la intervención.¹¹²⁹

Si la información determinante para la decisión del paciente-cliente fue defectuosa, el consentimiento en ambos tipos de intervención se encontrará viciado por un error y, por tanto, procedería declarar la nulidad o anulabilidad del mismo. Ahora bien, según de Castro y Bravo, no todo error trasciende la validez

95; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 158-167; Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. En la convergencia..., op. cit., pp. 293-294.

¹¹²⁶ CC. Artículo 1265 [Nulidad por vicio en el consentimiento] Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

CC. Artículo 1300 [Anulación de contratos por vicios invalidantes conforme a ley]

Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.

¹¹²⁷ CC. Artículo 1101 [Daños y perjuicios de las obligaciones]. Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla.

¹¹²⁸ CC. Artículo 1266 [Invalidez del consentimiento por error]. Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

¹¹²⁹ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 162-163.

de los contratos sino sólo aquel que es esencial, es decir, que afecta la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato.¹¹³⁰

Este error esencial invalidante admite la consideración de los motivos pero limitada a los que hayan sido causa del contrato, no los propios del oferente y del aceptante. Debe recaer pues, sobre la razón misma del negocio:¹¹³¹

Que el error en la sustancia, manifestación la más característica del error vicio [...] cobra en el art. 1266 del C. Civ. una más amplia dirección, pues ni mencionada la «sustancia» ni la desliga de la motivación del contrato y por ello habrá de entenderse, con la más autorizada doctrina, que el error sobre la sustancia equivale a intelección defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa concreta, para desvelar la cuál serán de ordinario reveladoras las expresiones de los otorgantes sobre lo que constituye la finalidad del negocio [...]¹¹³²

Esta carencia de datos lo habilita a impugnar la validez de la relación contractual. Así, si un paciente-cliente decide someterse a una operación de vasectomía para conseguir la infertilidad permanente sin la información suficiente acerca de los riesgos (v.gr. recanalización) se configuraría un error en la sustancia porque ha consentido creyendo erróneamente que la intervención a la que se sometía tenía carácter permanente, consideración que resultó equivocada y provocó que concibiera un nuevo hijo luego de dicha intervención.

De igual forma, en el caso del aborto provocado, podría hablarse de un error en la sustancia que equivale a la ignorancia o falso conocimiento de las consecuencias

¹¹³⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. De nuevo sobre el error en el consentimiento. En: AMORÓS, Manuel (ed.) *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro. Tomo II*. Madrid: Centro de Estudios Registrales: Fundación Matritense del Notariado, 1997. pp. 1352 y ss. En el mismo sentido, cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Vol. 2. Navarra: Thomson-Civitas, 2008. pp. 213 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Introducción y parte general. Tomo I*. Madrid: Edisofer, 2009. pp. 581 y ss.

¹¹³¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. De nuevo..., *op. cit.*, pp. 1367-1368.

¹¹³² STS (Sala de lo Civil) de 4 de enero de 1982.

y los riesgos que principalmente llevan a la cliente a celebrar este contrato. En efecto, la mujer puede solicitar la práctica del aborto, porque pretende eliminar la consecuencia no querida de un acto sexual (sea la que fuere, sin detenerse a reflexionar sobre ella) o porque su intención directa es eliminar el feto en desarrollo (conocido a través de una ecografía). Si la información acerca de la finalidad y las consecuencias de la intervención no son oportunamente manifestadas por el médico, ella podría consentir buscando lo primero y, aunque parece conocer *grosso modo* lo que implica esta intervención, su creencia puede no coincidir con la realidad. Si el garante de que se cumpla con la información no se la brinda adecuada y oportunamente, el consentimiento de la mujer estaría afectado por un error esencial.¹¹³³

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia exigen que este error esencial cumpla dos requisitos: inexcusabilidad y cognoscibilidad. Que sea inexcusable implica que no sea imputable a quien lo padece pues este empleó una diligencia media o regular para no caer en error vicio y puede probarlo. De acuerdo con las exigencias de la buena fe, el Derecho no puede tutelar la conducta negligente del afectado:

Para anular el contrato por error de uno de los contratantes no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia [...] al examinar el vicio de que se trata, además de en el plano de la voluntad, en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era

¹¹³³ En sentido similar se expresa Gómez Rivero, cuando, afirma que en algunos supuestos el error vicia el conocimiento de la entidad del acto o las consecuencias del mismo y, por tanto, el consentimiento: "si bien el paciente tiene conocimiento de que va a ser sometido a un acto de la clase del que se le practica (por ejemplo, ahora se le dice que la intervención va a ser curativa), la identidad de la intervención a la que se somete en absoluto se corresponde con la que él cree. Baste pensar ahora en los casos en los que se le hace creer que la intervención se orienta a extraerle un quiste provocado por la acumulación de grasa cuando en realidad de lo que se trata es de extirparle un tumor maligno; o en el ejemplo en el que se dice al enfermo de corazón que se le va a implantar un marcapasos cuando en realidad se trata de un trasplante. En cualquiera de esos supuestos puede decirse que el paciente ignora por completo la identidad del acto médico al que va a ser sometido y, por ello, sería desconocer la realidad misma de las cosas afirmar la validez de su consentimiento." GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. pp. 144 y ss.

exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. Y, en la situación de conflicto producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.¹¹³⁴

Para evaluar si el afectado por el error vicio obró con la diligencia exigible, la jurisprudencia pondera las circunstancias concurrentes –particularmente las personales– y la accesibilidad a la información, así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto que en el caso de un lego.¹¹³⁵

El otro requisito, la cognoscibilidad del error, implica excluir de protección el error secreto o ignorado. Esta forma de proceder protege la seguridad jurídica frente a motivos personales o circunstanciales que quizá ni el afectado con el error conocía al momento de contratar y que, luego, ha verbalizado.¹¹³⁶

Aplicado al caso del aborto, las circunstancias concretas que originan el embarazo, la ansiedad que manifiesta y su conducta en general puede evidenciar el motivo por el que solicita el aborto (porque quiere evitar consecuencias visibles del acto sexual realizado o porque no quiere tener otro hijo, por ejemplo, y prefiere eliminarlo). Si la mujer, en sus especiales circunstancias, no es informada adecuadamente sobre la naturaleza y características de la intervención, las consecuencias, los riesgos previsibles y atípicos (calificados como de mayor entidad a partir del segundo trimestre, por los riesgos para la salud de la madre), el consentimiento puede esconder un error vicio.

¹¹³⁴ STS (Sala de lo Civil) núm. 315/2009 de 13 de mayo de 2009. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) de 7 de abril de 1976, de 21 de junio de 1978, de 7 de julio de 1981, de 4 de enero de 1982, de 12 de junio de 1982, de 15 de marzo de 1984, de 7 de noviembre de 1986, de 27 de enero de 1988, de 14 de febrero de 1994, de 6 de noviembre de 1996, de 30 de septiembre de 1999, de 12 de julio de 2002, de 24 de enero de 2003, de 12 de noviembre de 2004.

¹¹³⁵ Cfr. STS (Sala de lo Civil) de 28 febrero 1974, de 18 de abril de 1978, de 26 de julio de 2000, de 30 de abril de 2002, de 12 de julio de 2002, de 24 de enero de 2003, de 17 de febrero de 2005, de 22 de mayo de 2006, de 17 de julio de 2006 .

¹¹³⁶ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. De nuevo..., *op. cit.*, pp. 1363-1366.

No obstante lo expuesto, si bien teóricamente es posible sostener la existencia de un vicio del consentimiento en la formación del contrato de servicios médicos, en la práctica, difícilmente el demandante solicitará la nulidad o la anulabilidad del mismo, más aún si ya se ejecutó la prestación médica. Ello es así toda vez que es, en principio, materialmente imposible lograr la restitución en este tipo de contrato como consecuencia principal de la declaración de nulidad (art. 1303 CC)¹¹³⁷, con mayor razón si nos encontramos ante una obligación de resultado como el aborto, que produce la eliminación del feto y no hay posibilidad de vuelta atrás.

Delgado Echevarría¹¹³⁸ ha sostenido que, dada las peculiaridades de este contrato, nos encontramos ante una prestación irrestituible *in natura*, por lo que la restitución se llevará a cabo mediante el pago del equivalente pecuniario, no de acuerdo a la contraprestación pactada sino, de manera objetiva, por aplicación analógica del artículo 1307 CC.¹¹³⁹ En este mismo sentido, algunas sentencias del Tribunal Supremo, si bien reconocen la existencia de un consentimiento viciado por falta de información, no lo hacen a efectos de declarar la nulidad contractual sino para reconocer la indemnización a favor del paciente.¹¹⁴⁰

También se puede afirmar la eficacia práctica de la existencia de un error vicio en el consentimiento cuando se ha producido un pago anticipado con ausencia de información relevante y, una vez conocida, la mujer decide no someterse a la

¹¹³⁷ CC. Artículo 1303 [Restitución de la obligación en caso de nulidad]. Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

¹¹³⁸ Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. Comentarios al artículo 1303 del Código Civil. En: ALBALADEJO, Manuel (dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1281 a 1314 del Código Civil. Tomo XVII, Vol. 2*. Madrid: EDESA, 1981. p. 293 y ss.

¹¹³⁹ CC. Artículo 1307 [Imposibilidad de restitución de la cosa] Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.

¹¹⁴⁰ En este sentido, STS (Sala de lo Civil) núm. 239/2000 de 7 marzo de 2000 afirma que "Ciertamente la actora autorizó la extracción, al considerarlo la única forma para que su hermana superase la grave enfermedad que le aquejaba, pero su voluntad se encontraba gravemente viciada dado que no había sido informada y por tanto no concurrió consentimiento válido expreso ni presunto (artículo 1261 del Código Civil)". Esta sentencia confirma la SAP de Málaga de 4 abril 1995, que resuelve con argumentos similares.

intervención, reclamando, como es obvio, la devolución del pago efectuado y otros daños ocasionados.

Este supuesto ha sido resuelto por la sentencia de 2 julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Burgos en el que se reconoce la nulidad del contrato por existencia de un error esencial que invalida el consentimiento a una intervención clasificable como medicina satisfactiva y ordena la restitución del pago realizado por adelantado, razonamiento que, de manera analógica, podría aplicarse al aborto. En este caso se interpone una acción personal en reclamación de la cantidad entregada como precio anticipado para la intervención quirúrgica de implantación de prótesis en mamas, la que no se llevó a efecto por la negativa de la paciente-cliente tras haber conocido que la misma era desaconsejada para los supuestos como el suyo, de mastopatía fibroquística y dolorosa, en base a los siguientes argumentos:

El consentimiento otorgado a la intervención por la actora Raquel A., sin duda alguna estaba viciado por conocimiento defectuoso de los riesgos y contraindicaciones de la intervención, que concretamente para la paciente estaba desaconsejada, propiciado por el incumplimiento por la demandada del deber de informar que de forma específica le impone la Ley General de Sanidad en su art. 10. Sin duda fue este conocimiento defectuoso de las circunstancias de la operación del implante de mamas lo que determinó la prestación del consentimiento por la actora Raquel A., que debe considerarse viciado por error esencial provocado por la actitud de la demandada que incumplió el deber de informar, siendo lo procedente declarar nulo el contrato por vicio en el consentimiento, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 1265, 1266 y 1300 del Código Civil; y en consecuencia la negativa de la actora Raquel A. a someterse a la intervención, una vez obtenida la información que le había sido ocultada por la demandada está plenamente justificada y siendo lo procedente la anulación del contrato, también lo es a tenor del art. 1303 del Código Civil la devolución a la parte actora de la cantidad entregada como pago anticipado de la operación, debiendo por ello estimarse la demanda.¹¹⁴¹

¹¹⁴¹ SAP de Burgos, núm. 392/1998 de 2 de julio de 1998.

Finalmente, con miras a tener una visión más amplia de las consecuencias jurídicas en estos casos de error esencial, el artículo 144 CP establece como delito el aborto sin consentimiento de la mujer y el aborto con consentimiento viciado, es decir, aquel obtenido utilizando violencia, amenaza o engaño (v.gr. información dolosamente parcial o incompleta). La pena es de cuatro a ocho años de pena privativa de prisión e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

3.2. DEFECTO DE INFORMACIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Como es sabido, la actividad médica califica, en principio, como una obligación de medios, sea ésta contractual o extracontractual, salvo que –según criterios del Tribunal Supremo– el resultado se pacte o nos encontremos ante casos de medicina voluntaria con obligación de resultado.

En principio, también es doctrina constante que esta actividad profesional aparezca vinculada a la responsabilidad por culpa (particularmente la negligencia o infracción a la *lex artis ad hoc*) cuya prueba, además de la del nexo causal, incumbe al paciente-cliente. Bajo este esquema, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando, por tanto, a cargo del paciente-cliente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa:¹¹⁴²

¹¹⁴² Cfr. GÓMEZ CALLE, Esther. El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario. *Anuario de Derecho Civil*. 1198, vol 51, núm. 4. p. 1740; GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.*, pp. 107-108; Cfr. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, pp. 263 y ss.; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *op. cit.*, pp. 97 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. Responsabilidad civil médica. En: REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. pp. 1176 y ss.; JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid: Tecnos, 2011. pp. 59-62.

[...] la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*).¹¹⁴³

Ahora bien, centrándonos en el deber de información, este criterio general ha sido matizado por la doctrina y la propia jurisprudencia del Alto Tribunal con miras a lograr la protección jurídica del dañado, de tal forma que se facilite la efectividad de la reparación, sobre todo en aquellos casos en los que se participe de la medicina voluntaria o satisfactiva.¹¹⁴⁴ Las consecuencias prácticas más relevantes derivadas de la inobservancia del deber de información –infracción de la *lex artis ad hoc*– se hayan circunscritas, entre otras a la responsabilidad penal y civil del médico.

Con relación a la responsabilidad penal, sin ánimo de exhaustividad, basta decir que la nueva regulación del artículo 145 bis del Código Penal considera delito –para efectos del tema que nos ocupa– el aborto practicado, con imprudencia grave, sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y/o sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación. La sanción aplicable en estos casos es la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de

¹¹⁴³ STS (Sala de lo Civil) núm. 812/1998 de 8 de septiembre de 1998.

¹¹⁴⁴ *Vid supra*. Tercera Parte, capítulo 1, apartado 2.4.D).

seis meses a dos años. Existe un agravante si el aborto se practica a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

En el ámbito civil, el incumplimiento del deber de información involucra algunas cuestiones a resolver:

- Si la falta o ausencia de información *per se* genera un daño indemnizable.
- Si es posible admitir la responsabilidad objetiva en caso de información ausente o defectuosa.
- Si la infracción del deber de información puede ocasionar la inversión de la carga de la prueba.
- Si es posible alegar la existencia de responsabilidad precontractual por la ausencia o defecto de la información.
- Si la información escrita libera de la responsabilidad de informar al paciente-cliente.

Estas consecuencias serán aplicables al aborto en la medida que se trata de una intervención legal, donde la mujer que solicita la práctica espera que el médico con el que contrata obtenga un resultado (supresión del feto). De no ser así, la mujer no hubiese contratado sus servicios profesionales.

Nos encontramos, pues, en el amplio marco de la medicina voluntaria o satisfactiva cuyas consideraciones serán de aplicación *mutatis mutandi* al aborto "terapéutico", legalmente habilitado ante el grave peligro para la vida de la madre, situación por lo demás bastante inusual a la luz de los avances científicos y tecnológicos.

A) SOBRE EL DAÑO INDEMNIZABLE

Por regla general, el Alto Tribunal ha reconocido que no cabe hablar de responsabilidad civil cuando no existe una relación de causalidad entre la falta de información y un daño real y efectivo.¹¹⁴⁵

Bajo esta premisa, la inobservancia del deber de información generará responsabilidad en los siguientes supuestos:¹¹⁴⁶

- i. *Casos en los que se da una actuación médica diligente pero no se ha dado la información adecuada sobre un riesgo que termina materializándose, sin que el paciente haya podido decidir si asumía ese riesgo.*¹¹⁴⁷

Si el paciente ha perdido la oportunidad de sustraerse a la intervención, retrasarla, optar por realizarla en otro centro sanitario o por otro facultativo, la cuantificación del daño tomará como base la teoría de la pérdida de oportunidad, es decir, la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁵ STS (Sala de lo Civil) núm. 1367/2006 de 21 de diciembre de 2006: "[...] Y siendo el daño presupuesto fundamental para la indemnización, sin él la omisión del deber de informar al paciente sobre las consecuencias y riesgos que pudieran derivarse de la intervención, no pasa de ser una mera infracción de los deberes profesionales, sin otras consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil demandada". En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 743/2008 de 29 de julio de 2008, de 30 de junio de 2009, de 26 de febrero de 2004, de 16 de diciembre de 1997.

¹¹⁴⁶ Seguiremos en este punto la exposición de GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.*, pp. 680-697; MUNAR BERNAT, Pedro A. El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar. En: LLEDÓ YAGÜE, Francisco y MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*. Madrid: Dykinson, 2012. pp. 110-114.

¹¹⁴⁷ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 488/2006 de 10 de mayo de 2006, núm. 478/2009 de 30 de junio de 2009.

¹¹⁴⁸ Esta valoración se realiza atendiendo a las circunstancias que concurren, entre ellos, la novedad y necesidad de la operación u actuación médica; riesgos previsibles, con independencia de su probabilidad; riesgos desconocidos en el momento de la intervención; entidad de los riesgos materializados (secuelas), su trascendencia física o psíquica y sus posibilidades de corrección; conveniencia de haber dispuesto de una preparación psicológica previa o de otra naturaleza para afrontar los riesgos que se han materializado; posibilidad de haber efectuado otras consultas; análisis de la decisión razonable por comparación con casos similares.

- ii. *Casos en los que, de haber existido información previa, existe la certeza (probada) que el paciente habría optado por no someterse a la intervención médica.*¹¹⁴⁹

Este supuesto se da generalmente en casos de medicina satisfactiva, en los que, no existiendo incertidumbre causal (porque es claro que el médico no cumplió con el resultado prometido y ha producido un daño en el cliente) se deberá otorgar una indemnización íntegra por el perjuicio físico materializado tras la misma (no se indemniza en función de la pérdida de oportunidad). En el caso que exista certeza de lo contrario, es decir, que el paciente-cliente, de haber sido informado del riesgo que posteriormente se materializó a pesar de una correcta actuación médica, se hubiera intervenido igual, la falta de información no genera ningún tipo de daño y, por tanto, no se configura el derecho a indemnización alguna.¹¹⁵⁰

- iii. *Casos mixtos (mala praxis técnica y omisión del deber de información).*

En estos supuestos, el daño se identifica con el menoscabo físico del paciente-cliente y con el daño moral que éste experimenta por el impacto psíquico producido por la presencia inesperada de los riesgos no informados.

Reafirmando esta posición, Galán Cortés sostiene que en el ordenamiento jurídico español solo cabe hablar de indemnización cuando la omisión o deficiencia de la información ha ocasionado un daño acreditado; en este sentido, la sola infracción del referido deber no genera un derecho a obtener indemnización pues si no hay daño no hay derecho a reparación alguna.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁹ Cfr. STS (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 1992, de 13 de abril de 1999, de 26 de septiembre de 2000, de 2 de julio de 2002, de 21 de octubre de 2005, de 4 de marzo de 2011.

¹¹⁵⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil) de 29 de junio de 2007.

¹¹⁵¹ Este autor afirma que un conjunto de sentencias que expresan el sentir mayoritario, niega la posibilidad de que exista, en principio, daño moral indemnizable. Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.*, pp. 668 y ss.

No obstante ello, admite que sea posible lograr una indemnización por daño moral en dos situaciones: en primer lugar, cuando se aplica la teoría de los daños por *shock*, es decir, cuando el daño moral (impacto psíquico que se genera ante la aparición del riesgo cristalizado y hasta entonces desconocido y, por tanto, inesperado) es causado por la falta de preparación psicológica o de otro orden, para afrontar o padecer una complicación que se ha materializado de forma súbita tras la intervención médica y esto ha sido motivado por la falta de información previa; o, en segundo lugar, cuando el daño ha sido generado por la imposibilidad del paciente de haber realizado otras consultas o incluso demorar la práctica de la intervención.¹¹⁵²

Otro sector de la jurisprudencia y doctrina consideran que esta infracción a la *lex artis ad hoc* (omisión culposa de información) sí puede constituir un daño por sí mismo y, por tanto, es fuente de responsabilidad y de indemnización *per se*.¹¹⁵³

Al respecto, Sánchez Gómez admite que sí es posible estimar que la ausencia de información se constituya como un acto suficiente para exigir responsabilidad al facultativo por el daño no patrimonial ocasionado en el derecho a la autodeterminación del paciente aunque no se hayan producido secuelas de orden físico o psíquico.¹¹⁵⁴ Matizando su posición, esta autora reconoce que no toda ausencia de información generará responsabilidad (por ejemplo, aquellos riesgos no conocidos que no se materializan nunca), aunque exista una vulneración de su libertad de decisión.¹¹⁵⁵

¹¹⁵² *Ibid.*, pp. 684 y ss.

¹¹⁵³ Conviene recordar que este daño puede ser patrimonial, porque la falta de información ha generado, por ejemplo, una consecuencia negativa en la salud física o psíquica del paciente (la materialización de consecuencias o riesgos no informados) o no patrimonial (moral) porque atenta contra su derecho a tomar decisiones libres y conscientes acerca de su salud.

¹¹⁵⁴ En este mismo sentido, cfr. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: el tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Granada: Comares, 2009. pp. 127-137.

¹¹⁵⁵ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, pp. 101-102.

Algunas sentencias de la Sala Civil avalan esta posición afirmando que la ausencia de información lesiona gravemente el derecho de autonomía del paciente, a quien no se le da la oportunidad de decidir acerca de su salud, afectando así su dignidad y derecho a la integridad personal:

La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.¹¹⁵⁶

De igual forma, en el ámbito de la sanidad pública, es interesante advertir que jurisprudencia reciente de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo admite la reparación por daño moral en caso de ausencia o defecto de información debido a que se ha privado al paciente de participar en la toma de decisiones que afectan su salud:

[...] tiene declarado esta Sala que en determinadas circunstancias esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída [...] Es igualmente cierto que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁶ STS (Sala de lo Civil) núm. 323/2011 de 13 mayo de 2011. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) de 1 de mayo de 2006.

¹¹⁵⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de noviembre de 2010. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de abril de 2000, de 3 de octubre del 2000, de 20 de abril de 2005, de 25 de abril de 2005, de 9 de mayo de 2005, de 20 de septiembre de 2005, de 30 de junio de 2006.

Este reconocimiento se ha producido, generalmente, en el marco de las llamadas acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*, en las que el contenido del daño moral reconocido expresa o tácitamente se identifica en cuatro supuestos:¹¹⁵⁸

- i. El daño moral derivado de la afectación del derecho de autodeterminación de la mujer, quien al verse privada de una información fundamental acerca del estado del feto, no tuvo la posibilidad de decidir libremente sobre la continuación o no de su embarazo¹¹⁵⁹.
- ii. El daño moral derivado de la lesión del derecho a una información sanitaria adecuada.¹¹⁶⁰
- iii. El daño moral derivado de la privación de la madre –y eventualmente el padre– de la información suficiente para permitirle afrontar esta situación desde el inicio del embarazo con la preparación psicológica adecuada para el nacimiento del niño enfermo o discapacitado. Los padres no pudieron conocer con la debida antelación la situación de su hijo y, por tanto, no tuvieron el tiempo de prepararse psicológicamente para aceptar y superar el sufrimiento que tal circunstancia conlleva, lo que hubiera podido llevar a una aceptación del hijo y a la decisión de organizar los medios oportunos para su llegada, o bien a la decisión de abortar.¹¹⁶¹ Este impacto psíquico (o la teoría del Shock mencionada por Galán Cortés) puede ser más o menos grave en función a la decisión que hubiesen tomado los padres si hubieran sido debida y oportunamente informados sobre el estado del feto.

¹¹⁵⁸ Cfr. MAZZILLI, Elisabetta. La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Aranzadi Civil-Mercantil*. 2012, vol. 1, núm. 10 [ref. de 20 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.westlaw.es>.

¹¹⁵⁹ Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de junio de 2010, de 4 de noviembre de 2008; STS (Sala de lo Civil) núm. 1184/2003 de 18 de diciembre de 2003, núm. 837/2007 de 6 de julio de 2007, núm. 667/2007 de 19 de junio de 2007, núm. 1197/2007 de 23 de noviembre de 2007, núm. 1094/2008 de 17 de noviembre de 2008.

¹¹⁶⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 837/2007 de 6 de julio de 2007.

¹¹⁶¹ Cfr. MAZZILLI, Elisabetta, *op. cit.* En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) de 21 de diciembre de 2005, de 6 de junio de 1997.

- iv. El daño derivado de la situación de estrés en la que desembocan los padres inmediatamente después del nacimiento por no haber contado con el tiempo suficiente para reunir la información necesaria para manejar esta nueva situación y los cuidados especiales que el niño requiere (v. *gr.* terapias de rehabilitación y estimulación, contacto con centros de apoyo para los padres). Todo ello conlleva una carga psicológica que podría ser susceptible de indemnización.¹¹⁶²

Aplicado al aborto, atendiendo a la vigencia doctrinal y jurisprudencial de la diferencia entre medicina curativa y voluntaria a efectos de la intensificación del deber de información, la falta de datos previos que forman en la mente de la paciente-cliente una idea clara de las consecuencias, riesgos, alternativas, contraindicaciones y otros pormenores de la intervención puede ocasionar, sin duda, una responsabilidad civil que origina derecho a indemnización.

A la vista de la naturaleza optativa de la intervención, la información defectuosa interfiere abiertamente con la facultad de la mujer a elegir si proseguir con el embarazo o no y, por tanto, afecta (in)necesariamente su integridad física y psíquica y la de su hijo.

Una cuestión interesante es, pues, preguntamos si existe la posibilidad de un daño moral –e incluso patrimonial– en el caso de un aborto practicado, por un lado, como consecuencia de la desinformación de la mujer acerca del procedimiento abortivo, la realidad intrauterina que esconde su embarazo, las opciones o alternativas de ayuda a la mujer, ayudas para niños con discapacidad o, por otro, cuando la mujer aborta o es inducida a abortar por mandato expreso del médico debido a una información o diagnóstico erróneo de anomalía en el feto.

¹¹⁶² Cfr. MAZZILLI, Elisabetta, *op. cit.*

La primera alternativa da origen a la acción de *avoidable abortion* (aborto evitable). En este caso, la mujer decide abortar por cualquier razón (no existe diagnóstico, real o erróneo, de anomalía fetal, es un caso típico de aborto *on-demand*) y el médico tratante ha vulnerado la *lex artis ad hoc* porque, por un lado, no le ha ofrecido toda la información necesaria acerca de las alternativas que tiene frente a un embarazo no deseado o no planificado, consecuencias físicas y psíquicas del aborto, alcances sobre ayudas a la mujer embarazada y a los niños con discapacidad o, por otro, la información brindada fue defectuosa, sesgada y orientada al aborto.¹¹⁶³

En efecto, es lícito pensar que, de haber conocido los riesgos o la información completa acerca de la intervención (la técnica para la supresión del feto en desarrollo, el dolor fetal, entre otros), la paciente-cliente se hubiese retractado de su intención inicial. Basta recordar lo sostenido con ocasión de la sentencia del caso *Gonzalez v. Carhart* (2007): "Es evidente que una madre arrepentida de haberse practicado un aborto, experimenta mayor dolor y angustia cuando conoce, sólo después del evento, que ha permitido a un médico perforar el cráneo y vaciar el cerebro en pleno desarrollo de su hijo no nacido, un niño que asumía la forma humana".¹¹⁶⁴

El daño ocasionado en estos casos es palpable: por un lado, la lesión de la facultad de la mujer de autodeterminarse, la afectación del derecho a la información sanitaria contenida en la LBRAP, la privación de su "facultad de no abortar" o el impacto psicológico que puede generar conocer la información sobre el procedimiento empleado, los riesgos, entre otros y, por otro, la privación de una vida humana en gestación, la vida de su hijo, además del menoscabo de la integridad física y moral de ambos. Adicionalmente a la responsabilidad penal que cabe en estos casos (art. 145bis CP), cabe plantearse el tipo de responsabilidad que asumirá el médico —que, por ser medicina satisfactiva, tendería a ser objetiva— y si el arrepentimiento de la mujer que abortó es

¹¹⁶³ Cfr. MAZZILLI, Elisabetta, *op. cit.*

¹¹⁶⁴ 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791.

indemnizable porque ella aunque consintió, no era plenamente consciente de su decisión por causa de la información defectuosa.¹¹⁶⁵

En la segunda alternativa, si la mujer aborta o es inducida a abortar por mandato expreso del médico debido a una información o diagnóstico erróneo de anomalía en el feto, se puede configurar la acción de *wrongful abortion* (aborto equivocado o fallido).¹¹⁶⁶ Aquí, dado que la mujer pone su confianza en el médico y el diagnóstico que realiza, se puede ocasionar la violación del principio de "confianza legítima"¹¹⁶⁷ y la generación de un daño moral producido, principalmente, por la vulneración de su derecho a la información sanitaria veraz y adecuada, lo cual afecta su facultad de autodeterminación, sus anhelos de maternidad y la terminación provocada de su embarazo. A lo que cabe agregar el sufrimiento por el aborto injustificado y la pérdida de oportunidad de tener un hijo sano.

Si, ante el diagnóstico erróneo, el médico recomienda el aborto, su responsabilidad se incrementa no solo por el daño ocasionado a causa de la información defectuosa sino también porque la afectación de la confianza esperada en su profesionalidad se ve quebrantada. Si el médico, no recomienda la práctica, respondería por el error médico de información o de diagnóstico. En ambos casos, la ausencia de información acerca de las ayudas al embarazo o a las personas con discapacidad puede agravar la responsabilidad médica.

El problema que suscita el *wrongful abortion* estriba en el tema de la prueba. Sin embargo, si la mujer puede probar que el médico cometió un error en el diagnóstico y que ella puso todos los medios para optar por el aborto –se lo haya recomendado el médico o no– pero por una cuestión ajena a sus deseos, no pudo ser practicado en tiempo legal, y el niño nace sano, entonces, la mujer puede

¹¹⁶⁵ Cfr. MAZZILLI, Elisabetta, *op. cit.*

¹¹⁶⁶ Más información, cfr. PERRY, Ronen; ADAR, Yehuda. *Wrongful Abortion: A Wrong in Search of a Remedy. Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*. 2005, vol 5. pp. 507-586.

¹¹⁶⁷ El reconocimiento de esta doctrina acerca de la afectación de la "confianza legítima", cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 495/1997 de 6 de junio de 1997.

pedir indemnización por el daño moral y patrimonial generado, por un lado, por el sufrimiento psicológico durante el embarazo por las supuestas anomalías del feto y la decisión frustrada de abortar y, por otro, por los gastos de tiempo y dinero invertidos en psicólogos y otros medios para llevar adelante esta decisión.

B) SOBRE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Como hemos mencionado con anterioridad, dado que nos encontramos ante una obligación de medios, en el ámbito civil, la culpa es el criterio comúnmente aceptado de imputación de responsabilidad en el ámbito sanitario, ya sea en el plano contractual o extracontractual.¹¹⁶⁸ Este factor de imputación se torna efectivo cuando el médico no cumple con los deberes de conducta e información que configuran la diligencia debida en cada caso concreto (*lex artis ad hoc*).

Sin perjuicio de ello cabe advertir una "tendencia objetivadora" de la jurisprudencia en los casos de responsabilidad civil médica por falta de información, por ejemplo, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba, de presunción de culpa del médico, la teoría del daño desproporcionado o la teoría de la asunción o incremento del riesgo.¹¹⁶⁹

En el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva, Berrocal Lanzarot afirma que en estos supuestos —donde el objeto de la obligación es la obtención de un determinado resultado— la responsabilidad del facultativo tiene lugar desde el momento en que se asume la obligación o, incluso, desde que se asume el riesgo, al margen de la culpa, es decir, independientemente de si actuó con diligencia o no. El médico asume los riesgos derivados de su actuación desde el primer momento que la desarrolla y, por tanto, debe responder por el resultado dañoso salvo que demuestre la inexistencia de nexo causal (culpa exclusiva de la víctima

¹¹⁶⁸ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *op. cit.*, pp. 30-32.

¹¹⁶⁹ Cfr. JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves, *op. cit.*, p. 27 y ss.; en sentido similar, cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 33.

o de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor). Ello no obsta para que la responsabilidad pueda ser moderada o eliminada cuando el paciente-cliente, por el adecuado cumplimiento del deber de información del médico, comparte y asume los riesgos de la misma.¹¹⁷⁰

En esta misma línea, Blanco Pérez-Rubio apunta que, dado que la medicina voluntaria obliga –o se aproxima a obtener– un resultado, y que, por tanto, el médico ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, la no obtención de éste implica un incumplimiento de la obligación que da origen a la presunción de culpa del médico (y, por tanto, sucede la inversión de la carga de la prueba, como veremos más adelante).¹¹⁷¹

A sabiendas de la falta de unanimidad doctrinal o jurisprudencial al respecto, consideramos –siguiendo la línea de Berrocal y Blanco– que, ya se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, tanto la culpa como el riesgo pueden presentarse como criterios de imputación aplicables, dependiendo del tipo de intervención que se trate: en los casos de medicina voluntaria o satisfactiva resulta de aplicación el criterio objetivo mientras que en los demás casos se aplica el criterio culpabilístico.

En el caso del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (sanidad pública) en líneas generales, ésta se rige por lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

¹¹⁷⁰ Cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 29. En el mismo sentido, cfr. LARENA BELDARRAIN, Javier. El proceso por responsabilidad civil médica: Consideraciones en materia probatoria. En: LLEDÓ YAGÜE, Francisco y MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*. Madrid: Dykinson, 2012. pp. 315-316; Cfr. JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves, *op. cit.*, p. 87.

¹¹⁷¹ Cfr. BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. El deber..., *op. cit.*, pp. 196-197. En este mismo sentido, lo afirma la STS (Sala de lo Civil) núm. 1124/1997 de 2 diciembre de 1997: "El resultado dañoso en estos supuestos de medicina voluntaria, con obligación de resultado, hace presumir la culpa en el profesional médico que fue causa (nexo causal) del mismo" en caso de responsabilidad por medicina voluntaria. En el mismo sentido, sobre medicina satisfactiva, cfr. SAP Madrid, núm. 23/2008 de 28 enero de 2008.

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹⁷² que otorga a los particulares el derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos –salvo que exista fuerza mayor– siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Bajo este régimen, entonces, no es necesario que en la producción del daño haya intervenido dolo o culpa (se prescinde teóricamente del criterio de la culpa que rige la responsabilidad civil). Y, en el caso del funcionamiento de los servicios, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social para que el daño concreto producido sea antijurídico (lo interesante aquí es determinar los que califica como "riesgo inherente" y "antijurídico"). La Administración se hace responsable incluso en los daños ocurridos por caso fortuitos. De lo anterior se deduce el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, lo cual ha sido confirmado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo.¹¹⁷³

Ahora bien, trasladándonos al ámbito sanitario y en concordancia con el artículo 141.1 LRJ-PAC¹¹⁷⁴, la obligación de indemnizar surge, una vez producido el

¹¹⁷² LRJ-PAC [TÍTULO X. De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio. CAPÍTULO I. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública] Artículo 139 [Principios de la responsabilidad]. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

¹¹⁷³ Cfr. JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves, *op. cit.*, pp. 73-74; ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *op. cit.*, pp. 1154-1160. En este sentido, cfr. Sentencia de 13 de septiembre de 2002, STS de 18 de noviembre de 1999; STS de 8 de octubre de 1998; STS 27 de septiembre de 1994.

¹¹⁷⁴ LRJ-PAC [TÍTULO X. De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio. CAPÍTULO I. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública]. Artículo 141 [Indemnización]. 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

daño, con total independencia de la culpa o negligencia del médico que lo ocasiona y su antijuridicidad se produce por la sola inexistencia del deber jurídico de soportarlo con arreglo a ley.¹¹⁷⁵

En este contexto, para que exista responsabilidad patrimonial, resulta primordial la prueba del nexo causal entre el riesgo inherente de la actividad sanitaria realizada por la Administración (que no debe ser soportado por el administrado) y el daño producido al paciente-cliente. Sin embargo, concretar este nexo en el ámbito clínico no es sencillo por cuanto no es fácil determinar si el daño fue ocasionado por un riesgo inherente al servicio médico o es una evolución natural propia del organismo del paciente-cliente, ya sea de su enfermedad, de su condición física, psíquica, genética, etc. Recordemos, pues, que la obligación del médico es de medios y, por tanto, no se obliga a la obtención de un resultado aunque sí existe la garantía el empleo de las técnicas adecuadas.¹¹⁷⁶

En este contexto, en principio, juega un papel central la *lex artis* médica que, concordado con el artículo 141.1 LRJ-PAC, y a modo de parámetro, enmarca lo que constituye un "riesgo inherente", limitando la responsabilidad objetiva, de tal forma que no todo aquel que utiliza la sanidad pública y obtenga un daño será indemnizado, sino sólo en aquellos casos en los que el desempeño del profesional sanitario no se adecúe a los estándares profesionales requeridos al caso concreto (*lex artis ad hoc*).¹¹⁷⁷ La jurisprudencia ha ido admitiendo este criterio afirmando que:

[...] cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta,

¹¹⁷⁵ Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de noviembre de 1999.

¹¹⁷⁶ Cfr. JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves, *op. cit.*, pp. 77-78

¹¹⁷⁷ Cfr. BELLO JANEIRO, Domingo. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Madrid: Reus, 2009. pp. 105 y ss.

independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. [...] En el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste [...].¹¹⁷⁸

Si bien el criterio de imputación subjetivo desaparece, a efectos de reclamar indemnización por la responsabilidad patrimonial de la sanidad pública, es necesario que el médico haya actuado de acuerdo a la *lex artis*, es decir, que exista el nexo de causalidad entre la actuación del servicio público (mala *praxis* médica) y el resultado lesivo o dañoso producido.

No cabe duda que se ha producido una suerte de criterio de imputación objetivado que no opera a partir del riesgo sino de la prueba de que el médico no actuó conforme a los protocolos médicos establecidos para el caso concreto (según la *lex artis ad hoc*) o, si apelamos al artículo 141.1 LRJ-PAC, al estado de la ciencia o "riesgos del progreso o desarrollo".¹¹⁷⁹

En el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva, Jiménez López, siguiendo la sentencia de 3 de octubre de 2000, plantea que cuando nos encontramos ante una obligación de resultado –y no de medios que es, precisamente, el factor que motiva la intervención de la *lex artis* o estado de la ciencia en la responsabilidad

¹¹⁷⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de febrero de 2007. En sentido similar, cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 octubre de 2010, de 9 de diciembre de 2008, de 10 de diciembre de 2008, de 14 de octubre de 2002, de 22 de diciembre de 2001, de 4 de abril de 2000.

¹¹⁷⁹ Cfr. GAMERO CASADO, Eduardo. El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual. En: *Actualidad Aranzadi*. Núm. 426, febrero de 2000, pp. 1-5.

de la Administración— ya no existiría una limitante del criterio de imputación objetiva, por cuanto lo que se pretende es que el tratamiento o la intervención médica produzca el resultado esperado, previsible y exigible; pudiéndose afirmar, entonces que en estos casos, nos encontramos ante una responsabilidad objetiva pura.¹¹⁸⁰

De cualquier forma, ya se trate sanidad privada o pública, consideramos con Berrocal Lanzarot que, en la medicina voluntaria, "si el médico no informa o no cumple adecuadamente con su deber de informar asume los riesgos de un resultado dañoso, independientemente de su conducta, lo que enlaza con la tendencia objetivista prevista para este tipo de responsabilidad."¹¹⁸¹

En los supuestos legales de aborto, tanto en el caso de la realización de la intervención por entidades privadas como por la sanidad pública, dado que obliga al médico a un resultado (la eliminación del feto en desarrollo) y esta intervención forma parte de la medicina satisfactiva, resulta de aplicación el criterio de responsabilidad objetiva, en los términos expuestos precedentemente.

C) SOBRE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Con relación al *onus probandi* de la información, es decir, sobre quién recae la responsabilidad de probar que la información ha sido facilitada adecuadamente al paciente, un sector de la doctrina ha destacado la dificultad que supone al demandante-paciente probar que no fue informado, lo que puede configurar la existencia de una prueba diabólica que lo coloca en una situación de indefensión. En cambio, el médico posee las fuentes y, por tanto, los medios para acreditar el cumplimiento de su obligación de informar.¹¹⁸²

¹¹⁸⁰ Cfr. JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹¹⁸¹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁸² Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *op. cit.*, pp. 97-101; Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *op. cit.*, pp. 187-192.

Los criterios jurisprudenciales al respecto han experimentado una evolución. Antes era el demandante-paciente quien debía probar el incumplimiento del deber de información por parte del médico. Actualmente, jurisprudencia reiterada ha procedido a la inversión de la carga de la prueba sobre el médico:

[...] desde la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1998, esta Sala mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario. En el mismo sentido, la de 28 de diciembre de 1998, hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. [...] resaltando la sentencia de 29 de octubre de 2004 la especial intensidad de ese deber precisamente en los casos de medicina no estrictamente necesaria [...] todo ello al margen de que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de poner a su cargo una prueba que pudiera calificarse de perversa, y como tal contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, y de que la propia jurisprudencia ha ido suavizando los criterios sobre la carga de la prueba en función de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, en la forma que hoy recoge el artículo 217 de la LECiv 1/2000.¹¹⁸³

En la responsabilidad médica aplicable a la sanidad pública se percibe una doctrina equivalente en relación a la carga de la prueba de la información, en virtud del criterio de imputación objetivo aplicable en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria:¹¹⁸⁴

[...] La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no

¹¹⁸³ STS (Sala de lo Civil) núm. 481/2006 de 18 mayo de 2006. En sentido similar, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 1065/2007 de 4 de octubre de 2007, de 19 de junio de 2007, núm. 721/2005 de 29 de septiembre de 2005, núm. 1052/2004 de 29 de octubre de 2004, núm. 828/2003 de 8 septiembre de 2003, de 19 de abril de 1999, de 7 de marzo de 2000, de 2 de julio de 2002.

¹¹⁸⁴ Cfr. JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves, *op. cit.*, p. 88.

haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.¹¹⁸⁵

De hecho, algunas sentencias han establecido dos criterios válidos para que opere la inversión de la carga de la prueba, siendo uno de ellos, el caso de la medicina con obligación de resultado:

En sede de responsabilidad médica, tanto contractual como en la extracontractual, la culpa así como la relación de causalidad entre el daño y el mal del paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente. Esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de Instancia ya lo haya probado: 1º. Cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis*; y 2º. En aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico [...].¹¹⁸⁶

Como se desprende del texto citado, tanto la medicina satisfactiva como la doctrina del daño desproporcionado admiten la inversión de la carga de la prueba. Esta segunda excepción –siempre que exista un daño efectivo y real– abre la posibilidad a que el médico se haga cargo de la prueba en un sinnúmero de situaciones en las que se alega su falta de diligencia, lo que puede implicar también una tendencia jurisprudencial en este sentido.

En el caso concreto de la medicina satisfactiva, con obligación de resultado, es más lógico admitir que se torna más sencillo para el médico probar el hecho positivo, es decir, que proporcionó al paciente-cliente la información completa

¹¹⁸⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de mayo de 2005. En sentido similar, cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de octubre de 2009, de 29 de junio de 2010, de 25 de marzo de 2010.

¹¹⁸⁶ STS (Sala de lo Civil) núm. 267/2004 de 26 marzo de 2004. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) de 29 de julio de 2008, de 2 de diciembre de 1996, de 21 de julio de 1997, de 19 de febrero de 1998.

acerca de consecuencias ciertas y probables, alternativas, riesgos y beneficios, que al paciente-cliente probar el hecho negativo, es decir, que esto nunca se realizó.¹¹⁸⁷

[...] La medida de la culpabilidad no está en la clásica diligencia del buen padre de familia, sino en el cumplimiento de los deberes médicos; no es aplicable la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo, la existencia de indicios muy cualificados por anormales, y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado (cirugía estética).¹¹⁸⁸

Entendemos, pues, que dado el carácter voluntario de la intervención, la irretroactividad del resultado (en particular, en operaciones que anulan la capacidad reproductiva como la histerectomía y la laparotomía o el aborto) y el hecho que éste sólo se considera cumplido si se obtiene el resultado deseado, se puede presumir que el médico está en capacidad de probar adecuadamente la existencia del hecho positivo (brindar la información) porque no sólo tiene acceso a las fuentes de verificación adecuadas (entre ellas el formulario de consentimiento informado o la historia clínica) sino que se asegurará –ya sea por una cuestión de ética médica o de posibles demandas judiciales– que el paciente-cliente reciba la información necesaria acerca de lo que se espera que suceda después de la intervención (producto final) y las consecuencias que implica, con el fin de evitar demandas por responsabilidad civil (lo que se ha llamado "medicina defensiva").¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁷ En este sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 267/2004 de 26 marzo de 2004, de 11 de febrero de 1997, de 25 de abril de 1994.

¹¹⁸⁸ STS (Sala de lo Civil) de 31 julio de 1996.

¹¹⁸⁹ En este mismo sentido, cfr. BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. El deber..., *op. cit.*, pp. 196-198. No obstante lo expuesto, conviene advertir que existe alguna sentencia que no admite la extrapolación de la inversión de la carga de la prueba relativa al consentimiento informado a la necesidad de información al paciente que forma parte del deber del médico y, por tanto, se afirma que esta responsabilidad corresponde al demandante-paciente y no al médico. Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 enero de 2006.

A mayor abundamiento, conviene resaltar que, siendo el deber de información del médico una obligación de resultado, el médico la ejecuta bajo su propio riesgo y no se entenderá satisfecha hasta que se produzca la satisfacción del interés del acreedor, es decir, la comunicación verbal y, de ser el caso, escrita de manera adecuada. Por tanto, la no obtención del resultado que implica el no cumplimiento de la obligación hace presumir la culpa. En este contexto, es posible hablar de una inversión de la carga de la prueba, en virtud del artículo 217 LEC ¹¹⁹⁰ concordado con los artículos 1101-1107 CC si se considera como responsabilidad contractual o 1902-1903 si se trata de responsabilidad extracontractual. ¹¹⁹¹

En el caso del aborto, dado que nos encontramos ante una intervención que requiere en todos los supuestos legales la ejecución de una obligación de resultado y que, además, pertenece a la medicina satisfactiva con los matices de las consideraciones expuestas anteriormente, no cabe duda que en un proceso de

¹¹⁹⁰ LEC. Artículo 217 [Carga de la prueba] [...] 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. [...] 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

¹¹⁹¹ Sobre la consideración acerca de la responsabilidad civil médica como contractual o extracontractual, la doctrina ni la jurisprudencia muestran un criterio uniforme. En líneas generales existe una tendencia en la jurisprudencia civil –léase de la sanidad privada– en admitir la doctrina de "yuxtaposición de la responsabilidad contractual y extracontractual" o de "unidad de culpa civil" por medio de la cual el Tribunal Supremo puede variar la calificación jurídica atendiendo a los hechos de la demanda, en virtud del principio *iura novit curia*. Para mayor información, además de los autores más conocidos en la materia (Ataz, Fernández Hierro, Fernández Costales, Llamas Pombo, Gitrama, Mosset, Galán Cortés, De las Heras), entre otros, cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *op. cit.*, pp. 26-28; GÓMEZ CALLE, Esther, *op. cit.*, pp. 1741-1753; Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *op. cit.*, pp. 1163-1176; LUNA YERGA, Álvaro, La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria; MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004. En: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 67 (2005), pp. 125-126; LUNA YERGA, Álvaro. La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria: culpa y causalidad. Madrid: Civitas, 2004. pp. 175-198; 4. URIARTE CODÓN, Aner. La inversión de la carga de la prueba. En: ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch, 2007. pp. 118-122; FACHAL NOGUER, Nuria. Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polámicas [sic]. En: ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch, 2007. pp. 195-217; BELLO JANEIRO, Domingo, *op. cit.*, pp. 26-30.

responsabilidad civil del médico ya sea por falta de información, negligencia o error en el diagnóstico procedería la inversión de la carga de la prueba.

D) SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Llama Pombo ha afirmado que la falta o ausencia de información podría originar una responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, que hace responsable a quien en fase de tratos preliminares ha cometido un acto lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe.¹¹⁹²

Esta responsabilidad hace referencia a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el período de formación del contrato. A través de la responsabilidad precontractual se exige a las partes que en la formación del contrato deban comportarse de acuerdo con la buena fe, debiendo darse una respuesta jurídica adecuada cuando esto no tiene lugar.¹¹⁹³

¹¹⁹² Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 158 y ss. En sentido similar, parece manifestarse HERAS GARCÍA, Manuel Ángel de las. *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Tomo II*. Madrid: Dykinson, 2005. pp. 628-634

¹¹⁹³ Para mayor información sobre la responsabilidad precontractual y su aplicación en el derecho español y, eventualmente, europeo: Cfr. ALONSO PÉREZ, Mariano. La responsabilidad Precontractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1971, núm. 485. pp. 859-922; ASÚA GONZALEZ, Clara Isabel. *La culpa in contrahendo: tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1989; GÓMEZ CALLE, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley, 1994; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1995, núm. 628. pp. 747-788; MEDINA ALCOZ, María. La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. *Revista de Derecho Privado*. 2005, núm. 5-6. pp. 78-106; MIRANDA SERRANO, Luis María. La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables. *Estudios sobre consumo*. 2006, núm. 77. pp. 61-76; BASÜZABAL ARRUE, Xabier. En torno a las obligaciones precontractuales de información. *Anuario de Derecho Civil*. 2009, núm. LXII-2. p. 648-711; GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo. *Revista para el análisis del Derecho - Indret* 2 [ref de 12 de febrero de 2013]. Disponible en http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf; MAZA GAZMURI, Iñigo de la. Casos realmente difíciles los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia. En: *Anuario de derecho civil*, Vol. 63, Nº 4, 2010. pp. 1683-1723; GARCÍA RUBIO, María Paz. La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos. En: *Anuario de derecho civil*. Vol. 63, Nº 4, 2010. pp. 1621-1642; pp. 1683-1723; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericana de Contratos. En: *Anuario de Derecho Civil - Núm. LXIV-III*, Julio 2011. pp. 897-929.

Aunque no existe norma expresa, este deber precontractual de buena fe en las negociaciones previas al contrato se puede justificar en la aplicación analógica del artículo 1.258 CC extendiéndolo a la etapa prenegocial, en la aplicación directa de la cláusula general contenida en el artículo 7.1 CC, en relación con los derechos ejercitables en la etapa precontractual; o en la eficacia de la buena fe como principio general del Derecho (art. 1.4 CC), que obliga a las partes no sólo a comportarse lealmente y con diligencia en el desenvolvimiento de las relaciones obligatorias ya constituidas, sino también a adoptar un comportamiento legal y diligente en la fase previa a la constitución de dichas relaciones.¹¹⁹⁴

Sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad no existe unanimidad en la doctrina: para algunos se enmarca en el ámbito contractual, para otros en el extracontractual e incluso algunos se refieren a un *tertium genus*.¹¹⁹⁵ La jurisprudencia española tampoco es unánime, en algunos casos reconoce la culpa *in contrahendo* por aplicación del principio de buena fe en la fase preparatoria del contrato¹¹⁹⁶ y en otros, como culpa extracontractual.¹¹⁹⁷

En el caso de los servicios sanitarios, la relación de confianza y la buena fe configuran la relación clínica. Por tanto, el deber que pesa sobre el médico de informar al paciente acerca de la naturaleza, finalidad, características, consecuencias y riesgos de la actuación forma parte no solo de una exigencia legal sino la *fiducia* que exige la relación.

¹¹⁹⁴ Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pp. 747-751.

¹¹⁹⁵ Para MEDINA ALCOZ existe una enorme diferencia entre ambas consideraciones. En el caso de la responsabilidad contractual, un sujeto debe reparar el daño que ha causado a otro por la vulneración del deber genérico que prohíbe dañar a los demás (*alterum non lædere*), y la relación jurídica entre ambas partes se inicia sólo a partir del daño. En el caso de la extracontractual, desde el momento en que dos sujetos inician las negociaciones, si bien no se puede afirmar que haya una relación jurídica en sentido estricto, sí se concluye que existe un contacto negocial, del que nace ese deber de un sujeto para con otro, consistente en actuar de buena fe, de tal suerte que únicamente cuando se vulnera este deber previo que vincula en cierta medida a los dos precontrayentes, surge la responsabilidad precontractual con la obligación de resarcimiento. Cfr. MEDINA ALCOZ, María, *op. cit.*, pp. 78-106 [Para una revisión rápida de las posiciones doctrinales se puede consultar este texto].

¹¹⁹⁶ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta, *op. cit.* Además, STS (Sala de lo Civil) núm. 1026/2001 de 31 de octubre de 2001, núm. 139/1994 de 26 de febrero de 1994.

¹¹⁹⁷ Cfr. STS (Sala de lo Civil) núm. 1091/1999 de 16 de diciembre de 1999, de 16 de mayo de 1988.

Dentro del marco de la formación del consentimiento contractual, la obligación de informar se produce en un momento previo a la emisión del consentimiento que da origen a la relación contractual y forma parte de los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares al contrato. Esta es la oportunidad en la que el facultativo debe informar al paciente-cliente y, por tanto, si no se cumple dicha obligación, aparece la responsabilidad precontractual del médico.¹¹⁹⁸

Este deber previo puede apreciarse con mayor nitidez en los supuestos de medicina voluntaria, en los que, dado su carácter no necesario, voluntario y, en varias ocasiones, costoso, el cliente sólo consentirá si, una vez escuchada toda la información disponible sobre la intervención concreta, su valoración personal encuentra que las posibles o reales consecuencias y los riesgos –entre otros aspectos informados– son de menor entidad que el grado de satisfacción que alcanzará por el resultado prometido.¹¹⁹⁹

En sentido contrario a esta posibilidad de calificar la información defectuosa como culpa *in contrahendo* se manifiesta Sanchez Gómez.¹²⁰⁰ Considera que, por un lado, las negociaciones precontractuales no tienen mucho sentido en el contrato de servicios médicos porque esta relación se perfecciona, por lo general, de manera espontánea y tácita. Por otro lado, como consecuencia de lo anterior, el mismo momento de perfección del contrato queda perfilado por contornos imprecisos. Por lo tanto, es más difícil deslindar con claridad la fase de negociaciones preliminares. En todo caso, afirma, el carácter necesario del contrato resta interés a la fase precontractual. No debe confundirse, pues, la culpa *in contrahendo* con la obligación típica de este contrato y que surge una vez que

¹¹⁹⁸ Cfr. ALONSO PÉREZ, Mariano, *op. cit.*, pp. 859-922.

¹¹⁹⁹ Sin perjuicio de lo expuesto, conviene advertir, con De la Maza, que la relación médico-paciente puede ser incluida dentro del conjunto de supuestos difíciles de adjudicar un deber precontractual de información dada la dificultad de establecer en cada caso concreto si relación de confianza RMP entra en el umbral de *fiducia* que debe ser tutelado por el Derecho (v.gr. la relación entre psiquiatra y paciente). Cfr. MAZA GAZMURI, Iñigo de la. Casos realmente difíciles los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia. En: *Anuario de derecho civil*, Vol. 63, N° 4, 2010. pp. 1708-1709.

¹²⁰⁰ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, pp. 96-97.

éste se ha perfeccionado, cuya inobservancia generará, en su caso, responsabilidad contractual.

No obstante lo expuesto, esta autora admite que es posible hablar de responsabilidad precontractual en el caso de asistencia médica que carezca de finalidad curativa, porque el paciente se somete a una intervención con finalidad meramente estética o para transformar la actividad sexual o reproductiva, donde la no urgencia de dicha actuación obliga a las partes, especialmente al médico, a ser mucho más riguroso en el cumplimiento de su deber de información. En este caso, por ejemplo, si el médico omite información relevante y el cliente contrata sus servicios, cabe reconocer la culpa *in contrahendo* del médico.

Bajo estas premisas, en el caso de la intervención abortiva –que implica una obligación de resultado y pertenece a la medicina satisfactiva en los términos expuestos con anterioridad– es posible argumentar la existencia de una culpa *in contrahendo* del médico responsable que es, en último término, el garante del cumplimiento del deber de información según el estándar subjetivo aplicado por la LBRAP y la jurisprudencia.

E) SOBRE EL VALOR AD PROBATIONEM DE LA FORMA ESCRITA

Es doctrina reiterada del Alto Tribunal que el consentimiento informado escrito –como se ha mencionado anteriormente– no excluye la obligación del médico de brindar al paciente la información oportuna de manera verbal y se le ha adjudicado un valor de prueba, no *ad solemnitatem*:

[...] Es doctrina reiterada de esta Sala que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor "ad probationem" [...], garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco

dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva.¹²⁰¹

No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia reitera la obligación de dejar constancia de la información correspondiente en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte como lo exige la LBRAP.

Este mismo criterio acerca del valor *ad probationem* del consentimiento informado escrito se percibe en la responsabilidad médico-sanitaria en la sanidad pública, por lo tanto, es imprescindible que el médico cumpla con su obligación de información de manera verbal, sin que la sola firma del formulario de consentimiento informado lo exonere de responsabilidad.¹²⁰²

En materia de aborto, esta valoración de la información verbal y escrita se ve trastocada por la regulación contenida en el artículo 17 LOIVE y el Real Decreto 825/2010. Por un lado, exige brindar información por cualquier medio de las condiciones para la práctica del aborto y restringe el acceso a los datos acerca de las ayudas a la maternidad a la entrega en sobre cerrado y de manera personal, lo cual favorece e incluso incentiva el consumo del primero en detrimento de la maternidad, aunque formalmente se cumpla con la entrega del sobre cerrado.

En la práctica será sencillo, pues, probar el acceso y la entrega de la información sobre las condiciones para el aborto legal (basta visitar *websites* de las clínicas especializadas en dicha práctica) mientras que, en el caso de las ayudas a la maternidad, dado que no se exige su comunicación verbal, se podrá probar su

¹²⁰¹ STS (Sala de lo Civil) núm. 567/2010 de 22 de septiembre de 2010. En el mismo sentido, cfr. STS (Sala de lo Civil) de 2 de octubre de 1997, de 26 de enero de 1998, núm. 1055/1998 de 10 de noviembre de 1998, de 2 de noviembre de 2000, de 2 de julio de 2002, de 29 de julio de 2008, núm. 2/2009 de 21 de enero de 2009.

¹²⁰² Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de septiembre de 2012, de 29 de junio de 2011.

entrega por el certificado de recepción que exige la LOIVE pero, en la realidad, la mujer puede nunca enterarse del contenido del sobre cerrado.

Por otro lado, al preferir expresamente la forma verbal en la divulgación de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales, sin establecer mecanismos concretos de fiscalización y un protocolo de información detallada sobre los datos a brindarse, puede estar amparando el abuso del derecho por parte de las clínicas –empesas al fin y al cabo– especializadas en la práctica del aborto quienes preferirán ocultar información que pueda disuadir al cliente y así proteger sus intereses económicos.

3.3. DEFECTO DE INFORMACIÓN Y APLICACIÓN DEL TRLGDCU

Como hemos visto en la primera parte de nuestra investigación, la Jurisprudencia es renuente a admitir la aplicación del TRLGDCU a los servicios sanitarios dispensados por un médico.¹²⁰³

No obstante ello, volvemos sobre la consideración acerca de si la inclusión del término usuario/cliente y el hecho que la asistencia sanitaria, en los casos de medicina satisfactiva –como el aborto– en los que el médico se compromete a un resultado, nos permite la aplicación del TRLGDCU, particularmente, el artículo 148 que trae aparejado el criterio de responsabilidad objetiva.¹²⁰⁴

¹²⁰³ *Vid supra*. Primera parte, capítulo 3, apartado 4.4. En la misma línea que la jurisprudencia, cfr. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Dykinson, 2008. pp. 59-61.

¹²⁰⁴ TRLGDCU. Artículo 148.- Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios (...).

A) *TRLGDCU Y SU APLICACIÓN EN MATERIA DE ABORTO*

El artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. No garantiza pero sí reconoce la libertad de consumo, entendida dentro de los componentes de la economía de mercado.¹²⁰⁵

En efecto, como afirma Raga, la actividad económica se desenvuelve en el marco natural del mercado, que surge por una necesidad de los agentes económicos de conseguir los objetivos que cada uno pretende, desde su propia esfera de acción. Este mercado, concurso libre de oferentes y demandantes, en un encuentro necesario para alcanzar su objetivo último (realizar una transacción), es el que provoca, como proceso, que los agentes se vayan racionalmente auto-limitando para llegar a un acuerdo que haga efectivo el intercambio (los oferentes buscarán vender más a mayor precio mientras que los demandantes desearán comprar más a menor precio, ambas partes negociarán hasta lograr el acuerdo).¹²⁰⁶

En este marco, el objetivo del consumo –transmitido a través del proceso de información que sucede por mediación del mercado– es el que estimula al empresario a iniciar un proceso de producción que, a sabiendas de las necesidades del consumidor, elabora un producto (o presta un servicio) que pueda satisfacer las necesidades insatisfechas del mismo a cambio de una contraprestación pecuniaria que incluirá, como es obvio, un margen de ganancia.

Pero ¿quién es el consumidor? Aquella persona física que es capaz de consumir bienes de consumo, es decir, bienes finales que satisfacen sus necesidades que, no

¹²⁰⁵ Cfr. PRADA ALONSO, Javier. *Protección del consumidor y responsabilidad civil*. Madrid: Marcial Pons, 1998. pp. 34-41.

¹²⁰⁶ Cfr. RAGA GIL, José. La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor. En: SIERRA FLORES, M^a de la Doña (dir.). *Derecho renovado del consumidor: entre la economía y el derecho*. Madrid: Dilex, 2011, pp. 32-34.

satisfechas, generan incomodidad, sensación de falta de bienestar o anhelo por cambiar la situación. Esta persona, "desde su libertad y racionalidad, puede encaminarse a una acción capaz de resolver la situación de desagrado de la que pretende salir."¹²⁰⁷

El artículo 51 CE establece como uno de los principios rectores de esta política económica, la garantía por parte de los poderes públicos de la defensa de este consumidor o usuario, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.¹²⁰⁸

Este consumidor entra en relación con el empresario a través del acto de consumo, definido como un acto jurídico que permite al primero entrar en posesión de un bien o disfrutar de un servicio brindado por el empresario. Se caracteriza por ser un acto material consistente en utilizar el bien o servicio objeto del contrato para su satisfacción personal.¹²⁰⁹

Uno de los aspectos más importantes en esta relación de consumo es la información, la cual, de ser perfecta –no en cantidad sino en calidad, precisión, relevancia y claridad para el receptor– provocaría una transacción completa con una satisfacción plena de intereses por ambas partes.

De hecho, no cabe elección racional sin información. Si la decisión del consumidor implica la selección entre varias alternativas, la decisión consciente requiere conocimiento cierto (procedente de fuentes fiables) de los hechos, condiciones de las alternativas, ventajas, inconvenientes, consecuencias, riesgos, etc. Si no se cumple este requisito, la elección es caprichosa o gratuita pero nunca

¹²⁰⁷ RAGA GIL, José, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁰⁸ CE. Título I De los derechos y deberes fundamentales. Capítulo III. Artículo 51 [Defensa de los consumidores] 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

¹²⁰⁹ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Manual sobre protección de consumidores y usuarios. Madrid: Dykinson: Instituto Nacional del Consumo, 2007. pp. 59-61.

racional. Bien es cierto que la racionalidad del acto no elimina el error pero la persona puede reflexionar sobre su contenido para enmendar el error o evitarlo en el futuro.¹²¹⁰

De ahí que la información cierta y veraz (acorde con la realidad o, cuando no es evidente, procedente de fuentes fiables) sea un requisito indispensable para que el conocimiento se conforme con el mundo real sobre el que se actúa. La responsabilidad de esta veracidad acerca de las características de los bienes y servicios ofertados, condiciones, atributos, ventajas, riesgos e inconvenientes la asumen principalmente los empresarios frente a los consumidores y a la sociedad en su conjunto.¹²¹¹

Expuesto lo anterior, la adecuación al entorno sanitario de las características de la relación de consumo, el consumidor y la obligación de información veraz del empresario, deviene en evidente en el caso de la prestación de servicios con obligación de resultado particularmente en el supuesto de medicina satisfactiva que, por definición, se encuentra a merced del interés particular del cliente-acreedor.

En efecto, en el caso de la medicina satisfactiva, la cualidad de servicio de consumo es más palpable que el caso de la medicina necesaria o curativa, dado que el cliente solicita los servicios sanitarios de manera voluntaria, sin necesidad apremiante para su salud y por la mera satisfacción de sus deseos de embellecimiento, limitación de posibilidades de procreación, aborto o transformación satisfactoria del propio cuerpo, que modifican de algún modo sus condiciones de vida en algún aspecto relativo a su estado físico, económico, social.¹²¹² Su interés en este caso no es, pues, obtener la curación de su dolencia sino lograr el resultado prometido por el médico con miras a lograr sus deseos. En

¹²¹⁰ Cfr. RAGA GIL, José, *op. cit.*, pp. 32-34.

¹²¹¹ *Ibid.*, pp. 42-44.

¹²¹² Sobre la definición de medicina satisfactiva, cfr. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: el tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Granada: Comares, 2009. p. 101.

estas circunstancias, la aplicación de la normativa de protección al consumidor se convierte no solo en posible sino en necesaria para la adecuada tutela de sus intereses frente a la asimetría informativa generada por el mercado sanitario.

Sobre la aplicación del TRLGDCU a los servicios sanitarios, Tomillo Urbina¹²¹³ sostiene que las normas de protección al consumidor pueden ser aplicable a los servicios prestados en el ámbito sanitario, pues tanto los sujetos como el objeto de la relación encajan en las definiciones y el ámbito de aplicación de la norma (artículo 1) en el marco de una economía de mercado, aunque el Tribunal Supremo se muestre reacio a reconocer su pertinencia en el caso de la actividad desplegada por los médicos.¹²¹⁴

Por un lado, en cuanto al empresario, el artículo 4 lo define como toda persona que actúa en el marco de una actividad empresarial o profesional pública o privada.¹²¹⁵ En el caso del aborto, la connotación empresarial de la actividad desplegada por los centros especializados en la práctica del aborto queda patente en su forma de constitución como sociedad mercantil, reconocida por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Así, por ejemplo, existen clínicas especializadas en aborto que están inscritas bajo la forma mercantil de sociedad anónima: Clínica Dator es el nombre comercial de Partner Line S.A. (Madrid); Clínica Isadora S.A. que mantiene el mismo nombre comercial (Madrid); Centro Clínico El Bosque S.A. que mantiene el mismo nombre comercial (Madrid); Clínica Buenavista S.A. que mantiene el mismo

¹²¹³ Cfr. TOMILLO URBINA, Jorge. La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor. En: TOMILLO URBINA, Jorge y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (dirs.). *La protección jurídica del paciente como consumidor: Selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor*. Navarra: Aranzadi, 2010. pp. 68 y ss.

¹²¹⁴ Cfr. *Vid supra*. Primera Parte, capítulo 3, apartado 4.4.

¹²¹⁵ TRLGDCU. Artículo 4 [Concepto de empresario]. A efectos de lo dispuesto en esta Norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.

nombre comercial (Oviedo y León); otras están bajo la forma comercial de sociedad limitada: Clínica Ginesur Sevilla es el nombre comercial de Clínica el Sur S.L. (Sevilla); Clínica el Campo de Gibraltar y Clínica Centro Médico 2002 son dos nombres comerciales de Atocha Ginecológica S.L. (Cádiz y Málaga, respectivamente).

Asimismo, del tenor literal se desprende que esta norma va más allá de la mera configuración mercantil y encaja no solo la sanidad privada, sino también la pública, en tanto actividad empresarial.

La condición de consumidor del cliente sanitario ofrece menos problemas, pues, además del hecho que LBRAP utiliza el término usuario como beneficiario del servicio sanitario, también le ha reconocido esta condición el Tribunal Supremo: "ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada Ley [actual art. 3 TRLGDCU]¹²¹⁶, que el paciente-cliente en cuanto persona física que utiliza unos servicios, reúne la condición de usuario cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden".¹²¹⁷

Con respecto a la relación jurídica, en el caso del aborto, se establece un contrato de servicios médicos con obligación de resultado (sea de naturaleza satisfactiva o híbrida) entre el médico-empresario y el cliente-consumidor¹²¹⁸ que puede ser equiparable al acto de consumo. En este, la cliente se beneficia del servicio brindado por el médico-empresario, en la medida que obtenga el resultado, es decir, la destrucción del feto. Ello espera que conlleve, al menos hipotéticamente, la satisfacción personal de no ser madre de un hijo no esperado o no deseado,

¹²¹⁶ TRLGDCU. Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional

¹²¹⁷ STS de 1 julio 1997.

¹²¹⁸ Por servicio entendemos aquellas prestaciones ejecutadas por profesionales para utilidad o provecho de aquel que las recibe; pueden ser muy diferentes y afectar a ámbitos totalmente dispares. Cfr. PANIZA FULLANA, Antonia. La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU. En: *Aranzadi Civil-Mercantil vol. I* (Estudio). Pamplona: Aranzadi, 1998. pp. 71 y ss.

tendrá un gasto menos, más espacio y tranquilidad en su casa, menos problemas con su pareja, etc.

Asimismo, la exigencia de la TRLGDCU acerca de la seguridad del servicio prestado, es decir, que no implique riesgos para la salud o seguridad del consumidor, salvo los usuales o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización¹²¹⁹, se aplica con mayor nitidez en la medicina voluntaria, pues el médico asume desde el inicio de la intervención los riesgos y la seguridad de la consecución del resultado deseado por el cliente.

Sobre la configuración del deber de información previa a la contratación, el contenido de la misma y lo relacionado a la generación de un consentimiento válido y eficaz, sería de aplicación la normativa especial, es decir, la LBRAP, sin perder la TRLGDCU la condición de supletoria en todo lo que sea compatible con la naturaleza de los servicios sanitarios. Por tanto, el incumplimiento de este deber se configura, según hemos visto, ante la ausencia de información sobre la naturaleza, finalidad, consecuencias, riesgos y otra información relevante, obligación intensificada al tratarse de medicina voluntaria.

Como corolario de lo expuesto, si nos encontramos ante un caso de información defectuosa en el marco de una relación sanitaria médico-cliente, particularmente en aquella que se ha asegurado la obtención del resultado como es el caso del aborto y la cliente –a la vista de la información proporcionada– ha aceptado la oferta, consideramos de aplicación la responsabilidad objetiva contenida en el artículo 148 TRLGDCU.¹²²⁰ Esta interpretación mantiene perfecta consonancia con el fundamento dogmático de la responsabilidad objetiva –señalado por Pérez

¹²¹⁹ TRLGDCU. Artículo 11. Deber general de seguridad. (1). Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros. (2). Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas.

¹²²⁰ En sentido similar, sin precisar la referencia a la medicina voluntaria o satisfactiva, cfr. GÓMEZ CALLE, Esther. El fundamento..., *op. cit.*, pp. 1755 y ss.

Vílchez– es decir, su adjudicación legal como correlato idóneo del beneficio económico de quien lleva a cabo una actividad empresarial que genera riesgos.¹²²¹

Ahora bien, dada la reticencia a equiparar este tipo de servicio como uno de consumo (por estar incardinado en esta especial labor del médico con el paciente, protegida por la jurisprudencia) es necesario recordar el principio de protección prioritaria en el ámbito de los bienes y servicios de uso o consumo común, recogido en el artículo 9 TRLGDCU, que exige, por parte de los poderes públicos una actividad protectora prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios.¹²²² Dentro de estos servicios se encuentra los "servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios", según lo dispone el anexo I del catálogo establecido por el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre.¹²²³ Teniendo en cuenta lo expuesto, si partimos de la premisa del cliente-consumidor, las posibilidades de protección de sus derechos por parte del Estado son poderosamente atractivas y constituyen una llamada de atención sobre su tutela judicial efectiva.

¹²²¹ Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. Título II. Daños causados por otros bienes y servicios. En: REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (dirs.). *La defensa de los consumidores y usuarios: comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2007 adaptados a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009*. Madrid: Iustel, 2011. p. 1938.

¹²²² TRLGDCU. Artículo 9. Bienes y servicios de uso común. Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

¹²²³ Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, actualiza los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto en el artículos 2 de la Ley 26/1984 [hoy artículo 9 TRLGDCU]. Esta norma establece lo siguiente: Artículo 2: [Derechos de los consumidores]. (...) 2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

B) SOBRE EL DERECHO A NO SER INFORMADA

El artículo 4.1 LBRAP invocado por la LOIVE reconoce el derecho del paciente a no ser informado, estableciendo, al mismo tiempo, que esta renuncia se encuentra limitada.

Ahora bien, en principio, si asumimos que fuera posible encajar la práctica del aborto en el marco de la protección que brinda la TRLGDCU, podría ser de aplicación el carácter irrenunciable a los derechos reconocidos por esta normativa a los consumidores y usuarios, entre ellos, la información.¹²²⁴ Lo anterior significaría que la mujer que pretende un aborto tendría que escuchar –por lo menos en apariencia– la información brindada por el médico o la persona autorizada para ello.

Sin embargo, aunque interesante, no es una argumentación viable, más aún atendiendo a que la doctrina ha reconocido el carácter supletorio de esta regulación, siendo aplicable solo cuando no existe norma específica que contenga un régimen *ad hoc* sobre renuncia de derechos –en nuestro caso, la LBRAP– todo ello siempre en el marco tuitivo del consumidor que hace imperativas estas normas para el empresario y disponibles para aquel.¹²²⁵

Sin perjuicio de ello y ante una eventual modificación de la ley que regula el aborto en España, sería pertinente, con miras al interés del Estado por proteger la vida prenatal, el consentimiento consciente y deliberado de la mujer y en atención al ser humano en desarrollo, regular el carácter (ir)renunciable de la

¹²²⁴ TRLGDCU. Artículo 10 [Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario]. La renuncia previa a los derechos que esta Norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

¹²²⁵ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios. En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2011, pp. 218-220.

información a la mujer –o por lo menos asegurar por diferentes vías (verbal, escrita, por *website*, correo electrónico u otro procedimiento)– que ella, el padre biológico (si se conoce) y las personas que designe, puedan acceder a los datos convenientes en el momento que lo consideren oportuno, particularmente en relación con el aborto *on-demand* y el eugenésico, como intervenciones propias de la medicina satisfactiva cuya naturaleza de consumo es argumentable.

Garantizar que la mujer con un embarazo no deseado o no planificado cuente con información suficiente para realizar una elección racional y deliberada, no solo se corresponde con la aplicación del principio de autonomía privada que sustenta los actos de consumo sino que, por la naturaleza de los sujetos implicados en este acto –ante la falta de voluntad política de prohibir el aborto– se asegura de una mejor manera la protección del feto en desarrollo, de tal forma que no sea privado de la existencia a causa de una decisión desinformada y, por tanto, no deliberada ni libre (en la medida que se mantiene "esclava" de sus prejuicios a favor del aborto) de su madre.

CONCLUSIONES

1. En los orígenes de la Medicina en general y de la relación médico-paciente en particular se encuentra la realidad palpable de la enfermedad. El ser humano, *ens indigens*, requiere la ayuda del médico para recobrar la salud psicoorgánica y éste se compromete a poner todos los medios técnicos para lograr su curación. En este ámbito se entrecruzan aspectos filosóficos, ético-religiosos y sociales por ambas partes que deben ser tomados en consideración para comprender mejor las implicancias de la ética médica y evitar los reduccionismos cientificistas. Así, la RMP más que una relación científica se configura como una *philía iatrikê*, y, por tanto, su finalidad es netamente terapéutica. En este marco, existen una serie de principios básicos que obligan al médico no solo a curar sino a buscar, por todos los medios posibles, el bien del ser humano, como expresión acabada de su *physiophilía*. Por eso, el deber ético del médico, en una relación terapéutica como la descrita, le impide, en cualquier supuesto, atentar contra el ser humano.
2. Este es el contexto necesario en el que adquiere sentido pleno el consentimiento informado, figura jurídica que nace en los Tribunales norteamericanos y representa la expresión visible de la facultad de autodeterminación del paciente, primer responsable de su salud. En el derecho español, el CI se configura no como derecho humano –errónea afirmación hecha por el Tribunal Supremo– sino como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad personal, según doctrina reciente del Tribunal Constitucional. Su objetivo es asegurar que, cuando una

persona se sienta enferma o prevé la ocurrencia de un mal, pueda decidir por sí misma si se somete a un determinado tratamiento o no, con la garantía de que el médico no interferirá de manera determinante ni en su decisión ni en su cuerpo sin su autorización. Ello no significa que el facultativo no pueda recomendar el vector terapéutico más adecuado, solo implica que, si bien tiene el deber de informar al paciente de las alternativas, riesgos y consecuencias, no puede atribuirse el derecho a tomar la decisión final (salvo las excepciones previstas en la ley).

3. Los acontecimientos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, el proceso de masificación de los servicios médicos (en tiempos y espacios reducidos), la "medicalización" de la vida y la renovación continua de la tecnología biomédica –que no solo despierta la curiosidad del médico sino que le permite acceder al conocimiento de las causas genéticas, biológicas, psíquicas de algunas enfermedades– ha ido despersonalizado lentamente la relación médica, tendiendo a una suerte de "objetivación" o pérdida de la subjetividad del enfermo. En muchos casos, se ha dejado de lado la *philía* médica, ocasionando un replanteamiento del tema moral en cuestiones médico-científicas y la necesidad de un nuevo enfoque de la ética médica. En este contexto surge la Bioética, como respuesta de la ética tradicional a problemas contemporáneos. Pero esto no significa, en principio, un "nuevo tipo de ética" sino un estudio renovado en el modo de aplicar los principios a las nuevas situaciones.
4. Si bien, a la luz de los fines de la Medicina, la definición de acto médico *strictu sensu* está en relación directa con la finalidad terapéutica efectiva o preventiva, ésta ha sido deformada gracias a la aceptación social de algunas intervenciones sanitarias y a la formulación de una definición omnicomprendensiva de "acto médico" por parte de los Tribunales, extendiéndose a actos que, siendo realizados por médicos no persiguen finalidad curativa sino la satisfacción de un deseo personal (v.gr. cirugía estética, esterilización voluntaria, aborto). Esta desviación sienta sus bases en el proceso de "medicalización" de la vida, donde el cliente –que no paciente–

exige al personal sanitario intervenciones que van más allá de los fines de la Medicina y que, dentro del libre juego de la oferta y la demanda, el mercado sanitario está dispuesto a satisfacer. Así entendido, la naturaleza real de las intervenciones voluntarias o satisfactivas está configurada en el marco de una "sociedad de consumo", por lo que éstas conforman verdaderos "actos de consumo" mediante los cuales los clientes contratan un servicio (con un resultado garantizado por el deudor) una vez conocida toda la información necesaria para que aquellos tengan la oportunidad de hacer una elección racional.

5. La ambigüedad en la definición de términos clave como salud, enfermedad y acto médico –que con frecuencia sirven de fundamento para la regulación jurídica en el ámbito sanitario– agudiza el problema, además de facilitar la falta de objetividad en la interpretación, que puede estar a merced de los intereses políticos o económicos que normalmente subyacen en este contexto. Para evitar estos inconvenientes, se hace indispensable prestar mayor atención a las definiciones legales más aún si determinan, restringen o extienden facultades o ámbitos de aplicación. Cuanto más abierta es la definición –como el caso de la establecida por la OMS para el término salud– mucho más sencillo será su manipulación.
6. A sabiendas de que la vida biológica del ser humano, soporte fundamental de todos los derechos, comienza con la fecundación y que en ella se descubre el mismo valor ontológico de persona que cualquier otro individuo (sin atender a sus características o cualidades físicas o psíquicas), incluyendo la de sus padres, el aborto –entendido como la eliminación consciente de un ser humano en gestación– no puede ser considerado como una terapia y, por lo tanto, tampoco como un acto médico en sentido estricto. Cosa distinta es que la sociedad o la ley positiva validen su práctica, ya sea legalizándola o despenalizándola en determinados supuestos. Así, la consideración legal del aborto como acto médico supone no solo una contradicción manifiesta entre la realidad objetiva y la jurídica, sino la desnaturalización de este concepto, redefiniéndolo y extendiéndolo a todo acto celebrado por el médico en el

ejercicio de su profesión. Visto lo anterior, ante la ausencia de un acto médico en sentido estricto en el marco de una recta configuración de la RMP, no es posible, al menos técnicamente, aplicar la figura del consentimiento informado a la práctica abortiva.

7. En efecto, la referencia al "consentimiento informado", técnicamente, debería restringirse al ámbito terapéutico, en el marco de una RMP. No se trata, pues, de un simple documento informativo a firmar sino que nos encontramos ante el punto de referencia de la RMP, mediante el cual se verifica, por un lado, el ejercicio profesional a nivel ético y técnico del médico y, por otro, el respeto por el paciente –no cliente– como primer responsable del cuidado de su salud, en virtud de la facultad de autodeterminación de la persona y el ejercicio de su derecho a la integridad personal. Sin perjuicio de lo expuesto –como en el caso de la definición de acto médico– la figura del CI ha sido desnaturalizada por su utilización constante como herramienta clave de la medicina defensiva y por el empleo de esta denominación para fines no terapéuticos, apelando a la definición omnicomprendensiva de acto médico.
8. Esta desnaturalización del CI se aprecia con mayor nitidez en el caso del aborto, donde las exigencias de información relevante a efectos de tomar una decisión deliberada y consciente, requiere no solo de la divulgación de datos clínicos relacionados con la salud de la mujer (descripción del procedimiento, riesgos para su salud, situación del embarazo, entre otros) sino de cuestiones adicionales que garanticen la protección de la vida prenatal (ayudas a la mujer embarazada, alternativas al aborto, entre otros) que no pertenecen técnicamente al ámbito sanitario –es más propio de los servicios sociales, psicológicos, etc.–, aunque su comunicación debe ser garantizada por el médico responsable. Por tanto, a pesar de que la ley o la jurisprudencia vigente no dan cuenta de este matiz, nos parece inapropiado utilizar la expresión "consentimiento informado" particularmente en el aborto, no solo porque se trata de una figura reservada para la divulgación de datos clínicos en el marco de una relación con finalidad terapéutica sino porque las necesidades informativas exceden el ámbito estrictamente clínico.

Entendemos, pues, que es más acertado hacer referencia al deber de información precontractual (*pre-contract information*) o, de manera más concreta, a los requerimientos de información previa al consentimiento en el aborto (*disclosure requirements prior to granting consent for abortion*), en la regulación de este tipo de intervenciones.

9. Sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, dada la tendencia a la legalización del aborto promovida por entidades internacionales y recomendaciones europeas –y que constituye una de las causas que explica su inclusión en el Catálogo de Prestaciones Sanitarias del SNS– es indispensable buscar caminos que puedan, de alguna manera, brindar un marco efectivo de protección a la vida prenatal. Uno de ellos es la regulación de la información. No hay posibilidad de elección racional sin acceso a información relevante. Por eso, su estudio y análisis en el ámbito del aborto es un medio idóneo no sólo para salvaguardar al feto en desarrollo de la decisión no informada de su madre, sino también para que la mujer adquiera conciencia real de las implicaciones relacionadas con el aborto y el embarazo (mejor aún si se utilizan imágenes, videos, ultrasonidos, sonogramas) aunque este sea no deseado o no planificado.
10. Resulta primordial, pues, que en un marco jurídico que permite el aborto, la información brindada lleve a que la mujer reciba y acoja dos mensajes claros: en primer lugar, que, frente a un embarazo no deseado o no planificado existen siempre dos opciones (y no solo una): continuar con la gestación (hasta el punto de viabilidad del feto que le permita vivir fuera del vientre materno y proceder a la adopción o acoger al recién nacido con las ayudas estatales o privadas ofrecidas) o abortar. En segundo lugar, que el embarazo implica la gestación de una persona, ser humano –sano o enfermo– y que, si le deja culminar esta etapa, en unas semanas o meses obtendrá la personalidad jurídica otorgada por el derecho español. De todas formas, cualquier aborto hecho a partir del punto de viabilidad, cuando el feto es capaz de vida independiente fuera del útero materno –a partir de las 20 semanas de gestación aprox. con las ayudas técnicas del caso– es ya un

homicidio calificado, por lo que se impone –por lo pronto– una nueva reforma del artículo 30 CC que prevea lo antes expuesto.

11. Atendiendo al ordenamiento jurídico español que acoge el aborto como objeto del contrato de servicios médicos, cuando una mujer embarazada –consciente o no de los motivos que sustentan su decisión– acude a un médico para solicitar esta práctica, lo que espera que suceda, luego de la intervención o tratamiento, es la eliminación del feto en la edad gestacional en la que se encuentre. Su interés no es que el facultativo "haga todo lo posible por" extirparlo o suprimirlo sino que contrata sus servicios profesionales con la única finalidad de que lo encuentre y lo destruya. Si ante esta solicitud, el médico se compromete a practicarle un aborto, es decir, a eliminar el producto de la concepción (embrión/feto), entonces, nos encontramos ante la asunción por parte de este de una obligación de resultado, configurándose a sí un contrato de obra.

12. Analizado el aborto como acto médico en sentido "omnicomprensivo", éste pertenece al ámbito de la llamada medicina satisfactiva o voluntaria, pues, gracias a la facultad otorgada por el Estado, la mujer puede optar por practicarse un aborto o no, ya sea bajo la modalidad *on-demand*, eugenésica o "terapéutica" en general. Esta naturaleza discrecional –no necesaria en sentido terapéutico– ha sido indirectamente afirmada por el Tribunal Supremo en los casos resueltos por las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*. En los "casos dramáticos", el médico se encuentra legalmente habilitado –aunque no éticamente, por lo que cabe la posibilidad de objetar en conciencia– para proponer el aborto como el vector terapéutico más apropiado o, en el peor de los casos, como el único eficaz para salvar la vida de la madre y, por tanto, podría formar parte de la medicina curativa pero, dado su carácter de obligación de resultado, podría ser considerado como medicina satisfactiva, por lo que nos encontramos ante lo que un sector de la jurisprudencia ha denominado un "híbrido" entre ambos tipos de intervención.

13. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el deber de información se intensifica en el caso de las intervenciones voluntarias o satisfactivas –como es el caso de la cirugía plástica, la esterilización voluntaria o el aborto– dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa. Similar criterio se debe adjudicar a los supuestos de las intervenciones "híbridas" en la medida que contiene también una obligación de resultado que, en el aborto, implica –no debe olvidarse– la eliminación de un ser humano en gestación. En estos casos, pues, el médico debe proporcionar información suficientemente específica y de manera comprensible y personalizada, acorde con las necesidades personales e informativas de la cliente para que esta pueda hacerse cargo de la decisión final acerca de su embarazo. Así entendido, el estándar de información aplicable es el llamado "subjetivo", orientado a que la cliente, según sus necesidades informativas particulares, conozca los datos pertinentes, tome conciencia de las implicancias y delibere acerca de someterse o no a esta intervención voluntaria.
14. Además de los criterios jurisprudenciales, hay que tomar en cuenta la LBRAP, que establece unos mínimos de información esenciales a los que el paciente-cliente debe tener acceso para estar en capacidad de otorgar un consentimiento libre y deliberado acerca de su salud. También se debe considerar, respecto al tema específico del aborto, lo establecido por la STC 53/1985, que enumera, entre otros, dos principios básicos sobre la regulación de la información: la obligación del Estado de garantizar la vida del *nasciturus* amparada por el artículo 15 CE mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma; y la relevancia del derecho de la mujer a disponer de la necesaria información, no sólo de carácter médico –lo que constituye un requisito del consentimiento válido– sino también de índole social, en relación con la decisión que ha de adoptar y las consecuencias que se derivan del mismo.

15. Es importante considerar la experiencia jurisprudencial y legislativa norteamericana, cuarenta años después de la aparición del derecho al aborto, como orientación *mutatis mutandi* para la regulación jurídica española en esta materia por cuanto recoge algunos principios básicos que han ido evolucionando desde la apertura total al derecho al aborto hasta la necesidad de restringir dicha facultad en aras de la protección de otros intereses estatales en juego, entre ellos destacamos los siguientes: (a) el interés del Estado en proteger la vida humana prenatal, con la posibilidad de establecer políticas normativas lícitas –en las etapas previabilidad y postviabilidad– desincentivadoras de la práctica del aborto; (b) el deber de los estados de tutelar que la mujer que elija el aborto esté debidamente informada del acto que va a realizar, dadas las implicancias éticas, morales y médicas que esta práctica lleva consigo; (c) aunque se admite el respeto del derecho al aborto de la mujer sin interferencias estatales o federales hasta el punto de viabilidad, ello no significa que no se pueda prohibir algunos métodos abortivos en este periodo que atenten contra la dignidad de la persona o ser humano en formación.
16. Luego de una confrontación del art. 17 LOIVE y el procedimiento *ad hoc* estructurado por el Real Decreto 825/2010 con las herramientas previamente descritas, concluimos que su regulación no brinda a la mujer la información pertinente en el tiempo oportuno para que ella, luego de un proceso de reflexión, adopte una decisión libre (de prejuicios pro-abortivos), consciente y deliberada acerca de su embarazo no deseado o no planificado. Por el contrario, su regulación evidencia una tendencia *pro-choice* que contradice abiertamente la LBRAP, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia del deber de información en caso de la medicina satisfactiva y/o con obligación de resultado y la STC 53/1985, además de la protección genérica que *mutatis mutandi* brindan al embrión la STJCE de 18 de octubre de 2011 y la prohibición de prácticas eugenésicas del artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, aunque el preámbulo de estas normas recogen los principios enunciados por la STC 53/1985, subordina la protección de la vida prenatal a la voluntad (subjativa) de la madre

generando una incoherencia interna entre la redacción normativa y los principios que predica.

17. A la vista de la regulación del contenido y forma de la información, se puede concluir que, además de favorecer la práctica abortiva, establece una política marcadamente eugenésica. En primer lugar, el artículo 17.1 exige la divulgación –por cualquier medio– de datos relacionados sólo con el acceso al aborto, sin incluir la edad gestacional del feto, la situación actual del embarazo, las alternativas o las ayudas a la maternidad o a la discapacidad. En segundo lugar, el artículo 17.2 restringe innecesariamente el acceso a la información acerca de las ayudas a la maternidad sólo al aborto *on demand* (art. 14), una vez que la mujer ha optado inicialmente por la práctica abortiva y requiere que la entrega se realice solo a la interesada de manera personal y vía un sobre cerrado, dificultando que esta pueda eventualmente replantearse la opción por el aborto. De igual forma, en los casos del art. 15 b), el artículo 17.3 únicamente le otorga a la mujer información –por medio de un sobre y solo de forma personal– acerca de las ayudas a las personas con discapacidad, sin incluir las ayudas a la maternidad. Finalmente, en los supuestos de aborto 15 a) y 15 c) solo se exige brindar información sobre el acceso al aborto (17.1), lo cual hace presumir lógicamente que el legislador ha considerado que, en caso de anomalías fetales incompatibles con la vida (enfermo terminal prenatal) o la existencia de grave riesgo para la vida o salud de la madre, no es oportuno promover el nacimiento de la persona. A esto cabe agregar que, en todos los supuestos, la información sobre las consecuencias recogidas en el artículo 17.5, cuya capacidad disuasoria puede ser mayor, ha quedado restringida a un momento inmediato anterior a la actuación médica abortiva, negándole a la mujer un plazo suficiente que le permita deliberar acerca de su decisión.
18. Para una adecuada regulación del deber de información, según las herramientas legislativas y jurisprudenciales aquí expuestas, sobre la base de un estándar subjetivo orientado a las necesidades informativas de cada mujer en su caso concreto, el Estado debe tener en cuenta lo siguiente: primero, la

necesidad del asesoramiento previo para que la mujer conozca las diferentes alternativas frente a un embarazo no deseado o no planificado (ayudas a la maternidad, alternativas al aborto, prestaciones sociales, centros de adopción, etc.), la descripción real de los procedimientos abortivos (visiblemente más impactantes en etapas avanzadas de gestación), las consecuencias previsibles y atípicas de esta práctica y de llevar a término el embarazo naturalmente o hasta el punto de viabilidad del feto. Segundo, el establecimiento de un periodo de reflexión que permita a la mujer deliberar acerca de las diferentes opciones presentadas en el *counseling*. Tercero, la determinación objetiva y específica por parte del Estado del contenido de la información que debe proporcionarse a la mujer –y que incluye información no sanitaria que va más allá de la requerida técnicamente por el *informed consent*– acerca del procedimiento abortivo, sus consecuencias y riesgos según el tipo que se trate, con especial atención al dolor fetal; las implicancias del embarazo, la edad gestacional del feto y su desarrollo intrauterino y los programas de ayuda a la mujer. El formato que contenga dichos datos debe ser accesible vía telemática, virtual o impresa, *user-friendly* y comprensible, apoyándose, de ser el caso, en imágenes, videos, requerimientos de ultrasonido y/o auscultación fetal, que faciliten su conocimiento y comprensión.

19. A sabiendas del carácter mercantil que poseen las clínicas abortivas, difícilmente éstas proporcionarán a la mujer la información que requiere para tomar una decisión libre y deliberada que tutele de manera adecuada los intereses que, a la vista de los principios contenidos en la STC 53/1985 (reforzados por la protección al embrión concedida por la STJCE de 18 de octubre de 2011), el Estado debe garantizar (la protección de la vida prenatal y la decisión consciente, informada y deliberada de la mujer). Por ello, se hace indispensable, además de que la ley regule el contenido mínimo de esta información, que el Estado –o quien este designe– elabore los materiales correspondientes que salvaguarden la objetividad y el contenido las cuestiones informativas y que se presente en formatos accesibles a toda mujer, particularmente, a aquella que presenta un embarazo no deseado o no planificado y que, al mismo tiempo, genere mecanismos –como el *check list*

norteamericano— que acrediten que la mujer ha recibido la información oportunamente.

20. El incumplimiento del deber de información por parte del médico puede dar origen a la nulidad del contrato de servicios médicos por la existencia de un error vicio esencial que invalida el consentimiento y/o a una acción por responsabilidad civil (*wrongful abortion* o *avoidable abortion*) —que puede tener incluso naturaleza precontractual— por infracción de la *lex artis ad hoc* ante la carencia o defecto de información, todo lo cual provocará, en términos generales, la obligación por parte del médico tratante de indemnizar a la mujer por los daños morales y patrimoniales ocasionados. En la medida que el aborto constituye una obligación de resultado (satisfactiva o híbrida), según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, le corresponderá a éste no solo la carga de la prueba sino que, también, puede encontrarse sometido a un criterio imputación objetivo en materia de responsabilidad civil sanitaria.
21. En el caso de la práctica abortiva, resulta pertinente la aplicación de la TRLGDCU —en concreto, el artículo 148— debido a que su naturaleza responde más a un acto de consumo que a un acto médico, si bien es cierto la jurisprudencia es reacia a aplicar esta normativa a la responsabilidad médico-sanitaria. Las intervenciones médicas satisfactivas y/o con obligación de resultado (ya sea pactada o prometida por medio de la publicidad) pueden ser consideradas como objeto de un acto de consumo a la vista de la configuración empresarial de los centros especializados en dichas prácticas y del carácter "consumidor" del cliente. En efecto, la cliente-consumidora, en el amplio marco de ofertas producidas por el mercado sanitario, espera que el médico-empresario elegido (o la clínica donde trabaja) preste sus servicios profesionales para la realización de una obra —la eliminación del feto en desarrollo— a cambio de lo cual recibirá el precio pactado de antemano (normalmente guiado por una lista de precios estándar). La realización efectiva de esta transacción —socialmente aceptada en un contexto de "medicalización" de la vida— le supondrá a la mujer una sensación de

bienestar que modifica de algún modo sus condiciones vitales en algún aspecto relativo a su estado físico, emocional, económico o social, la misma que es buscada por esta y satisfecha por el empresario, en el marco de una economía de mercado como la que vivimos.

22. Respecto al derecho a no ser informada, dada la trascendencia de los sujetos involucrados en la práctica abortiva, de cara a una eventual reforma de la ley, es pertinente, con miras al interés del Estado por proteger la vida prenatal y la decisión informada, consciente y deliberada de la mujer, regular el carácter (ir)renunciable de la información a la madre. No solo asegurar por diferentes vías (verbal, escrita, por *website*, correo electrónico u otro procedimiento) que ella –habiendo renunciado a su derecho– pueda tener fácil y rápido acceso a los datos correspondientes en cualquier momento que lo desee sino que esta información también pueda estar a disposición del padre biológico y, en caso de renuncia, se le requiera la designación de la(s) persona(s) correspondiente(s) que recibirá(n) dicha información.
23. Garantizar que la mujer con un embarazo no deseado o no planificado cuente con información suficiente para realizar una elección racional y deliberada, no solo se corresponde con la aplicación del principio de autonomía privada que sustenta los actos de consumo sino que, por la naturaleza de los sujetos implicados en este acto, se asegura de una mejor manera la protección del feto en desarrollo, de tal forma que no sea privado de la existencia a causa de una decisión desinformada y, por tanto, no deliberada ni libre (en la medida que se mantiene "esclava" de sus prejuicios a favor del aborto) de su madre.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL FABRE, Francesc. *Bioética: Orígenes, presente y futuro*. Madrid: Instituto Borja de Bioética: Fundación Mapfre, 2001. 266 p.

ABELLÁN SALORT, José Carlos. "El Principio de Autonomía en la Bioética Personalista". Director: José Miguel Serrano Ruiz-Calderón. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2003. 526 p.

----- *Bioética, autonomía y libertad*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2006. 415 p.

AINSWORTH, Scott H.; HALL, Thad E. *Abortion Politics in Congress: Strategic Incrementalism and Policy*. New York: Cambridge University Press, 2011. 226 p.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Introducción y parte general. Tomo I*. Madrid: Edisofer, 2009. 875 p.

----- *Derecho civil II: Derecho de Obligaciones*. Madrid: Edisofer, 2008. 1007 p.

ALBARRACÍN TEULÓN, Agustín. *La medicina en el teatro de Lope de Vega*. Madrid: Instituto Arnaldo de Vilanova, 1954. 382 p.

ALEMANY GARCÍA, Macario. El concepto y la justificación del paternalismo. *Doxa*. 2005, núm. 28. pp. 265-303.

----- El paternalismo médico. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coords.). *Derecho sanitario y bioética: Cuestiones actuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 1183 p.

----- Las estrategias de la benevolencia (Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética). *Doxa*. 2003, núm. 26. pp. 769-795.

ALONSO PÉREZ, Mariano. La responsabilidad Precontractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1971, núm. 485. pp. 859-863.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. El derecho a la autonomía de los pacientes. En: Cabanillas Sanchez, Antonio; et. al. (coords). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo 1*. Madrid: Civitas, 2003. pp. 173-2006.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Code of Medical Ethics of the American Medical Association*. Chicago: AMA Press, 1847. pp. 83-107.

ANDORNO, Roberto. ¿Persona -substancia o persona- conciencia? El debate en torno a una noción central de la bioética. *Persona y Bioética*. 1997, núm. 1. pp. 84-95.

----- *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998. 172 p.

ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo de. El "resultado" en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas? En: LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.). *Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Tomo I*. Madrid: La Ley, 2006. pp. 419-468.

ANNAS, George. A National Bills' of Patients' Rights. *New England Journal of Medicine*. 1998, vol 338, núm. 10. pp. 695-700.

ANTOÑANZAS, Fernando; ROVIRA, Joan; BADIA, Xavier. *La definición de la prestación sanitaria pública: ¿Es posible acotar un catálogo de servicios en un sistema como el actual? La experiencia comparada*. Madrid: Fundación BBV, 1999. 87 p.

AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología. Tomo I*. Madrid: BAC, 2001. 992 p.

ARANAZ ANDRÉS, Jesús María; AIBAR REMÓN, Carlos; VITALLER BURILLO, Julián; MIRA SOLVES, José Joaquín. *Gestión sanitaria: Calidad y seguridad de los pacientes*. Madrid: Fundación Mapfre, 2008. 395 p.

ARAY, Julio. *Aborto: Estudio Psicoanalítico*. Buenos Aires: Paidós, 1968. 382 p.

ARCOS VIEIRA, María Luisa. *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007. 234 p.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Prohibición del aborto y Constitución. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1980, núm. 3. pp. 194-222.

ASÚA GONZALEZ, Clara Isabel. *La culpa in contrahendo: Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1989. 304 p.

----- Responsabilidad civil médica. En: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. Vol. 2. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. pp. 697-815.

----- Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: El artículo 28 LGDCU. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson, 2008. pp. 35-66.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985. 406 p.

ATELA BILBAO, Alfonso; GARAY ISASI, Josu. Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemática. En: GONZÁLEZ SALINAS, Pedro; LIZARRAGA BONELLI, Emilio (coords.). *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002*. Madrid: Aranzadi, 2004. pp. 43-78.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa*. 1988, núm. 5. pp. 203-214.

----- Juridificar la bioética. En: VÁSQUEZ, Rodolfo (ed). *Bioética y derecho. Fundamento y problemas actuales*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999. pp. 64-91.

AZPARRÉN LUCAS, Agustín. Comentario al artículo 148 TRLGDCU. En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2011. 2400 p.

BABINI, José. *Historia de la medicina*. Barcelona: Gedisa, 2000. 172 p.

BALMES, Jaime. *El criterio*. Barcelona: Ed. Balmes, 1996. 347 p.

BALLESTEROS, Jesús. El Estatuto ontológico del Embrión. En: BALLESTEROS, Jesús (coord.) *La humanidad in vitro*. Granada: Comares, 2002. pp. 225-241 p.

BARCELÓN COBEDO, Susana. El valor de la presunción del art. 116 de la Ley General de Seguridad Social. *Aranzadi Social*. 2011, vol 3, núm. 19. p. 4.

BARRACA MAIRAL, Javier. El consentimiento informado a la luz de la humanización de la medicina: De los valores a la persona concreta. En

ABELLÁN SALORT, José Carlos (coord.). *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: Aspectos biojurídicos*. Madrid: Difusión, 2007. pp. 19-30

BASÜZABAL ARRUE, Xabier. En torno a las obligaciones precontractuales de información. *Anuario de Derecho Civil*. 2009, vol 62, núm. 2. pp. 648-711.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 2009. 546 p.

----- *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Masson, 1998. 522 p.

BELLI, Melvin. Ancient Therapy Still Applied: The Silent Medical Treatment. *Villanova Law Review*. 1956, vol 1. pp. 250-289 [ref. de 12 de diciembre de 2011] Disponible en: <http://heinonline.org/>

BELLO JANEIRO, Domingo. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Madrid: Reus, 2009. 310 p.

BERG, Jessica; APPELBAUM, Paul; PARKER, Lisa; LIDZ, Charles. *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*. New York: Oxford University Press, 2001. 340 p.

BERNAR BORDA, Andrés. "Valoración moral del consentimiento informado como expresión de la relación médico-paciente". Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Facultad de Teología, 2000. 179 p.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. 2011, pp. 23-42.

----- "Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación". En: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO SANITARIO. *XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario* (20-21 octubre 2005). Madrid: Fundación Mapfre, 2005.

----- El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. 2004, vol 5. pp. 11-124.

----- El documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas. En: ABELLÁN SALORT, José Carlos; BERROCAL LANZAROT, Ana. *Autonomía, libertad y testamentos vitales: Régimen jurídico y publicidad*. Madrid: Dykinson, 2009. pp. 79-98.

----- La autonomía del individuo en el ámbito sanitario. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva ley 41/2002, de 14 de noviembre. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*. 2004, núm. 0. pp. 227-298.

----- La regulación de las instrucciones previas o voluntades anticipadas en el Derecho Español. En: ABELLÁN SALORT, José Carlos; BERROCAL LANZAROT, Ana. *Autonomía, libertad y testamentos vitales: Régimen jurídico y publicidad*. Madrid: Dykinson, 2009. pp. 99-265.

BESIO ROLLERO, Mauricio. El acto médico: ¿Una creación original? Reflexiones sobre su esencia, surgimiento y riesgos a los que se expone. *Acta Bioethica*. 2010, vol. 16, núm. 1. pp. 51-60.

----- Sobre el acto médico. *Conamed*. 2006, vol. 11, núm. 8. pp. 20-25.

----- Sobre el acto médico. *Cuadernos de bioética*. 2003, vol 14, núm. 50. pp. 25-38.

BESIO ROLLERO, Mauricio; CHOMALÍ, Fernando, NEIRA, Jorge; VIVANCO, Ángela. *Aborto "terapéutico". Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*. Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008. 36 p.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Pérez, A. Martín (trad.) Granada: Comares, 2000. 530 p.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva. En: LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.). *Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Tomo I*. Madrid: La Ley, 2006. pp. 175-198.

BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*. Barcelona: Bosch, 2003. 384 p.

BLAZQUEZ, Niceto. *La bioética y los hijos del futuro*. Pastos García, Luis Miguel (colab.) Madrid: Ediciones Cristiandad, 2004. 288 p.

----- *Bioética fundamental*. Pastos García, Luis Miguel (colab.) Madrid: BAC, 1996. 619 p.

BURGOS VELASCO, Juan Manuel. Persona versus ser humano: Un análisis del esquema argumentativo básico del debate. *Cuadernos de Bioética*. 2008, vol 19, núm. 67. pp. 433-447.

BURKE, Denise M. Pregnancy Care Centers. On the Frontline in the Cause for Life. En: Americans United For Life. *Defending Life: A State-by-State Legal*

Guide to Abortion, Bioethics, and the End of Life. AUL, Legal guide: 2012 [ref. de 23 enero de 2013]. Disponible en: <http://www.aul.org/defending-life-2012-contents>

BUSTO LAGO, José Manuel; ALVAREZ LATA, Natalia; PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005. 1118 p.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1995, núm. 628. pp. 747-788.

----- *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch, 1993. 201 p.

CALABUIG, Gisbert. *Medicina legal y toxicología*. Villanueva Cañadas, Enrique (Ed). Barcelona: Masson, 2005. 1394 p.

CALANDRA, Dante; VALLE, Elsa del; OLIVARES, Domingo J.; et. al. *Aborto: Estudio clínico, psicológico, social y jurídico*. Buenos Aires: Panamericana, 1973. 382 p.

CALVO, Antonio; DOMÍNGUEZ, Xose; NARVARTE, Luis. *La revolución personalista y comunitaria en Mounier*. México: Fundación Mounier, 2002. 181 p.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios. En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2011. 2400 p.

CANOSA USERA, Raúl. *El derecho a la integridad personal*. Valladolid: Lex Nova, 2006. 301 p.

CARRASCO GÓMEZ, Juan José. Enfermedad mental. En: ROMEO CASABONA, Carlos (dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y bioética. Tomo I*. Granada: Comares, 2011. pp. 736-749.

CARRERA, José María; KURKAJ, Asim. *Medicina de embrión*. Barcelona: Masson, S.A., 1997. 627 p.

CAYUELA CAYUELA, Aquilino. La corporalidad humana y la bioética. En: TOMÁS Y GARRIDO, Gloria; POSTIGO SOLANA, María Elena (eds). *Bioética personalista: Ciencia y controversias*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2007. pp. 73-77.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general. Vol. 1.* Madrid: Tecnos, 1996. 247 p.

COLEMAN, Priscilla K. Abortion and Mental Health: Quantitative Synthesis and Analysis of Research Published in 1995 -2009. *The British Journal of Psychiatry.* 2011, núm. 199. pp. 180-186.

COLOMBO, Roberto. Vida: De la bioética a la ética. En: *¿Qué es la Vida? La bioética a debate.* Arequipa: Encuentro Ediciones, 1999. 311 p.

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. *Instrucción DONUM VITAE. Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.* Ratzinger, Joseph (Prefecto). Roma, 22 de febrero de 1987 [ref. de 24 de mayo de 2012]. Disponible en: <http://www.vatican.va/>

CONSEJO DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE LAS CIENCIAS MÉDICAS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos* [ref. de 14 de agosto de 2012]. Disponible en: <http://www.cioms.ch/>

CONSEJO FISCAL DEL MINISTERIO FISCAL. *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo. Aprobado el 23 de junio de 2009* [ref. de 2 de noviembre de 2012]. Disponible en: <http://www.fiscal.es/>

CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS. *Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica.* Madrid: CGCOM, 2011 [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.agamfec.com/>

CORTINA ORTS, Adela. Ética, tecnología y salud. En: GARCÍA CALVENTE, María. *Ética y salud.* Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública, 1988. pp. 25-38.

COZZOLI, Mauro. El embrión humano: Aspectos éticos-normativos. En: CARRASCO DE PAULA, Ignacio; COLOMBO, Roberto; COZZOLI, Mauro; *et. al. Identidad y estatuto del embrión.* Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2000. 269 p.

DAGNINO SEPÚLVEDA, Jorge. El dolor en tiempos de Hipócrates: Una ventana a través del pronóstico. *Ars Medica.* 2000, núm. 2. pp. 25-41.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. De nuevo sobre el error en el consentimiento. En: AMORÓS, Manuel (ed.) *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro. Tomo II.* Madrid: Centro de Estudios Registrales: Fundación Matritense del Notariado, 1997. pp. 403-440.

----- *Derecho Civil de España. Volumen III: El negocio jurídico y la persona jurídica*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008. 776 p.

----- Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Anuario de Derecho Civil*. 1982, núm. 35, vol 4. pp. 1014-1085.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. Comentarios al artículo 1303 del Código Civil. En: ALBALADEJO, Manuel (dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1281 a 1314 del Código Civil. Tomo XVII, Vol. 2*. Madrid: EDERSA, 1981 [ref. de 14 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://vlex.com/compilation/230845>

DEPREZ, Esmé E. *How State Governments Are Regulating Away Abortion*. Publicado el 17 de enero de 2013 [ref. de 22 de enero de 2012]. Disponible en: <http://www.businessweek.com/>

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. *Aranzadi Civil-Mercantil*. 2011, núm. 5. pp. 25-25.

DIEZ DIAZ, Joaquin. *El derecho a la vida*. Madrid: REUS, 1964. 49 p.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil. Vol.1. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid: Tecnos, 2010. 630 p. Madrid: Tecnos, 2012. 550 p.

----- *Sistema de derecho civil. Vol. 2. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contrato. Enriquecimiento sin causa, Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Tecnos, 2005. 586 p.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Contratos de consumo y derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*. 2006, núm. LIX-1. pp. 11-28.

----- *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol.1. Introducción. Teoría del contrato*. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. 662 p.

----- *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. 2. Las relaciones obligatorias*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008. 1092 p.

DIXON, Darrin P. Informed Consent or Institutionalized Eugenics? How the Medical Profession Encourages Abortion of Fetuses with Down Syndrome. *Issues in Law & Medicine*. 2008, vol 24, núm. 1. pp. 3-59.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Comentario al artículo 4 LBRAP. En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2011. 2400 p.

----- *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica.* Valladolid: Lex Nova, 2007. 863 p.

DONABEDIAN, Avedis. *Aspects of Medical Care Administration: Specifying Requirements for Health Care.* Cambridge: Harvard University Press, 1973. 800 p.

DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy.* Cambridge: Cambridge University Press, 1988. 173 p.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.* Caracciolo, Ricardo; Ferreres, Víctor (trads.). Barcelona: Ariel, 1994. 359 p.

ELIZARRI URTASUN, Leyre. *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. 191 p.

ERRASTI, Francisco. *Principios de gestión sanitaria.* Madrid: Díaz de Santos, 1997. 322 p.

FACHAL NOGUER, Nuria. Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: Cuestiones polámicas [sic]. En: ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la prueba civil.* Barcelona: Bosch, 2007. pp. 195-207.

FADEN, Ruth; BEAUCHAMP, Tom; KING, Nancy. *A History and Theory of Informed Consent.* New York: Oxford University Press, 1986. 408 p.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano. Autonomía personal y tratamiento médico: Límites constitucionales de la intervención del Estado (II). *Actualidad Jurídica Aranzadi.* 1994, núm. 133. pp. 1-4.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato de servicios médicos.* Madrid: Cívitas, 1988. 252 p.

----- *La responsabilidad civil sanitaria: Médica y de enfermería.* Madrid: La Ley-Actualidad, 1995. 336 p.

----- *Responsabilidad civil médica y hospitalaria.* Madrid: Edilex, 1987. 229 p.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios jurisprudenciales. *Revista Jurídica de Castilla y León.* 2004, núm. 3. pp. 147-232.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2007. 870 p.

FERNÁNDEZ, María. *Embrión in vitro* [ref. de 12 de abril de 2005]. Disponible en: <http://bioetica.bioetica.org/mono1.htm>.

FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR GARCÍA, Luis Miguel. Génesis y uso del término pre-embrión en la literatura científica actual. *Persona y bioética*. 1998, año 2, núm. 2. pp. 3-27.

FERRER, Jorge; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea: Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*. Bilbao: Descleé de Brouwer y Universidad Pontificia de Comillas, 2003. 559 p.

FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Sancho Mendizábal, Luis (trad.) Granada: Comares, 2001. 369 p.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*. Navarra: Thomson-Civitas, 2011. 773 p.

----- Ajustado fallo de CI. *Diario Médico*. 2011 [ref. de 2 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/288110566>

----- *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid: Colex, 1997. 162 p.

----- *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001. 744 p.

GALLARDO CASTILLO, María. De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: Especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual. *Actualidad Administrativa*. 2009, núm. 18. pp. 2139-2146.

GAMERO CASADO, Eduardo. El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual. *Actualidad Aranzadi*. 2000, núm. 426. pp. 1-5.

GARCÍA RUBIO, María Paz. La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos. *Anuario de Derecho Civil*. 2010, vol 63, núm. 4. pp. 1621-1642.

GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo. *Revista para el Análisis del Derecho - Indret* 2. 49 p. [ref de 12 de febrero de 2013]. Disponible en http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf;

GARRIDO JIMÉNEZ, José. Análisis causal del acto médico y su importancia en el consentimiento informado. En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson, 2009. pp. 449-462.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990. 312 p.

GIMÉNEZ AMAYA, José. Neurobiología del "vínculo de apego" y embarazo. *Cuadernos de Bioética*. 2009, vol. 20, núm. 70. pp. 333-338.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Configuración jurídica de los servicios médicos. En: *Estudios de Derecho Público y Privado. Tomo 1*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1965. pp. 325-375.

----- En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho. *Anuario de Derecho Civil*. 1958, serie 1, núm. 2. pp. 273-335.

GOLDENRING, John M. The Brain-Life Theory: Towards a Consistent Biological Definition of Humanness. *Journal of Medical Ethics*. 1985, vol. 2, núm. 11. pp. 198-204.

GÓMEZ CALLE, Esther. El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario. *Anuario de Derecho Civil*. 1998, vol 51, núm. 4. pp. 1693-1766.

----- *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley, 1994. 147 p.

GÓMEZ GORDILLO, Rafael. Comentario a la STSJ de Navarra de 19 de abril de 2006. *Aranzadi Social*. 2011, vol 3, núm. 22. p. 5.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. 749 p.

GONZÁLEZ MARSAL, Carmen. *Despenalización del infanticidio o derecho a seguir viviendo*. Madrid: UCM, 2009. 114 p.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *De la bioética al bioderecho: Libertad, vida y muerte*. Madrid: Dykinson, 2006. 985 p.

----- *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: José María Bosch, 1990. 266 p.

----- La responsabilidad del prestador de servicios. Introducción. En: DE LEÓN, Alicia (dir.) *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina,*

normativa, jurisprudencia, formularios. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. pp. 1473-1556.

GONZÁLEZ SALINAS, Pedro. El alcance del carácter básico de la ley reguladora de la autonomía del paciente y su influencia en las leyes autonómicas sobre la misma materia. En: GONZÁLEZ SALINAS, Pedro; LIZARRAGA BONELLI, Emilio (coords.). *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002*. Madrid: Aranzadi, 2004. pp. 15-42.

GONZÁLEZ, Ana; POSTIGO, Elena. *Vivir y morir con dignidad. Temas fundamentales de bioética en una sociedad plural*. Pamplona: EUNSA, 2002. 206 p.

GOYENA DE LA MATA, Francisco. La imprudencia médica. En: *Delito contra las personas*. Vol. 4. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1990. pp. 11-26.

GRACIA GUILLÉN, Diego. Ocho tesis sobre el consentimiento informado. En: Asociación Juristas de la Salud. *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias: Actas del II Congreso "Derecho y Salud"*. Sevilla: Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994.

----- *Primum non nocere: El principio de no-maleficencia como fundamento de la ética médica*. Madrid: Real Academia Nacional de Medicina, 1990. 93 p.

----- *Voluntad de comprensión: La aventura intelectual de Pedro Laín Entralgo*. Madrid: Triacastela, 2010. 717 p.

----- *Fundamentos de bioética*. Madrid: Triacastela, 2007. 605 p. Madrid: Triacastela, 2008. 605 p.

GROS ESPIELL, Héctor; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coords.). *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Granada: Comares, 2006. 640 p.

GUARDINI, Romano. El derecho a la vida antes del nacimiento. *Arbil*. 1998, núm. 102. Disponible en: <http://www.arbil.org/arbil102.htm>.

GUERRA, Francisco. *Historia de la medicina*. Madrid: Norma-Capitel, 2007. 911 p.

GURPEGUIA, Manuel; JURADO, Dolores. Complicaciones psiquiátricas del Aborto. *Cuadernos de Bioética*. 2009, vol XX. pp. 1132-1989.

HÄRING, Bernhard. *La ley de Cristo: La teología moral expuesta a sacerdotes y seglares*. Vol. III. Barcelona: Herder, 1973. 805 p.

HASTINGS CENTER. Los Fines de la Medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*. 2007, núm. 11. 161 p.

HENRIQUEZ HERRERA, Ian. Comentario crítico a cinco tesis bioéticas sobre el inicio de la vida. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. 2001, núm. 19. p. 357-386.

HERAS GARCÍA, Manuel Ángel de las. *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Tomo II*. Madrid: Dykinson, 2005. 904 p.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo. *El aborto en España. Análisis de un proceso socio político*. Madrid: UPCO, 1992. 350 p.

HERRERA JARAMILLO, Francisco. *El derecho a la vida y el aborto*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1984. 486 p.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. Las propuestas de introducción de "la solución del plazo" con indicaciones en el delito de aborto: Sus problemas constitucionales. *Revista General de Derecho Penal*. 2009, núm. 11. pp. 1-64.

HIPÓCRATES. *Tratados médicos*. Alsina, Josep (trad.) Barcelona: Anthropos, 2001. 167 p.

----- *Volume 1: Ancient Medicine*. Jones, William (trad.); Page, T. E. (ed.); Capps, E. (ed.); Rouse, W. H. D. (ed.); et. al. Cambridge: Harvard University Press, 1957. 361 p. [ref. de 12 de enero 2011]. Disponible en: <http://archive.org/>

HIRSCH, Hans. La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana. En: *Derecho Penal. Obras completas. Libro Homenaje. Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. pp. 233-258.

HONNEFELDER, Ludger. *Naturaleza y estatus del embrión. Aspectos filosóficos* [ref. de 18 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/1097/741/>.

HOOKE, Worthington. *Physician and Patient*. New York: Baker and Scribner, 1849. 453 p. [ref. de 12 de enero 2011]. Disponible en: <http://archive.org/>.

HUSAK, Douglas. Paternalism and Consent. En: MILLER, Franklin; WERTHEIMER, Alan (eds.). *The Ethics of Consent: Theory and Practice*. New York: Oxford University Press, 2010. pp. 107-130.

IAÑEZ PAREJA, Enrique. *Ética del uso de embriones humanos* [ref. de 9 de junio de 2003]. Disponible en: <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/clonetica.htm>.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la. La reforma del artículo 30 del Código Civil. Estudio de las condiciones del nacimiento. Repercusiones jurisprudenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2011, año 87, núm. 728. pp. 3403-3415.

IMBERT, Claude. *El futuro se decide antes de nacer. La terapia de la vida intrauterina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2004. 352 p.

INET COLOMBIA. *Ética médica y bioética. Capítulo II*. Disponible en: <http://encolombia.com/etica-medica-capitulo-II.htm>.

IRVING, Dianne N. When Do Human Beings Begin? Scientific Myths and Scientific Facts. *The International Journal of Sociology and Social Policy*. 1999, vol. 19, núm. 3/4. pp. 22-46.

ITURMENDI MORALES, José. En torno a la deontología, la función social y la responsabilidad de las profesiones jurídicas. *Anuario jurídico y económico escurialense*. 1998, núm. 31. pp. 47-254.

JASPERS, Karl. *Philosophy and the World: Selected Essays*. Washington D.C.: Regnery Publishing, 1999. 314 p.

JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid: Tecnos, 2011. 135 p.

JOUE DE LA BARREDA, Nicolás. *Biología, vida y sociedad*. Boadilla del Monte: A. Machado Libros, 2004. 187 p.

JOUE DE LA BARREDA, Nicolás; GEREZ KRAEMER, Gabriel; SAZ DÍAZ, José María (coords.). *Genoma humano y clonación: Perspectivas e interrogantes sobre el hombre*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2003. 176 p.

JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. El paciente y su capacidad de decidir en el ordenamiento español. En: JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael (dir.). *Bioética y bioderecho: Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*. Granada: Comares, 2008. pp. 129-154.

KACZOR, Christopher. *The Ethics of Abortion: Women's Rights, Human Life, and The Question of Justice*. New York and London: Routledge, 2011. 256 p.

KALVEN Jr., Harry. The Supreme Court, 1970 Term. *Harvard Law Review*. 1971, vol 85, núm. 1. pp. 3-38.

KANT, Immanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Madrid: VictorianoSuárez, 1873. 265 p.

KEOWN, John. *Abortion, Doctors and The Law: Some Aspects of The Legal Regulation of Abortion in England from 1803 to 1982*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. 212 p.

KESSLER, Daniel; MCCLELLAN, Mark. Do Doctors Practice Defensive Medicine? *The Quarterly Journal of Economics*. 1996, núm.2, vol 11. pp. 353-390.

KRIEGEL, Albert; HERMANN, Emil; OSENBRÜGGEN, Eduard. *Cuerpo del Derecho Civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino. Vol. 1: Instituta-Digesto*. García del Corral, Idelfonso (trad.) (comp.) Barcelona: Jaime Molinas, 1889. 980 p.

LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Antropología médica para clínicos*. Barcelona: Salvat, 1985. 510 p.

----- *Ciencia, técnica y medicina*. Madrid: Alianza Editorial, 1986. 382 p.

----- *Historia de la medicina*. Barcelona: Ediciones Científicas y Técnicas, 1994. 722 p.

----- *La curación por la palabra en la antigüedad clásica*. Barcelona: Anthropos, 2005. 237 p.

----- *La relación médico-enfermo: Historia y teoría*. Madrid: Alianza Editorial, 1983. 491 p. Madrid: Triacastela, 2003. 231 p.

LARENA BELDARRAIN, Javier. El proceso por responsabilidad civil médica: Consideraciones en materia probatoria. En: LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*. Madrid: Dykinson, 2012. pp. 305-321.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson: Instituto Nacional del Consumo, 2007. 377 p.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *El aborto no punible: El art. 417 bis del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1990. 356 p.

LÁZARO, José; GRACIA GUILLÉN, Diego. La relación médico-enfermo a través de la historia. *Anuario del Sistema Sanitario de Navarra*. 2006, vol. 29, suplemento 3. pp. 7-17.

----- Presentación: La nueva relación clínica. En: LAÍN ENTRALGO, Pedro. *El médico y el enfermo*. Madrid: Triacastela, 2003. pp. 9-36.

LEJEUNE, Jérôme. *¿Qué es el embrión humano?* Madrid: RIALP, 1993. 204 p.

LIZARRAGA BONELLI, Emilio. La información y la obtención del consentimiento en la nueva ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En GONZÁLEZ SALINAS, Pedro; LIZARRAGA BONELLI, Emilio (coords.) *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002*. Madrid: Aranzadi, 2004. pp. 225-296.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Lázaro Ros, Amando (trad.). Madrid: Aguilar, 1969. 185 p.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Los límites de la vida y la libertad de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 239 p.

LÓPEZ FEREZ, Juan Antonio. Hipócrates y los escritos hipocráticos: Origen de la medicina científica. *Epos*. 1986, núm. 08. pp. 157-176.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia. Comunicación materno-filial en el embarazo. *Cuadernos de bioética*. 2009, vol. 20, núm. 70. pp. 303-316.

LÓPEZ BARAHONA, Mónica; ABELLÁN SALORT, José Carlos. *Los códigos de la vida*. Madrid: Homolegens, 2009. 223 p.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia; IRABURU ELIZALDE, María. *Los quince primeros días de una vida humana*. Pamplona: EUNSA, 2004. 215 p.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia; RUIZ REATEGUI, Antonio. Manipulación del patrimonio genético humano con fines eugenésicos. En: LÓPEZ MORATALLA, Natalia (dir.) *Deontología biológica*. Navarra: Facultad de Medicina, Universidad de Navarra, 1987. pp. 341-349.

LÓPEZ MORENO, Ángeles. *Reflexiones jurídicas del Proyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo*. Murcia: Contraste publicaciones, 2009. 31 p.

LÓPEZ PIÑERO, José María. *La medicina en la historia*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2002. 717 p.

LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. *El arte de pensar con rigor y vivir de forma creativa*. Madrid: APCH, 1993. 744 p.

LÓPEZ, Guillermo. *Aborto y contracepción*. Pamplona: EUNSA, 2009. 130 p.

LÓPEZ-CHAPA, Sara. *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*. Barcelona: Bosch, 2007. 321 p.

LUCAS LUCAS, Ramón. ¿Cuándo se inicia la persona humana? Individualidad biológica y existencia personal. En: LÓPEZ BARAHONA, Mónica; LUCAS LUCAS, Ramón (dirs.) *El inicio de la vida: Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: BAC, 1999. pp. 59-93.

----- El estatuto antropológico del embrión humano. En: CARRASCO DE PAULA, Ignacio; COLOMBO, Roberto; COZZOLI, Mauro; *et. al.* *Identidad y estatuto del embrión*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2000. 269 p.

LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2004. 616 p.

----- *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria: Culpa y causalidad*. Madrid: Civitas, 2004. 435 p.

LLAMAS POMBO, Eugenio. Comentario a la STS de 25 de abril de 1994. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 1994, núm. 36. pp. 1005-1020.

----- *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, 1988. 461 p.

----- *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: La Ley, 2010. 421 p.

LLANO CIFUENTES, Carlos. *Examen filosófico del acto de la decisión*. Pamplona: EUNSA, 2010. 140 p.

MANSON, Neil C; O'NEILL, Onora. *Rethinking Informed Consent in Bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. 212 p.

MARÍAS, Julián; USANDIZAGA, José Antonio; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *et. al. En defensa de la vida*. Madrid: Edilibro, 1983. 263 p.

MARINA, José Antonio. *El misterio de la voluntad perdida*. Barcelona: Anagrama, 1997. 324 p.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; PABLO CONTRERAS, Pedro de; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel; *et. al.* *Curso de derecho civil. Vol. 2. Derecho de obligaciones*. Madrid: Colex, 2011. 976 p.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. Responsabilidad civil médica en su dualidad funcional: Cirugía asistencial, cirugía satisfactiva. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*. 1995, núm. 3. pp. 698-712.

----- Especial estudio de la denominada *lex artis ad hoc* en la función médica. *Actualidad Civil*. 1986, núm. 24, Semana 2-8. pp. 1697-1709.

----- Sistemas de protección de la salud. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis; LORENZO Y MONTERO, Ricardo de (dirs.). *Derecho médico: Tratado de derecho sanitario. Tomo 1*. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario, Colex, 2001. pp. 443-519.

----- (coord.). *Relaciones entre la Medicina y el Derecho. Binomio interdisciplinar*. Madrid: Fundación Ramón Areces, 2008. 118 p.

----- (dir.). *Derecho médico: Derecho médico general y especial. Vol. 1*. MARTÍNEZ-CALCERRADA, José María (coord.). Madrid: Tecnos, 1986. 989 p.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. Autonomía. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. 2007, núm. XL, 2007. pp. 713-764.

----- La autodeterminación. *Anuario de Derechos Humanos*. 2007, vol VIII, pp. 325-364.

----- Autonomía y responsabilidad. En: SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel; HOYO SIERRA; Isabel Araceli. *Modalidades de responsabilidad jurídica: Deber y obligación*. Dykinson: Madrid, 2008. pp. 15-43.

----- Responsabilidad reproductiva. En: SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel; HOYO SIERRA; Isabel Araceli. *Teorías y Aplicaciones sobre la Noción de Responsabilidad Jurídica*. Madrid: Dykinson-Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2009. p. 327-389.

----- Vida y derecho. *Revista de Derechos Humanos*. 2010, núm. 1. pp. 103-128.

MARTÍNEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, Consuelo. *Teoría del derecho y filosofía del derecho*. Madrid: Colex, 2011. 495 p.

MAZA GAZMURI, Iñigo de la. Casos realmente difíciles los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia. *Anuario de Derecho Civil*. 2010, vol 63, núm. 4. pp. 1683-1723.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil. Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral. Segunda Parte. Vol. 1*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. 575 p.

MAZZILLI, Elisabetta. La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: Dudas y cuestiones abiertas. *Aranzadi Civil-Mercantil*. 2012, vol. 1, núm. 10. pp. 79-111.

MCLAREN, Anne. Prelude to Embryogenesis. En: The CIBA Foundation. *Human Embryo Research: Yes or No*. Travistock: London, 1986. pp. 5-23.

MEDINA ALCOZ, María. La ruptura injustificada de los tratos preliminares: Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. *Revista de Derecho Privado*. 2005, núm. 5-6. pp. 78-106.

MEDIURIS S.L. *Mediuris: Derecho para el profesional sanitario*. Fernández Vara, Guillermo; Jiménez Murillo, Luis (prol.). Madrid: Marcial Pons, 2011. 1454 p.

MEDOFF, Marshall H; DENNIS, Christopher. TRAP Abortion Laws and Partisan Political Party Control of State Government. *The American Journal of Economics and Sociology*. 2011, vol 70, núm. 4. pp. 951-973

MEISEL, Alan. The Expansion of Liability For Medical Accidents: From Negligence to Strict Liability by Way of Informed Consent. *Nebraska Law Review*. 1977, vol 56, núm.1. pp. 51-152.

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD. *Manual de codificación CIE.9.MC*. Madrid: Secretaría General Técnica, 2011. 168 p. [ref. de 20 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/clasifEnferm/home.htm>

MIRANDA SERRANO, Luis María. La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: Aspectos concurrenciales y negociables. *Estudios Sobre Consumo*. 2006, núm. 77. pp. 61-76.

MONTALVO, Federico. ¿Nueva jurisprudencia sobre el CI? *Diario Médico*. 2011. Disponible en: <http://vlex.com/vid/288108710>.

MONTOYA SANTIAGO, Carolina del Valle. "Perspectiva Iusinformativa del Mensaje y de la Relación Sanitaria." Directora: María Pilar Cousido González. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2012. 611 p.

MOORE, Keith. *Embriología básica*. México: Interamericana-McGraw-Hill, 1990. 328 p.

MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N. *Embriología clínica*. México D.F.: McGraw-Hill Interamericana, 2008. 522 p.

MOORE, Keith; PERSAUD, Trivedi V. N.; SHIOTA, Kohei. *Atlas de la embriología clínica*. México: Panamericana, 1994. 253 p.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 2005, núm. 67. pp. 115-134.

MORENO DÍAZ, Juan Manuel. "El derecho de objeción de conciencia. Caracterización general. Su aplicación específica a las prestaciones de servicios". Director: Manuel Ramón Alarcón. Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho. 2003. 583 p.

MORENO QUESADA, Bernardo; OSSORIO MORALES, Juan; GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel; *et. al.* *Curso de derecho civil. II, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. 781 p.

MORENO RANGEL, César. *La objeción de conciencia y su aplicación al supuesto de aborto*. Madrid: Dykinson, 2010. 85 p.

MOROS, Enrique R. *La vida humana como trascendencia: Metafísica y antropología en las "fides et ratio"*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2008. 303 p.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1979. 372 p.

----- Responsabilidad médica en pro de la justicia. En: BUERES, Alberto José; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dirs.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1997. pp. 675-682.

MUNAR BERNAT, Pedro A. El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar. En: LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*. Madrid: Dykinson, 2012. pp. 109-119.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 1094 p.

NAVARRO VALLS, Rafael. *Análisis jurídico del proyecto de ley del aborto*. Madrid: Foro Sociedad Civil, 2009. 68 p.

NAVARRO VALLS, Rafael; MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. *Conflictos entre conciencia y ley: Las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel, 2011. 514 p.

NOGALES NAHARRO, María de los Ángeles. *Propuesta ética para bioética desde una fundamentación iusnaturalista*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2005. 289 p.

OCÉANO. *Diccionario de medicina Océano Mosby*. Barcelona: Océano, 2006. 1560 p.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Bioderecho: Entre la vida y la muerte*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. 272 p.

ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL ESPAÑOLA. *Código de Ética y Deontología Médica de 1999*. [ref. de 1 de agosto de 2008]. Disponible en internet: <http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2003. 106 p. 2ª ed. 2012. 123 p.

PALMER, Louis J.; PALMER, Xueyan Z. *Encyclopedia of abortion in the United States*. Carolina del Norte, London: McFarland, 2009. 624 p.

PALOMARES BAYO, Magdalena; LÓPEZ Y GARCÍA, Javier. *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica; estudio de su evolución jurisprudencial*. Granada: Comares, 2002. 311 p.

PANIZA FULLANA, Antonia. La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU. En: *Aranzadi Civil-Mercantil. Vol. I (Estudio)*. Pamplona: Aranzadi, 1998. pp. 71-112.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Responsabilidad precontractual: Propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericana de Contratos. *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol 64, núm. 3. pp. 897-929

PASTOR GARCÍA, Luis Miguel (coord.). *Cuestiones de antropología y bioética*. Murcia: Universidad de Murcia-Servicio de Publicaciones. 1993. 144 p.

PASTOR GARCÍA, Luis Miguel (ed.); LEÓN CORREA, Francisco Javier (ed.). *Manual de ética y legislación en enfermería: Bioética de enfermería*. Barcelona: Mosby. 1996. 243 p.

PARDO SAENZ, José María. *El no nacido como paciente*. Pamplona: EUNSA, 2011. 352 p.

-----, *La vida del no nacido: La verdad sobre el aborto y la dignidad de la mujer*. Pamplona: EUNSA, 2011. pp. 897-929.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Granada: Comares, 2009. 151 p.

PELLEGRINO, Edmund; THOMASMA, David. *Las virtudes cristianas en la práctica médica*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2008. 176 p.

PELLEGRINO, Edmund La metamorfosis de la ética médica: Una mirada retrospectiva a los últimos 30 años. En: COUCEIRO, Azucena (ed.). *Bioética para clínicos*. Madrid: Triacastela, 1999. pp. 73-87.

----- La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*. 1990, núm. 108. pp. 379-390.

PEMAN GABÍN, Juan. *Derecho a la salud y administración sanitaria*. Boloña: Real Colegio de España, 1989. 257 p.

PERCIVAL, Thomas. *Medical ethics*. Manchester: S. Russell para J. Johnson, 1803. 250 p.

PÉREZ BAUTISTA, Florencio. La medicina y los médicos en el teatro de Calderón de la Barca. *Cuadernos de Historia de la Medicina Española*. 1968, vol 7. pp. 149-245.

PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2007. 1111 p.

PERNICK, Martin. The Patient's Role in Medical Decision-Making: A Social History of Informed Consent in Medical Therapy. En: PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *Making Health Care Decisions: The Ethical and Legal Implications of Informed Consent in The Patient-Practitioner Relationship*. Vol. 3. Appendices, Studies on The Foundations of Informed Consent. Washington: U.S. Government Printing Office, 1982. pp. 1-35.

PERRY, Ronen; ADAR, Yehuda. Wrongful Abortion: A Wrong in Search of a Remedy. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*. 2005, vol 5. pp. 507-586.

PERSANO, Fabio. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale statunitense in materia d'aborto I. *Medicina e Morale: Rivista internazionale bimestrale di Bioetica*. 2011, Nuova serie, vol. 61, núm. 4. pp. 628-629.

----- Evoluzione della giurisprudenza costituzionale statunitense in materia d'aborto II. *Medicina e Morale: Rivista internazionale bimestrale di Bioetica*. 2011, Nuova serie. vol 61, núm. 5. pp. 855-879.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. Daños causados por otros bienes y servicios. Título II. Capítulo II. En: REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (dirs.). *La defensa de los consumidores y usuarios: comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto*

legislativo 1/2007 adaptados a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009. Madrid: Iustel, 2011. pp. 1905-1951.

PINEAULT, Raynald; DAVELUY, Carole. *La planificación sanitaria: Conceptos, métodos, estrategias.* Barcelona: Masson, 1994. 382 p.

PLAZA PENADÉS, Javier. La ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información, consentimiento y documentación clínica. *Diario jurídico Aranzadi.* 2003, núm. 562. pp. 1-2.

POLAINO LORENTE, Aquilino. Más allá de la confusión: Razones para la prioridad de la bioética. En: POLAINO LORENTE, Aquilino (ed.) *Manual de Bioética general*, Madrid, RIALP, 1994. pp. 70-97.

PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS. *Carta de los Agentes Sanitarios.* Ciudad del Vaticano: Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, 1995. 129 p.

PORTER, Roy. *Breve historia de la medicina: Las personas, la enfermedad y la atención sanitaria.* Cifuentes, Irene (trad.); Carretero, Teresa (trad.). Madrid: Taurus, 2003. 302 p.

POST, Stephen (ed.). *Encyclopedia of Bioethics. Volume 3.* New York: Macmillan Reference, 2004. 641 p.

----- *Encyclopedia of Bioethics. Volume 5.* New York: Macmillan Reference, 2004. 568 p.

PRADA ALONSO, Javier. *Protección del consumidor y responsabilidad civil.* Madrid: Marcial Pons, 1998. 214 p.

PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *Summing Up: Final Report on Study of the Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research.* Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1983. 137 p. [ref. de 12 de enero de 2011]. Disponible en: http://bioethics.georgetown.edu/pcbe/reports/past_commissions/summing_up.pdf

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Contratos en particular. Tomo 2. Volumen 2. 2da.* Edición. Barcelona: Bosch, 1982. 511 p.

PULIDO QUECEDO, Manuel. El consentimiento informado en materia de salud: ¿Derecho humano fundamental? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional.* 2001, núm 5. pp. 1850-1852.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español. Parte especial.* Barcelona: Atelier, 2010. 1311 p.

QUINTANA FERGUSON, Manuel de la. *La responsabilidad civil del médico*. Madrid: Estades Artes Graf., 1949. 193 p.

RAGA GIL, José. La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor. En: SIERRA FLORES, M^a de la Doña (dir.). *Derecho renovado del consumidor: Entre la economía y el derecho*. Madrid: Dilex, 2011. 577 p.

RATZINGER, Joseph. *Misa Pro Eligendo Pontifice de 18 de abril de 2005* [ref. de 23 de enero de 2013]. Disponible en: <http://www.vatican.va/>

RECUERO ASTRAY, José. *En defensa de la vida humana*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2011. 392 p.

RETUERTO BUADES, Margarita; SISO MARTIN, Juan. La salud, el sistema sanitario público, su protagonista: el usuario. Derecho y deberes del usuario de la sanidad. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis; LORENZO Y MONTERO, Ricardo de (dirs.). *Derecho médico: Tratado de derecho sanitario. Tomo 1*. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario, Colex, 2001. pp. 799-857.

REVERTE NAVARRO, Antonio. Comentario al artículo 1255 del Código Civil. En: ALBADALEJO, Manuel; DIEZ ALABART, Silvia (dirs). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII. Vol. 1 A. Artículos 1254 a 1260 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 2004. Disponible en: <http://vlex.com/compilation/230845>

REY MARTÍNEZ, Fernando. *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. 199 p.

RHONHEIMER, Martin. *Ética de la procreación*. Madrid: RIALP, 2004. 282 p.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 1995. 1377 p.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial. *Diario La Ley*. 2010, núm. 7358.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica*. Madrid: DILEX, 2004. 256 p.

ROMEO CASABONA, Carlos. *El médico ante el Derecho: La responsabilidad penal y civil del médico*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990. 207 p.

----- *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. 513 p.

----- *El médico y el derecho penal. La actividad curativa: Licitud y responsabilidad penal*. Vol. 1. Barcelona: Bosch, 1981. 431 p.

ROVIRA VIÑAS, Antonio. *Autonomía personal y tratamiento médico. Una Aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*. Pamplona: Aranzadi, 2007. 226 p.

RUBIO TORRANO, Enrique. Derechos fundamentales y consentimiento informado. *Aranzadi Civil-Mercantil*. 2001, núm. 19. Disponible en: <http://westlaw.es>

SADLER, Thomas W. *Langman, embriología médica*. Buenos Aires: Wolters Kluwer, 2010. 387 p.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. Intervención médica y consentimiento informado: algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente. En: MORILLAZ CUEVA, Lorenzo. *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson, 2010. pp. 63-79.

SAN AGUSTÍN. *Las Confesiones*. Encuentra Ortega, Alfredo (trad.) Madrid: Gredos. 2010. 700 p.

SAN MARTÍN, Hernán. *Salud y enfermedad*. México D.F.: La prensa mexicana, 1988. 894 p.

SAN VÍCTOR, Ricardo de. *Opera*. Berthelin, Jean (ed.) Ruan: Rothomagi, 1650. 1710 p.

SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. La intimidad: Un derecho fundamental de todos. *Informes Portal Mayores*. 2005, núm. 5. pp. 57-79.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos, 1998. 354 p.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Historia, teoría y método de la medicina: Introducción al pensamiento médico*. Barcelona: Masson, 2003. 592 p.

SÁNCHEZ RUBIO, María Aquilina. "Marco Jurídico del Derecho a la Información en las Relaciones Sanitarias Especial Consideración del Consentimiento Informado." Director: Cástor Miguel Díaz Barrado. Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, 2008. 550 p

SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. *Derechos del médico en la relación clínica*. Madrid: Comares, 2006. 247 p.

SANCHO GARGALLO, Ignacio. *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. Working Paper N°: 209*. Barcelona: InDret, 2004. 24 p. [ref. de 2 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf

SANTOS GÓMES, Álvaro; LAMATA COTANDA, Fernando. Atención sanitaria y redes de servicio. En: REPULLO LABRADOR, José; IÑESTA, Antonio (eds.). *Sistemas y servicios sanitarios*. Madrid: Díaz de Santos, 2006. pp. 1-58.

SAVULESCU, Julian. Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings. En: STEINBOCK, Bonnie (ed.). *The Oxford Handbook on Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 2006. pp. 516-535.

SAWICKI, Nadia. The Abortion Informed Consent Debate: More Light, Less Heat. *Cornell Journal of Law and Public Policy*. 2011, vol 21, núm. 1. pp. 1-38.

SERRA, Angelo; COLOMBO, Roberto. Identidad y estatuto del embrión humano: La contribución de la biología. En: CARRASCO DE PAULA, Ignacio; COLOMBO, Roberto; COZZOLI, Mauro; *et. al. Identidad y estatuto del embrión*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2000. 269 p.

SERRA, Angelo. El embrión humano, ciencia, medicina, en torno a un reciente documento. En: ABEL I FABRE, Francesc (ed.) *La vida humana: origen y desarrollo y otros*. Barcelona: Instituto Borja de Bioética, 1989. pp. 41-56.

----- *La contribución de la biología al estatuto del embrión* [ref. de 18 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://guiadederechocivil.blogspot.com/2007/05/fecundacion-in-vitro.html>

----- *La contribución de la Biología al estatuto del embrión*. Parte 2 [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/284/705/articulo.php?id=20635>

----- La ley del desarrollo del embrión humano revela cuándo "Yo" soy "Yo". En: LÓPEZ, Mónica; LUCAS, Ramón (dirs). *El inicio de la vida: Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: BAC, 1999. pp. 17-49.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *Nuevas cuestiones de bioética*. Pamplona: EUNSA, 2002. 166 p.

SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis. Persona, personalidad jurídica, nasciturus y derecho civil español. En: ESPEJO ARIAS, María Dolores, *et. al. Bien común y dignidad humana. Estudios presentados en el IV Congreso Internacional de Bioética de la Federación Internacional de Bioética de Inspiración Personalista*. Jaén: Formación Alcalá, 2007. 285 p.

----- La protección del concebido y no nacido en nuestro derecho. En: MONTROYA MELGAR, Alfredo (coord.) *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*. Madrid: Dykinson, 2010. pp. 586-600.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos y ética biomédica*. Vol. 1. Madrid: BAC, 2009. 968 p.

SHAPIRO, Ian. El derecho constitucional en materia de aborto en Estados Unidos. Una introducción. En: SHAPIRO, Ian; LORA DELTORO, Pablo de; TOMÁS-VALIENTE, Carmen. *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. pp. 11-67.

SIMON LORDA, Pablo. *El consentimiento informado*. Madrid: Triacastela, 2000. 479 p.

SPAEMANN, Robert. La inviolabilidad de la vida humana. *Anuario Filosófico*. 1994, vol. 27 núm.1. pp. 69-87.

----- *Personas: Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"*. Barco, José Luis del (trad.). Pamplona: EUNSA, 2000. 236 p.

----- *Ética: Cuestiones fundamentales*. Yanguas, José María (trad.). Pamplona: EUNSA, 1987. 124 p.

SPARROW, Robert. A Not-So-New Eugenics: Harris and Savulescu on Human Enhancement. *Hastings Center Report*. 2011. vol 41, núm. 1. pp. 32-42.

STEINBERG, Terry Nicole. Abortion Counseling: To Benefit Maternal Health. *American Journal of Law & Medicine*. 1989, vol 15, núm. 4, pp. 483-517.

STEDING, Gerd. *The Anatomy of the Human Embryo: A Scanning Electron-Microscopic Atlas*. New York: Karger, 2009. 516 p.

STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Santos Briz, Jaime (trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. 310 p.

SUEIRO VILLAFRANCA, Enrique; LÓPEZ MORATALLA, Natalia. *La comunicación materno-filial en el embarazo. El vínculo de apego*. Pamplona: EUNSA, 2011. 96 p.

THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report on Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1978. 20 p. [ref de 12 de enero de 2011]. Disponible en: <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>

TOMÁS Y GARRIDO, Gloria María. *Cuestiones actuales de bioética*. Pamplona: EUNSA, 2006. 147 p.

TOMILLO URBINA, Jorge. La paridad posicional en el ámbito sanitario: Hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor. En: TOMILLO URBINA, Jorge; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (dirs.). *La protección jurídica del paciente como consumidor: Selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor*. Navarra: Aranzadi, 2010. pp. 55-72.

UNIVERSIDAD DE NAVARRA. FACULTAD DE MEDICINA. *Diccionario de Medicina*. Madrid: Espasa Calpe, 1999. 1274 p.

URIARTE CODÓN, Aner. La inversión de la carga de la prueba. En: ABELLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch, 2007. pp. 103-106.

VALENT, María. *Más sobre la cuestión de los embriones congelados* [ref. de 6 de febrero de 2013]. Disponible en: http://www.iveargentina.org/Foro_SAlfonso/articulos_ajenos/embriones_congelados_2.htm

VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. Lima: Grijley, 2001. 546 p.

VEGA GUTIERREZ, Javier. *Estatuto biológico del embrión* [ref. de 18 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/120/904/>

VEGA GUTIÉRREZ, Javier; GUTIÉRREZ, José María; MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín. *Consideraciones sobre el comienzo de la vida humana* [ref. de 18 de diciembre de 2012]. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/135/919/>

VICENTE ARREGUI, Jorge; CHOZA, Jacinto. *Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad*. Madrid: RIALP, 1992. 506 p.

VILLEE, Claude. *Biología*. México: MacGraw-Hill Interamericana, 1999. 1305 p.

VIVES ANTÓN, Tomás; CUERDA ARNAU, María. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. 333 p.

WILLKE, Jack C.; WILLKE, Bárbara. *Manual sobre el aborto*. Pamplona: EUNSA, 1975. 183 p.

ZABALA BLANCO, Jaime. "Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español". Universidad de Cantabria, Facultad de Medicina, 2008.

ZACK, Brian G. Abortion and the Limitations of Science. *Science*. 1981, vol 213, núm. 4505. p. 291.

LEGISLACIÓN Y OTRAS FUENTES NORMATIVAS

NORMATIVA NORTEAMERICANA

Disponible en <http://www.findlaw.com/casecode/>;
<http://www.ncsl.org/about-us/ncslservice/state-legislative-websites-directory.aspx>

Alabama. S. B. 333 (2002)

Alaska. S. B. 30 (2003)

Arkansas. Ark. Code Ann. §§ 5-61-101 (1999)

Arkansas. Ark. Code Ann. §§ 20-16-901 - 908 (2001)

Arkansas. Ark. State Bd. of Health, Rules and Regulations for Abortion Facilities, §§ 1-12 (2012)

Florida. H. B. 1127 (2011)

Georgia. H. B. 197 (2005)

Idaho. Idaho Code §§18-604 (1973 & Supp. 2007)

Illinois. 720 Ill. Comp. Stat. Ann. 510/3.1 (1979 & Supp. 1989)

Illinois. 210 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/ Ambulatory Surgical Treatment Center Act (2009)

Indiana. Ind. Code Ann. § 16-34-2-1.1 (1995 & Supp. 2011)

Kansas. S.B. 238 (2009)

Kansas. S.B. 36 (2011)

Kansas. Kan. Admin. Regs. §§ 28-34-126 - 144 (2011)

Kansas. S.B. 62 (2012)

Kentucky. 902 Ky. Admin. Regs. 20:360 § 2(4)(a) (1982 & Supp. 1994)

Kentucky. Ky. Rev. Stat. Ann. § 311.725 (1998)

Kentucky. Ky. Rev. Stat. Ann. §§ 216B.015 (1998)

Kentucky. Ky. Rev. Stat. Ann. §§ 216B.0435 (1998)

Louisiana. H. B. 636 (2011)

Maryland. Md. Regs. Code tit. 10 (2012)

Massachusetts. Mass. Gen. Laws Ann. ch. 112, § 12S (1974 & Supp. 1980)

Michigan. Mich. Comp. Laws Ann. §§ 333.17014 (1993 & Supp. 2002)

Minnesota. Minn. Stat. Ann. §§ 145.4243 (2003)

Minnesota. Minn. Stat. Ann. §§ 145.4241 - 4242 (2003 & Supp. 2006)

Mississippi. H. B. 1390 (2012)

Mississippi. Miss. Code Ann. §§ 41-41-33 (1991 & Supp. 1996)

Missouri. Mo. Code Regs. Ann. tit. 19, §§ 30-30.070 (1987)

Missouri. Mo. Ann. Stat. § 197.200 (2007)

Missouri. Mo. Rev. Stat. § 188.039 (1979 & Supp. 2010)

Montana. Mont. Code Ann. §§ 50-20- 106 (1974 & Supp. 1995)

Carolina del Norte. N.C. Admin. Code tit. 10A, r. 14E.0307 (1989)

Carolina del Norte. N.C. Gen. Stat. Ann. § 14-45.1 (b) (1967 & Supp. 1997)

Carolina del Norte. H. B. 854 (2011)

North Dakota. N.D. Cent. Code §§14-02.1-02 (1975 & Supp. 2011)

Ohio. Ohio Rev. Code Ann. § 2317.56 (1991 & Supp. 1998)

Oklahoma. Okla. Stat. Ann. tit. 63 §§ 1-738.2 (2005 & Supp. 2012)

Pennsylvania. 28 Pa. Code § 29.33 (1983)

Pennsylvania. 18 Pa. Cons. Stat. Ann. §§ 3205 - 3208 (1982, modificado en 1989)

Pennsylvania. H. B. 1077 (2011-2012)

South Carolina. H. B. 3245 (2011)

South Dakota. S.D. Codified Laws § 34-23A-10.4 (2003)

South Dakota. S.D. Codified Laws § 34-23A-10.1 (1980, modificado en 2005)

South Dakota. S.D. Codified Laws § 34-23A-10.3 (1993, modificado en 2005)

Texas. Tex. Health & Safety Code Ann. §§ 171 (2003 & Supp. 2011)

Utah. Utah Code Ann. §§ 76-7-302 (2010)

Utah. Utah Admin. Code R432-600 (2011)
Utah. Utah Code Ann. §§ 76-7-305 (1973 & Supp. 2012)
Utah. Utah Code Ann. §§ 76-7-305.5 (1981& Supp. 2012)
Virginia. S. B. 924 (2011)
Virginia. H. B. 462 (2012)
Washington. Wash. Rev. Code Ann. §§ 9.02.110 - 120 (1991)
West Virginia. S. B. 170 (2002)
Wisconsin. Wis. Admin. Code § Med. 11.04(g) (1976)
Wisconsin. Wis. Stat. Ann. § 253.10 (1985 & Supp. 2012)

NORMATIVA NACIONAL

Disponible en: <http://www.westlaw.es>; <http://www.boe.es/>

INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997 (BOE núm. 251 de 20 de octubre).

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102 de 29 de abril).

Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (BOE núm. 72 de 25 de marzo).

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal (BOE núm. 166 de 12 de julio).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 21 de noviembre).

Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (BOE núm. 163 de 9 de julio).

Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión

Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE núm. 184 de 31 de julio).

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal (BOE núm. 166 de 12 de Julio).

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 58, de 10 de marzo).

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE núm. 266 de 6 de noviembre).

Ley 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas (BOE núm. 154 de 27 de junio).

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 11 de 13 de enero).

Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (BOE núm. 103 de 30 de abril).

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176 de 24 de julio).

Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental (BOE núm. 68 de 20 de marzo).

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102 de 29 de abril).

Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE núm. 306 de 22 de diciembre).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285 de 27 de noviembre de 1992).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7 de 8 de enero).

Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (BOE núm. 29 de 2 de febrero de 2001).

Ley 10/2002, de 29 de abril, por la que se modifica la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, para la incorporación al Derecho español de la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (BOE núm. 103 de 30 de abril de 2002).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274 de 15 de noviembre).

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 128 de 29 de mayo).

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289 de 3 de diciembre).

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE núm. 280 de 22 de noviembre).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126 de 27 de mayo).

Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 174 de 27 de julio).

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299 de 15 de diciembre).

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159 de 4 de julio).

Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 243 de 10 de octubre).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175 de 22 de julio).

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184 de 2 de agosto).

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE núm. 240 de 5 de octubre).

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE núm. 154 de 29 de junio)

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287 de 30 de noviembre).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161 de 3 de Julio).

Real decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889).

Real Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre (BOE núm. 297 de 12 de diciembre).

Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto (BOE núm. 1 de 1 de septiembre).

Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (BOE núm. 128 de 28 de mayo).

Real Decreto 2230/1982, de 18 de junio, sobre autopsias clínicas (BOE núm. 218 de 11 de septiembre).

Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 281 de 24 de noviembre).

Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 35 de 10 de febrero).

Real Decreto 1566/1998, de 17 de julio, por el que se establecen los criterios de calidad en radioterapia (BOE núm. 206 de 28 de agosto).

Real Decreto 1841/1997, de 5 de diciembre, por el que se establecen los criterios de calidad en medicina nuclear (BOE núm. 303 de 19 de diciembre).

Real Decreto 1976/1999, de 23 de diciembre, por el que se establecen los criterios de calidad en radiodiagnóstico (BOE núm. 311 de 29 de diciembre).

Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos (BOE núm. 3 de 4 de enero).

Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes (BOE núm. 219 de 1 de septiembre).

Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 40 de 15 de febrero).

Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (BOE núm. 254 de 23 de octubre).

Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (BOE núm. 33 de 7 de febrero).

Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222 de 16 de septiembre).

Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE núm. 302 de 19 de diciembre).

Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal (BOE núm. 40 de 15 de febrero).

Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada (BOE núm. 45 de 21 de febrero).

Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 155 de 26 de junio).

Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 155 de 26 de junio).

Orden por la que se modifica el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 7 de julio de 1972 (BOE núm. 169 de 16 de julio).

Orden por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (BOE núm. 172 de 19 de julio).

Orden de 30 de septiembre de 1987 por la que se dispone el cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en los recursos contencioso-administrativos números 407.946 y 407.949, acumulados, interpuestos contra este Departamento por el Consejo Superior de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales (BOE núm. 252 de 21 de octubre).

NORMATIVA AUTONÓMICA

Disponible en: <http://www.westlaw.es>; <http://www.boe.es/>

Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (BOE núm. 211 de 2 de septiembre).

Ley 1/1993 de 6 de abril de Ordenación del Sistema Sanitario de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (BOE núm. 124 de 25 de mayo).

Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias (BOE núm. 204 de 26 de agosto).

Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE núm. 185 de 4 de agosto).

Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE núm. 50 de 27 de febrero).

Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (BOE núm. 29 de 2 de febrero).

Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 177 de 25 de julio).

Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 158 de 3 de julio).

Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE núm. 34 de 8 de febrero).

Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOE núm. 55 de 5 de marzo).

Ley 2/2002, de 7 de abril, de Salud de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE núm. 106 de 3 de mayo).

Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOE núm. 121 de 21 de mayo).

Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de la Comunidad Foral de Navarra (BOE núm. 129 de 30 de mayo).

Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Autónoma Cantabria (BOE núm. 6 de 7 de enero).

Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Autónoma Valenciana (BOE núm. 48 de 25 de febrero).

Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Autónoma Valenciana. (BOE núm. 55 de 5 de marzo).

Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOE núm. 110 de 8 de mayo).

Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, por la que se modifica parcialmente la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de la Comunidad Foral de Navarra (BOE núm. 120 de 20 de mayo).

Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE núm. 103 de 30 de abril).

Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 93 de 19 de abril).

Ley 8/2008, de 20 de junio, de la Generalitat, de los derechos de salud de niños y adolescentes de la Comunidad Autónoma Valenciana (BOE núm. 171 de 16 de julio).

Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma Valenciana (BOE núm. 200 de 19 de agosto).

Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE núm. 248 de 13 de octubre).

Decreto 175/1989, de 18 de julio (BO de la Comunidad Autónoma del País Vasco núm. 149 de 4 de agosto).

Decreto 175/2002, de 25 de junio (BO de la Comunidad Autónoma de Cataluña núm. 3665 de 27 de junio).

Decreto 4/2003, de 14 de enero (BO de la Comunidad Autónoma de Extremadura núm. 9 de 21 de enero).

Decreto 88/2004, de 22 de octubre (BO de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, núm 152 de 30 de octubre).

Decreto 94/2006, de 8 de noviembre (BO de la Comunidad de Madrid núm. 268 de 10 de noviembre).

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Disponible en: <http://www.westlawinternational.com>
<http://www.findlaw.com/casecode/>

Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 103 S.Ct. 2481 (U.S., 1983)
Bellotti v. Baird, 96 S.Ct. 2857 (U.S.Mass., 1976)
Berkey v. Anderson, 82 Cal. Rptr. 67 (Cal.App. 1969)
Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772 (C.A.D.C., 1972)
Carpenter v. Blake, 60 Barb. 488 (N.Y.Sup.Gen.Term, 1871)
Cobbs v. Grant, 100 Cal. Rptr. 98 (Cal.App. 1 Dist. 1972)
Doe v. Bolton, 93 S.Ct. 739 (U.S.Ga. 1973)
Eisenstadt v. Baird, 92 S.Ct. 1029 (U.S.Mass. 1972)
Gonzales v. Carhart, 127 S.Ct. 1610 (U.S., 2007)
Griswold v. Connecticut, 85 S.Ct. 1678 (U.S.Conn., 1965)
Hodgson v. Minnesota, 110 S.Ct. 2926 (U.S.Minn., 1990)
Hunt v. Bradshaw, 88 S.E.2d 762 (N.C. Aug 26, 1955)
Hunter v. Burroughs, 96 S.E. 360 (Va., Jun 13, 1918)
Mohr v. Williams, 104 N.W. 12 (Minn. Jun 23, 1905)
Natanson v. Kline, 186 Kan. 393, 350 P.2d 1093 (Kan. 1960)
Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 96 S.Ct. 2831 (U.S.Mo., 1976)
Planned Parenthood v. Casey, 112 S.Ct. 2791 (U.S.Pa., 1992)

Pratt v. Davis, 79 N.E. 562 (Ill. Dec 22, 1906)
Roe v. Wade, 93 S.Ct. 705 (U.S.Tex., 1973)
Rolater v. Strain, 137 P. 96 (Okla. Nov 11, 1913)
Rust v. Sullivan, 111 S.Ct. 1759 (U.S.N.Y., 1991)
Salgo v. Leland Stanford etc. Board of Trustees, 317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. of App. 1957)
Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92 (N.Y.A.D. 1 Dept. Feb 23, 1912)
Scott v. Bradford, 606 P.2d 554 (Okl., 1980)
Slater v. Baker and Stapleton, 95 E.R. 860 (2 Wilson, K. B. 359, 1767)
Stenberg v. Carhart, 120 S.Ct. 2597 (U.S., 2000)
Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 106 S. Ct. 2169 (476 U.S. 747, 1985)
Truman v. Thomas, 611 P.2d 902 (Cal., 1980)
United States v. Vuitich, 91 S.Ct. 1294 (U.S.Dist.Col. 1971)
Webster v. Reproductive Health Services, 109 S.Ct. 3040 (U.S.Mo., 1989)
Wells v. Worlds Dispensary Medical Association, 24 N.E. 276 (N.Y. Apr 15, 1890)
Wilkinson v. Vesey, 295 A.2d 676 (R.I. 1972)

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Disponible en: <http://www.westlaw.es>;
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es>;
<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 53/1985 de 11 de abril de 1985
STC 117/1990 de 21 de junio de 1990
STC 120/1990 de 27 de junio de 1990
STC 215/1994 de 14 de julio de 1994

STC 207/1996 de 16 de diciembre de 1996
STC 212/1996 de 19 de diciembre de 1999
STC 116/1999 de 17 de junio de 1999
STC 154/2002, de 18 de julio de 2002
STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011

TRIBUNAL SUPREMO

Sala Civil

STS de 21 de marzo de 1950
STS de 5 de abril de 1966
STS de 28 de febrero de 1974
STS de 7 de abril de 1976
STS de 18 de abril de 1978
STS de 21 de junio de 1978
STS de 31 de diciembre de 1979
STS de 7 de julio de 1981
STS de 4 de enero de 1982
STS de 12 de junio de 1982
STS de 15 de marzo de 1984
STS de 26 de mayo de 1986
STS de 7 de noviembre de 1986
STS de 27 de enero de 1988
STS de 16 de mayo de 1988
STS de 7 de febrero de 1990
STS de 29 de junio de 1990
STS de 11 de marzo de 1991
STS de 14 de febrero de 1994
STS de 26 de febrero de 1994
STS de 25 de abril de 1994
STS de 12 de julio de 1994
STS de 22 de julio de 1994

STS de 29 de julio de 1994
STS de 10 de octubre de 1994
STS de 24 de mayo de 1995
STS de 31 de enero de 1996
STS de 6 de marzo de 1996
STS de 6 de noviembre de 1996
STS de 2 de diciembre de 1996
STS de 11 de febrero de 1997
STS de 18 de febrero de 1997
STS de 29 de mayo de 1997
STS de 6 de junio de 1997
STS de 28 de junio de 1997
STS de 1 de julio de 1997
STS de 21 de julio de 1997
STS de 2 de octubre de 1997
STS de 3 de octubre de 1997
STS de 16 de diciembre de 1997
STS de 26 de enero de 1998
STS de 19 de febrero de 1998.
STS de 8 de septiembre de 1998
STS de 16 de octubre de 1998
STS de 10 de noviembre de 1998
STS de 12 de diciembre de 1998
STS de 28 de diciembre de 1998
STS de 13 de abril de 1999
STS de 19 de abril de 1999
STS de 28 de junio de 1999
STS de 24 de septiembre de 1999
STS de 30 de septiembre de 1999
STS de 2 de noviembre de 1999
STS de 16 de diciembre de 1999
STS de 7 de marzo de 2000

STS de 18 de mayo de 2000
STS de 26 de julio de 2000
STS de 26 de septiembre de 2000
STS de 30 de septiembre de 2000
STS de 3 de octubre de 2000
STS de 2 de noviembre de 2000
STS de 12 de enero de 2001
STS de 5 de febrero de 2001
STS de 27 de abril de 2001
STS de 11 de mayo de 2001
STS de 31 de octubre de 2001
STS de 11 de diciembre de 2001
STS de 21 de diciembre de 2001
STS de 5 de febrero de 2002
STS de 11 de abril de 2002
STS de 30 de abril de 2002
STS de 2 de julio de 2002
STS de 12 de julio de 2002
STS de 24 de enero de 2003
STS de 29 de mayo de 2003
STS de 22 de julio de 2003
STS de 23 de julio de 2003
STS de 8 de septiembre de 2003
STS de 18 de diciembre de 2003
STS de 10 de febrero de 2004
STS de 12 de marzo de 2004
STS de 18 de marzo de 2004
STS de 26 de marzo de 2004
STS de 31 de marzo de 2004
STS de 7 de abril de 2004
STS de 10 de junio de 2004
STS de 22 de junio de 2004

STS de 23 de septiembre de 2004

STS de 29 de octubre de 2004

STS de 12 de noviembre de 2004

STS de 15 de noviembre de 2004

STS de 17 de noviembre de 2004

STS de 17 de febrero de 2005

STS de 10 de mayo de 2005

STS de 16 de mayo de 2005

STS de 29 de septiembre de 2005

STS de 21 de octubre de 2005

STS de 21 de diciembre de 2005

STS de 29 de marzo de 2006

STS de 1 de mayo de 2006

STS de 10 de mayo de 2006

STS de 18 de mayo de 2006

STS de 22 de mayo de 2006

STS de 23 de mayo de 2006

STS de 17 de julio de 2006

STS de 4 de octubre de 2006

STS de 15 de noviembre de 2006

STS de 18 de diciembre de 2006

STS de 21 de diciembre de 2006

STS de 5 de enero de 2007

STS de 12 de febrero de 2007

STS de 16 de abril de 2007

STS de 26 de abril de 2007

STS de 23 de mayo de 2007

STS de 19 de junio de 2007

STS de 29 de junio de 2007

STS de 6 de julio de 2007

STS de 4 de octubre de 2007

STS de 10 de octubre de 2007

STS de 8 de noviembre de 2007
STS de 22 de noviembre de 2007
STS de 23 de noviembre de 2007
STS de 28 de noviembre de 2007
STS de 5 de diciembre de 2007
STS de 20 de diciembre de 2007
STS de 12 de marzo de 2008
STS de 10 de junio de 2008
STS de 18 de junio de 2008
STS de 29 de julio de 2008
STS de 23 de octubre de 2008
STS de 17 de noviembre de 2008
STS de 21 de enero de 2009
STS de 4 de junio de 2009
STS de 30 de junio de 2009
STS de 13 de octubre de 2009
STS de 20 de noviembre de 2009
STS de 22 de septiembre de 2010
STS de 27 de septiembre de 2010
STS de 20 de enero de 2011
STS de 4 de marzo de 2011
STS de 28 de marzo de 2011
STS de 13 de mayo de 2011
STS de 29 de junio de 2011
STS de 16 de enero de 2012
STS de 19 de septiembre de 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo

STS de 18 de noviembre de 1999
STS de 4 de abril de 2000
STS de 3 de octubre de 2000
STS de 14 de octubre de 2000

STS de 22 de diciembre de 2001

STS de 14 de octubre de 2002

STS de 2 de marzo de 2005

STS de 20 de abril de 2005

STS de 25 de abril de 2005

STS de 9 de mayo de 2005

STS de 20 de septiembre de 2005

STS de 9 de noviembre de 2005

STS de 21 de diciembre de 2005

STS de 21 de febrero de 2006

STS de 29 de marzo de 2006

STS de 30 de junio de 2006

STS de 6 de febrero de 2007

STS de 1 de febrero de 2008

STS de 19 de junio de 2008

STS de 4 de noviembre de 2008

STS de 9 de diciembre de 2008

STS de 10 de diciembre de 2008

STS de 22 de octubre de 2009

STS de 16 de junio de 2010

STS de 29 de junio de 2010

STS de 21 de octubre de 2010

STS de 27 de octubre de 2010

STS de 12 de noviembre de 2010

STS de 9 de febrero de 2011

STS de 25 de octubre de 2011

STS de 22 de noviembre de 2011

STS de 20 de marzo de 2012

STS de 19 de septiembre de 2012

STS de 9 de octubre de 2012

Sala de lo Penal

STS de 18 de diciembre de 1952

STS de 28 de febrero de 1973

STS de 11 de marzo de 1974

STS de 28 de junio de 1977

STS de 28 de febrero de 1982

STS de 30 de enero de 1984

STS de 6 de diciembre de 1985

STS de 3 de marzo de 1997

STS de 23 de marzo de 2005

OTROS TRIBUNALES

SAN de 22 de enero de 2003

SAP de Burgos de 2 de julio de 1998

SAP de Zamora de 26 de enero de 2009

SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2009

SAP de Madrid de 13 de enero de 2001

SAP de Asturias de 26 de abril de 2006

SAP de Huelva de 18 de julio de 2007

SAP de Madrid de 28 de enero de 2008

SAP de Toledo de 15 de marzo de 2011

STSJ de Navarra de 14 de abril de 2001

STSJ de Navarra de 27 de octubre de 2001

STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2003

STSJ de Andalucía de 8 de noviembre de 2010

SJPII de Palma de Mallorca de 10 de mayo de 2012

ANEXOS

ANEXO 1	Inclusión del aborto en el Catálogo de Prestaciones Sanitarias
ANEXO 2	Material impreso de libre acceso para la mujer embarazada (<i>websites</i>)
ANEXO 3	Material incluido en el sobre cerrado rotulado como "Información sobre la IVE art. 14 Ley Orgánica 2/2010"
ANEXO 4	Información y documentos de consentimiento informado

