

LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO

Salvador Tarodo Soria
Becario post-doctoral
Universita' degli Studi di Bologna

Sumario: 1. Introducción. 2. La responsabilidad médica por intervención sin el consentimiento del paciente. 2.1. Responsabilidad por «malpractice» (negligencia profesional). 2.2. Responsabilidad por «battery» (agresión). 3. Autonomía y constitucionalización del derecho del «informed consent». 3.1. La configuración jurisprudencial de los elementos característicos del «informed consent». 3.2. El fundamento constitucional del derecho del «informed consent». 4. Los textos normativos más relevantes sobre el «informed consent».

1. Introducción

La inquietud por contar con textos normativos dirigidos específicamente a la protección de los derechos del paciente ha sido una preocupación relativamente reciente. Su origen se sitúa en Europa, en la década de los cuarenta del pasado siglo y responde a la necesidad de impedir que se pudieran repetir los abusos cometidos durante la II Guerra Mundial respecto a la experimentación en seres humanos.

Sin embargo, desde al menos una centuria antes, en los Estados Unidos, ya se había ido formado toda una doctrina al respecto conocida con el nombre de «*informed consent*». La prolongada evolución de las soluciones jurídicas que forman este cuerpo doctrinal y la riqueza de su contenido hacen de esta doctrina un punto de referencia imprescindible para la adecuada interpretación de la regu-

lación del consentimiento informado en cualquier ordenamiento jurídico occidental.

El proceso de elaboración de la denominada doctrina del «*informed consent*», como corresponde a un sistema jurídico de precedentes típico de los países anglosajones², ha sido de carácter eminentemente jurisprudencial; no obstante en fechas recientes, también ha cristalizado en la redacción de algunos textos normativos. De esta forma, el grueso de nuestro estudio se dedicará al análisis de la evolución de la doctrina de «*informed consent*» en la jurisprudencia norteamericana, reservando un apartado final a su cristalización normativa.

Aunque el término «*informed consent*» no aparece por primera vez de forma expresa hasta 1957 en el caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees*³, el origen del cuerpo jurisprudencial denominado «*informed consent*» extiende sus raíces hasta el nacimiento del Estado norteamericano. Nos encontramos, por tanto, ante un proceso de más de dos siglos de evolución.

¹ Es cierto que anteriormente ya habían existido otras normas que habían regulado el comportamiento médico en su relación con el enfermo: el Juramento Hipocrático, los Consejos de Esculapio, la Plegaria del Médico o el Juramento de Maimónides, son ejemplos de algunas de ellas. Sin embargo, en estos casos, nos encontramos ante códigos de carácter fundamentalmente religioso o moral, cuya normatividad descansa más en deberes de tipo religioso o ético, que en una obligatoriedad jurídica.

² Sobre las características del sistema jurídico anglosajón, ver ITURRALDE SESMA, V., El precedente en el common law, Madrid, Civitas, 1995.

³ 317 P.2d. 170 (Cal. App. 1957).

La doctrina ha elaborado varias propuestas que describen las diferentes etapas por las que ha transcurrido dicho proceso.⁴ La clasificación que proponemos en estas

⁴ ALEKSANDAR PÉTROVICH ha distinguido tres etapas en el proceso jurisprudencial de formación del «informed consent». La primera, de 1780 a 1890, en la que los casos ponen de relieve la vigencia del paternalismo médico apoyado en la primacía del principio de beneficencia. Los médicos actuaban sin consentimiento del paciente o con consentimiento obtenido con engaños y, en ocasiones, incluso en contra de su voluntad; siendo responsables del daño producido por «malpractice» o negligencia profesional. La segunda etapa de 1890 a 1920, está caracterizada por la progresiva importancia que adquieren tanto el consentimiento del paciente como la información suficiente y de calidad que debe suministrar el médico. Las intervenciones del médico sin estas condiciones, dan lugar al delito de agresión «battery», fundamentado en el «derecho a la inviolabilidad de la persona». Por último, la tercera etapa, de 1950 a 1972, se caracteriza por la existencia del derecho al consentimiento informado como derecho autónomo. (PÉTROVICH, A., «Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado», en Rev. del Foro, n.º 4, Colegio de Abogados de Lima, 1997; también en Rev. Española del Daño Corporal, vol. III, No. 5, primer semestre).

Para PABLO SIMÓN LORDA, la evolución jurisprudencial del consentimiento informado, oscila entre la «negligence» y la «battery»; pudiéndose distinguir, a grandes rasgos, tres grandes períodos: el primero, «negligence-1», estaba dominado por el principio de beneficencia paternalista, de forma que la protección de la salud era la obligación primordial de los profesionales sanitarios, de manera que si entendían que no dar información o no pedir el consentimiento beneficiaba al paciente la acusación de «negligence» se hacía imposible. El segundo período, «battery» abrió el camino a la autodeterminación del paciente por la vía de las decisiones sobre su propio cuerpo, pero presentaba el inconveniente de que las acusaciones de battery eran difíciles de sacar adelante en juicio, dada la dificultad de demostrar que el paciente no había sido informado o que la actuación del médico se había extralimitado del consentimiento prestado. La tercera etapa, síntesis de las otras dos, surge del efecto judicial de los casos de battery que terminaron por hacer del deber de informar y de la necesidad de obtener el consentimiento del paciente, un deber profesional simultáneo al de la protección de la vida y la salud. Esta nueva forma de entender el deber profesional que afirma que no se puede procurar el bien del paciente sin tener en cuenta su autonomía como personas es el marco de la «negligence-2», teoría legal que actualmente da cuerpo a la doctrina del consentimiento informado en Estados Unidos (SIMÓN LORDA, P., El consentimiento informado, Triacastela, Madrid, 2000, en especial, pp. 48-66).

Desde otra perspectiva, JULIO CESAR GALÁN CORTÉS ha distinguido cuatro etapas: «1) la primera, denominada «consentimiento voluntario» (1947), surge como consecuencia de los crímenes del Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial y de los campos de concentración de la Alemania nazi (el código de investigación de Nüremberg, establecido a raíz del proceso contra los criminales nazis, proclama, en su párrafo inicial, que «el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial»); 2) la segunda etapa, denominada propiamente del «consentimiento informado», surge con el famoso caso Salgo, a finales de los años 50; 3) la tercera etapa del consentimiento informado se conoce como «consentimiento válido», se basa en el caso Culver (1982): «la obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado puede no ser válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa», y 4) la cuarta etapa, conocida como la del «consentimiento auténtico», se caracteriza por la decisión auténtica del paciente, entendiéndose como tal la que se encuentra plenamente de acuerdo con el sistema de valores del individuo». (GALÁN CORTÉS, J.C., «La responsabilidad médica y el consentimiento informado en Rev. Médica del Uruguay, vol. 15, abril de 1999, pp. 5-12).

páginas, únicamente pretende ser un instrumento idóneo para reflejar las líneas evolutivas del proceso. Al tratarse de un proceso continuo, resulta complicado definir con exactitud los momentos en los que se produce un cambio de orientación en el sentir de la jurisprudencia. Los cambios de etapa son graduales y, con frecuencia, encontramos que los diferentes períodos se solapan, resultando relativamente sencillo encontrar en cada una de las etapas algunos casos en los que se pueden atisbar rasgos de fases posteriores o en los que es posible advertir algunas de las características que hemos atribuido a otros períodos anteriores.⁵

Sin perder de vista estos presupuestos que relativizan la clasificación, hemos distinguido en la evolución de la doctrina jurisprudencial norteamericana del «informed consent», dos grandes etapas:

1. La primera se caracteriza por la absoluta primacía del principio de beneficencia en la relación entre el profesional de la medicina y el paciente. La relevancia jurídica del consentimiento del paciente aparece ligada a la determinación de la responsabilidad del médico única y exclusivamente cuando se produce un daño.
2. La segunda etapa, cuyo punto de inflexión se puede situar en el caso *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*,⁶ se caracteriza por el progresivo protagonismo del paciente en cuanto sujeto de derechos fundamentales. En este período que nos conduce hasta nuestros días, el derecho del «informed consent» adquiere autonomía y es concebido como un derecho fundamental ligado al «right of privacy» y expresión, en último término, del libre desarrollo de la personalidad en las cuestiones que conciernen a la propia salud.

2. La responsabilidad médica por intervención sin el consentimiento del paciente

Esta primera etapa se extiende desde las primeras resoluciones judiciales sobre la materia, hasta 1914, año del

⁵ Además de los citados en la nota anterior, otros análisis jurisprudenciales se pueden consultar en: DEVETTERE, R.J., Practical decision Making in Health Care Ethics: Cases and Concepts, Georgetown University Press Washington, D.C., 1995; FADEN, R. y BEAUCHAMP, R., A History and Theory of Informed Consent, Oxford University Press, Oxford, 1986.

⁶ 105 N.E. 92 (1914).

caso *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*⁷. Dentro de este período se pueden distinguir, a su vez, dos fases:

1. Un primer grupo de sentencias, que aproximadamente se extiende desde los albores de la jurisprudencia norteamericana hasta finales del siglo XIX, caracterizadas por la determinación de la responsabilidad de los profesionales sanitarios que realizan intervenciones sin consentimiento del paciente acudiendo al concepto jurídico de «*malpractice*» o negligencia profesional.
2. En las resoluciones de los primeros años del siglo XX, se percibe un cambio de enfoque que sustituye la categoría jurídica de «*malpractice*» por la de «*battery*» o agresión, como elemento idóneo para tipificar la conducta del médico que realiza una intervención sin consentimiento del paciente.

2.1. Responsabilidad por «malpractice» (negligencia profesional)

Algunos documentos de hospitales estadounidenses del siglo XIX permiten extraer consecuencias sobre la conducta de los médicos en su relación con los pacientes⁸. De su lectura se desprende que ordinariamente éstos no recibían ninguna información y, cuando excepcionalmente lo hacían, las sugerencias que pudieran hacer al respecto no eran tomadas en cuenta. La práctica médica estandarizada a lo largo de los siglos XVIII y XIX se caracterizaba porque el médico seguía la tradición hipocrática de no informar al paciente⁹, considerándole incompetente para tomar decisiones sobre su salud. El período se caracteriza,

en definitiva, por la absoluta primacía del principio de beneficencia¹¹.

La doctrina¹², para ejemplificar el poco valor que durante los siglos XVIII y XIX se concedía a la opinión del paciente, cita el insólito caso *Slater v. Baker and Stapleton* (1767)¹³. La paciente Slater aquejada de una fractura de una pierna recibe la «atención» de los médicos Baker y Stapleton. Transcurrido el período de tratamiento, la paciente solicita la retirada del vendaje. Los médicos aduciendo que la fractura aún no estaba totalmente consolidada, no sólo se niegan; sino que aprovechando una de las visitas de la desdichada señora Slater, le volvieron a fracturar la pierna con la finalidad de experimentar un aparato ortopédico de su invención. El Tribunal responsabilizó a los médicos de los daños provocados por «*malpractice*».

También suele ser citado por la doctrina como caso que refleja el sentir de la época, el asunto *Carpenter v. Blake* (1871)¹⁴. En este caso, el médico Blake asegurando a la paciente señora Carpenter que ya estaba completamente restablecida de su luxación de hombro, obtiene su consentimiento a que se dé por finalizado el tratamiento. Pasado un tiempo, la señora Carpenter percibe molestias en su hombro y demanda al médico. El Tribunal condena a Blake por «*malpractice*» al haber obtenido el consentimiento al alta de la paciente por medio de información falsa.

Del análisis de los casos más paradigmático de este período se pueden extraer las siguientes consecuencias:

1. La *quaestio iuris* analizada por el Tribunal descansa en la determinación de la responsabilidad del médico por el daño producido.
2. Cuando el médico interviene en ausencia de consentimiento o con consentimiento obteniendo mediante engaño incurre en «*malpractice*» (negligencia profesional).

⁷ 105 N.E. 92 (1914).

⁸ En este sentido, los documentos quirúrgicos de las décadas de los cuarenta, cincuenta y sesenta del Hospital General de Massachussets; los documentos quirúrgicos de las décadas de los cuarenta y cincuenta del Hospital de New York; y, los libros de fracturas de las décadas de los cincuenta y sesenta del Hospital de Pennsylvania; reflejan algunas de las conversaciones que tuvieron lugar entre los médicos de los mencionados hospitales y sus pacientes (Cf. OSMAN, H., «History and Development of the Doctrine of Informed Consent», en The International Electronic Journal of Health Education, 2001, 4, pp. 41-47, en especial p. 42).

⁹ Cf. OSMAN, H., «History and Development of the Doctrine of Informed Consent», en The International Electronic Journal of Health Education, 2001, 4, pp. 41-47, en especial p. 42.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cf. FADEN, R. y BEAUCHAMP, R., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 84.

¹² Por ejemplo, FADEN, R. y BEAUCHAMP, R., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 84; y, también, PÉTROVICH, A., «Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado», en Rev. del Foro, n.º 4, Colegio de Abogados de Lima, 1997.

¹³ 2 Wils. K.B. 358 (1767). A pesar de que el caso tuvo lugar en las Islas Británicas, ha sido considerado precedente de la actuación de los Tribunales Norteamericanos durante el período que estamos analizando.

¹⁴ 60 Barb. 488 (N.Y. Sup. Ct. (1871)).

3. La ausencia de consentimiento que daba lugar a la «*malpractice*» era entendida como falta de una correcta asistencia médica y no como el defectuoso ejercicio de un derecho autónomo por parte del paciente.

2.2. Responsabilidad por «battery» (agresión)

En el tránsito del siglo XIX al XX se detecta un cambio en el sentir de la jurisprudencia. El caso *Union Pacific R.Co. v. Botsford* (1891)¹⁵ es muy significativo al respecto. En él, la Corte declaró que «uno de los derechos que es tenido por más sagrado o más cuidadosamente protegido por el *common law*, es el derecho de todo individuo a la posesión y control de su propia persona, libre, sin ninguna restricción o interferencia por parte de los otros», sentando, de esta forma, las bases de la relación, que la jurisprudencia posterior vendría a reafirmar, entre el derecho del «*informed consent*» y la integridad corporal. En este sentido, se puede encontrar en el caso *Union Pacific R.Co. v. Botsford* un precedente de la doctrina jurisprudencial que más tarde reconoció la vinculación de los derechos al «*informed consent*» y a la integridad corporal con el derecho a la privacidad («*right of privacy*» —ausencia de restricción o interferencia por parte de los otros—) y con la propia noción de libertad, abriendo, por esta vía, el camino que elevó el derecho del «*informed consent*» a la categoría de *derecho fundamental*.

El caso *Mohr v. Willians* (1905)¹⁶, siguió la senda abierta por el caso *Union Pacific R.Co. v. Botsford* y, por primera vez, se condenó por agresión a la integridad corporal del paciente a un médico por realizar una intervención sin su consentimiento. La paciente, Anne Mohr, otorgó su consentimiento para ser operada del oído derecho. Durante la intervención, el médico realiza la intervención también del izquierdo. El Tribunal establece que para llevar a cabo una intervención médica es necesario obtener la voluntad expresa del paciente. Lo relevante del caso es que se condenó al doctor Willians por un delito de «*battery*» (agresión) y no simplemente por «*malpractice*». Por primera vez, en un supuesto de intervención médica sin consentimiento, se entendió que el bien jurídico protegido es el derecho del paciente a su *integridad corporal*.

En términos muy similares se expresa el Tribunal en el caso *Pratt v. Davis* (1906)¹⁷. La paciente fue sometida a

una extirpación de útero sin su consentimiento y el médico también fue condenado por agresión. La defensa alegó la existencia de un consentimiento implícito que faculta a los médicos para hacer todo lo que en el desempeño de su función pueda ser necesario. El Tribunal rechazó este argumento limitando la legitimidad del consentimiento implícito a los casos de urgencia o a aquellos en los que el paciente consciente y libremente deje en manos del médico la adopción de las decisiones.

El médico también recibió condena por agresión contra la integridad corporal en el caso *Rolater v. Strain* (1913)¹⁸, en el que la señora Rolater otorgó su consentimiento a que se le drenara una infección en un pie con la indicación expresa de que no se le quitara ningún hueso. El Doctor Strain le quitó el hueso de un dedo y fue condenado por el Tribunal por no respetar los límites que la paciente había puesto a su consentimiento.

De estos casos se puede concluir que algunas de las características más importantes de este período son:

1. La *quaestio iuris* analizada por el Tribunal sigue siendo la determinación de la responsabilidad del médico por el daño producido, aunque aparece por primera vez alguna referencia a los derechos de los pacientes, en concreto, al derecho a su *integridad física*.
2. Cuando el médico interviene en ausencia de consentimiento, extralimitándose del que se le ha otorgado o con consentimiento obtenido mediante engaño, comete una «*battery*» (agresión) sobre el paciente.
3. Sin embargo, al igual que en la fase anterior, la ilicitud de la actuación médica en ausencia de consentimiento, sigue unida a la producción de un resultado lesivo para la salud del paciente. La mera actuación sin consentimiento del paciente no se entiende que por sí sola vulnere algún derecho del paciente.

3. Autonomía y constitucionalización del derecho al «informed consent»

El punto de inflexión que marca el inicio de la segunda etapa en la que se reconoce el derecho del «*informed consent*» como derecho autónomo es el caso

¹⁵ 141 U.S. 250, 251 (1891).

¹⁶ 104 N.W. 12 (1905).

¹⁷ 79 N.E. 562 (Ill. 1906).

¹⁸ 390 Okl. 572, 137 P. 96 (1913).

*Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*¹⁹ en 1914.

Los principales rasgos característicos de esta fase que nos conduce hasta nuestros días son:

1. La primacía del *principio de autonomía* con respecto al principio de beneficencia. La noción de «bien del paciente» no puede determinarse sin la intervención de éste.
2. Las resoluciones judiciales adoptan una perspectiva que convierte a los derechos del paciente en *quaestio iuris* de los asuntos judiciales en los que el médico interviene sin consentimiento del paciente o con consentimiento viciado.
3. En este caso, ya no será necesario que se haya producido un daño físico para que exista responsabilidad del médico. La jurisprudencia entiende que la mera vulneración del derecho al consentimiento informado produce por sí sola una lesión al derecho a la libre determinación del paciente que es suficiente para generar responsabilidad en el profesional sanitario que no lo ha respetado.

A lo largo de esta etapa se percibe una evolución que permite diferenciar dentro de ella dos subperíodos. El primero, se extiende aproximadamente hasta la década de los setenta y se caracteriza porque en él, a partir del desarrollo de una reflexión genérica sobre los derechos del paciente, se origina la concepción del derecho al «*informed consent*» como derecho autónomo. En un segundo período, más reciente, las resoluciones judiciales, dando un paso más, sitúan el fundamento del derecho al «*informed consent*» en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Federal; en concreto en el principio de autonomía y en el derecho a la *privacy* y, en último término, en el libre desarrollo de la personalidad.

3.1. La configuración jurisprudencial de los elementos característicos del «*informed consent*»

El caso *Schloendorff* es considerado el punto de partida del reconocimiento jurisprudencial del derecho al «*informed consent*» como derecho específico. La paciente, señora Schloendorff, autorizó al médico a que le examinara con anestesia para determinar si el tumor fibroide que se le había diagnosticado era o no maligno. Ella había

especificado que no quería que le removieran el tumor, pero cuando estaba anestesiada el médico operó el tumor haciendo caso omiso de los deseos reiteradamente expresados por la paciente. En el postoperatorio la paciente sufrió una complicación gangrenosa que obligó a la extirpación de varios dedos de la mano izquierda. El Tribunal falló a favor de la señora Schloendorff y condenó al Hospital por agresión.

La importancia del caso radica en los argumentos jurídicos empleados en la sentencia. El médico que interviene sin consentimiento vulnera, no ya sólo el derecho a la *integridad física* del paciente, como ya se reconocía en la fase anterior; sino también el «*right to self-determination*» («*derecho a la libre determinación*») en aquellas cuestiones que afectan a su propio cuerpo. A partir del caso *Schloendorff* la mera inobservancia de los deseos del paciente se entiende que produce por sí misma un daño sobre un bien jurídicamente garantizado que merece la máxima protección: la *libre determinación* sobre el propio cuerpo. En las célebres palabras del Juez Benjamín Cardozo:

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 se pueden reclamar legalmente daños²⁰.

El Juez continúa enumerando las únicas excepciones al ejercicio del derecho al «*informed consent*» jurídicamente admitidas: emergencia cuando el paciente esté inconsciente y cuando sea necesario operar antes de que el consentimiento pueda ser obtenido²¹.

Pero, sin lugar a dudas la opinión del Juez Cardozo y, con ella, el caso *Schloendorff*; han pasado a la Historia por ser la primera sentencia judicial que fundamenta la decisión condenatoria en el reconocimiento expreso de que la expresión del consentimiento por parte del paciente es una manifestación de su derecho a la *libre determinación*. Con esta declaración, se modifica la concepción jurisprudencial del consentimiento del paciente, que hasta entonces

¹⁹ 105 N.E. 92 (1914).

²⁰ «Every human being of adult years and sound mind has the 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» (*Schloendorff v. New York Hospital* (1914), 149 App. Div. 915).

²¹ «...except in cases of emergency where the patient is unconscious, and where it is necessary to operate before consent can be obtained», *Ibidem*.

había estado limitada a su estudio desde la única perspectiva de la determinación de la responsabilidad del médico. A partir del caso *Schloendorff*, el derecho al «*informed consent*» se afirma en cuanto derecho autónomo en cuyo núcleo se encuentra el derecho a la libre determinación del paciente, abriéndose, de esta forma, el camino a la progresiva elaboración jurisprudencial de su contenido propio.

Hubo que esperar, sin embargo, hasta el caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* (1957)²²; para encontrar reconocido expresamente con ese nombre el derecho al «*informed consent*»²³. El paciente Martín Salgo, de 55 años, tenía arterioesclerosis y se sometió a una aortografía diagnóstica. La intervención fue realizada con anestesia y con uso de contrastes. Al día siguiente, el paciente descubrió que sufría una parálisis irreversible en sus miembros inferiores. Martín Salgo denunció al doctor por no haberle informado de los riesgos o posibles complicaciones de la intervención. El médico en su defensa alegó que si los pacientes fueran informados de todas las posibles complicaciones nunca consentirían a los tratamientos. El Tribunal no aceptó este razonamiento y estableció que el médico tiene la obligación de revelar suficientemente los posibles riesgos y complicaciones de la intervención y, en general, cualquier dato que permita al paciente formar un consentimiento racional. El derecho al «*informed consent*», concluyó el Tribunal, es necesario para que el paciente pueda tomar una *decisión autónoma*.

La trascendencia del caso *Salgo*, aparte de la ya mencionada de ser la primera sentencia judicial en la que aparece expresamente mencionado el término «*informed consent*»; radica en la relevancia que la resolución atribuye a la *información* previa al consentimiento como condición *sine qua non* para la *formación de la decisión autónoma* por parte del paciente en aquellas cuestiones que afectan a su salud. Dando un paso más respecto al caso *Schloendorff*, en el caso *Salgo* se reconoció que no sólo la obtención del *consentimiento* es garantía del derecho a la *libre determinación* del paciente, también lo es la *información* que le permite *formarse* una *decisión autónoma*. El caso *Salgo*, vino a completar la definitiva configuración del derecho al «*informed consent*» como derecho

autónomo. Quedaba, de esta forma, reconocida la vinculación existente entre el *principio de autonomía* y el derecho a la *libre determinación* de la persona con respecto a las decisiones que afectan a su salud y los dos elementos más característicos de este derecho: la *información* (caso *Salgo*) y el *consentimiento* (caso *Schloendorff*).

En *Nathanson v. Kline* (1960)²⁴ se profundizó en la dirección emprendida en los dos casos que acabamos de analizar. La señora Nathanson sufrió severas quemaduras en un pecho debidas al cobalto de una radioterapia subsecuente a una mastectomía. Aunque la radioterapia fue practicada con consentimiento, la paciente demandó al doctor por no haber recibido información sobre los riesgos y las posibles alternativas al tratamiento propuesto.

La Corte reiteró la opinión que ya había sido expresada en el caso *Salgo*, a tenor de la cuál, el médico debe revelar toda la información necesaria para que el paciente pueda adoptar decisiones autónomas. Además, el Tribunal de *Nathanson* establece que la información debe también incluir aspectos sobre las posibles alternativas al tratamiento propuesto. Por último, la sentencia enfatiza que el parecer del médico no puede sustituir el propio juicio del paciente, ni aún con la voluntad de proteger los mejores intereses de éste, haciendo, de esta forma, una declaración expresa de la primacía del principio de autonomía con respecto al principio de beneficencia.

En el caso *Berkey v. Anderson* (1969)²⁵ encontramos reiterada la conexión existente entre la *información* y la *libertad de decisión* del paciente. El señor Berkey aquejado de dolor cervical se sometió a una mielografía. El doctor Anderson, le sugirió la aplicación de anestesia local para mitigar las incomodidades físicas que según le había informado producen ese tipo de intervenciones. Los efectos de la anestesia causaron en la pierna izquierda del paciente su inmovilidad total. El médico comunicó al paciente que la molestia únicamente duraría 24 horas. La paralización, sin embargo, persistió durante varias semanas, situación que llevó al paciente a demandar al médico por no haberle informado de todas las posibles consecuencias que podrían derivarse de la intervención.

El Tribunal reconoció la existencia de consentimiento, pero admitió la demanda por considerar que la información no fue suficiente, al no incluir todos los datos que

²² 317 P.2d. 170 (Cal. App. 1957).

²³ Esto no quiere decir que en el período de tiempo que va desde el caso *Schloendorff* (1914), hasta el caso *Salgo* (1957), no haya algunos casos relevantes para la determinación jurisprudencial del contenido del que sería denominado derecho al «*informed consent*». Por ejemplo, caso *Moss v. Rishworth* (1920) (222 S.W. 225).

²⁴ 186 Kan. 393, 350 P. 2d 1093, reh. den. 187 Kan. 186, 354 P. 2d 670 (1960).

²⁵ 1 Cal. App. 3d 790, 803 (82 Cal. Rptr. 67) (1969).

podían influir de forma decisiva en la decisión a adoptar por parte del paciente.

Pero, sin duda, uno de los asuntos de mayor influencia en la doctrina del «*informed consent*»²⁶ ha sido el caso *Canterbury v. Spencer* (1972)²⁷. El señor Canterbury sufrió parálisis ocasionada por una caída en la habitación del hospital cuando, aún convaleciente de la operación de espalda a la que había sido sometido (laminectomía), había sido autorizado a levantarse. El Tribunal sentenció que la obligación de informar también se extiende a los riesgos posteriores que pudieran sobrevenir durante el tratamiento posoperatorio y, en este caso, se demostró probado que el paciente no fue advertido de que el uno por ciento de los laminectomizados se caen de la cama y las consecuencias que de ello se suelen desprender.

De entre las numerosas aportaciones que para la doctrina del «*informed consent*» se desprenden de los argumentos jurídicos empleados por el Tribunal del caso *Canterbury*, cabe destacar las siguientes:

La obligación de informar también comprende los nuevos riesgos que pudieran surgir después de la intervención, pues la comunicación de estos datos también pueden ser esenciales para la adopción de una decisión y, por tanto, para el ejercicio por parte del paciente del derecho a la libre determinación («*right to self-determination*»). Como se puede observar, al igual que en los casos precedentes, se vuelve a fundamentar la obligación de informar al paciente en el derecho a su libre determinación.

Por primera vez en la jurisprudencia, se estableció como límite al deber de informar el denominado «*privilegio terapéutico*», consistente en la facultad que tiene el médico para no revelar toda la información si según su criterio profesional, ello pudiera ocasionar efectos negativos en la salud mental del paciente. En palabras de la Corte:

El médico tiene un privilegio terapéutico que le capacita para ocultar 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.²⁸

El Tribunal distingue dos criterios diferentes que permiten evaluar la información que debe ser suministrada: el «estándar profesional» («*professional standard*») y el «estándar de las personas razonables» («*reasonable person standard*»). El Tribunal decide que la exigencia del «estándar profesional» no es determinante a la hora de establecer cuáles son las condiciones de información necesarias para que el paciente se forme una decisión libre. La aplicación de este criterio, supondría que el médico es capaz de determinar cuál es el mejor interés del paciente, situación incompatible con el principio de autonomía y con el derecho del paciente a su libre determinación. El Tribunal aboga, por tanto, por el uso del «estándar de la persona razonable», único que, a su juicio, respeta la autonomía del paciente y su derecho a la libre determinación.²⁹

Finalmente, por lo que se refiere a este período, el caso *Lane v. Candura* (1978)³⁰ también contiene algunas aportaciones significativas en el desarrollo jurisprudencial que ha permitido definir el contenido propio del derecho del «*informed consent*». La paciente, señora Candura, después de prestar su inicial consentimiento a la amputación de una pierna gangrenada cambió de opinión y decidió revocar el consentimiento. Su hija instó ante el Tribunal la declaración de incapacidad de su madre, para que, de esta forma, fuera ella misma nombrada tutora y poder de esta manera otorgar el consentimiento a la intervención quirúrgica aún en contra de los deseos de su madre. En la

²⁸ 464 F. 2d 772 (1972).

²⁹ La aplicación de este criterio, no está, sin embargo, exenta de dificultades (Un análisis crítico de esta sentencia se puede encontrar en CURRAN, W.J., Informed consent in malpractice cases. A turn toward reality, N Engl. J. Med (1986), 314 (7), pp. 429-431). Además de los problemas filosóficos que se derivan de la suposición de la existencia de una hipotética persona razonable, de ninguna manera resulta sencillo determinar qué se puede entender por «comportamiento razonable» (Cf. FADEN, R. y BEAUCHAMP, R. A History and Theory of Informed Consent, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 148).

Para estudiar algunos de los problemas y sus posibles soluciones, planteados por la introducción del criterio de racionalidad en el ámbito jurídico, se puede consultar: ALEXI, R. (1978), Teoría de la argumentación jurídica, trad. M. Atienza y I. Espejo, C.E.C., Madrid, 1989; ASÍS ROIG, R. DE, Jueces y normas, Marcial Pons, Madrid, 1995; ATIENZA, M., Las razones del Derecho, C.E.C., Madrid, 1991; ATIENZA, M., «Argumentación jurídica», en AA.VV., El Derecho y la justicia, E. GARCÍA VALDÉS y F. LAPORTA (ed.), Trotta, Madrid, 1996; GARCÍA AMADO, J.A., «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», en A.F.D., t. III, 1996, pp. 151-154; FERRAJOLI, L., Derecho y razón, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J.C. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTARERO, Trotta, Madrid, 1997.

³⁰ 6 Mass. App. 377 (376 N.E. 2d 1232, 93 A.L.R. 3d 59) (1978).

²⁶ Cf. FADEN, R. y BEAUCHAMP, R., A History and Theory of Informed Consent, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 134 y ss.

²⁷ 464 F. 2d 772 (1972).

vista, la señora Candura declaró que ella no quería morir, pero que se resignaba a la muerte si la intervención quirúrgica suponía que tendría que vivir sin una pierna.

El Tribunal concluyó que del hecho de que la señora Candura hubiera vacilado en su resolución de no someterse a la operación no se podía concluir que sus decisiones estuvieran alteradas hasta el punto de implicar su incapacidad legal. De esta forma, la Corte hizo prevalecer la decisión de la señora Candura y afirmó su competencia para tomar sus propias decisiones en las cuestiones que conciernen a su salud, aún cuando éstas pudieran parecer irracionales a los ojos de los demás.

El caso Candura abunda en la vinculación existente entre el derecho al «*informed consent*» y el derecho a tomar decisiones autónomas en las cuestiones concernientes a la salud.

El denominado «*privilegio terapéutico*», reconocido en el caso *Canterbury v. Spencer*, constituye, tal y como es concebido en este caso, una *excepción al deber de informar*. Limita, por tanto, la efectividad del derecho del paciente a obtener toda la información que sea relevante para adoptar una decisión. En la medida en la que limita la información, también merma la libertad de decisión, situación que, en ningún caso, permite deducir que el denominado privilegio terapéutico constituya un límite al ejercicio del derecho a la libre determinación en el ámbito de la sanidad. Cuando el criterio del profesional de la sanidad choca con una decisión del paciente sobre su salud, fuera de las excepciones al deber de obtener el consentimiento (*Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*), debe prevalecer la decisión del paciente, aún cuando éstas pudieran parecer irracionales a los ojos de los demás (*Lane v. Candura*); incluso en el caso de que la decisión del paciente sea contraria a la del profesional de la sanidad.

El «estándar de la persona razonable», al que recurre el Tribunal en el caso *Canterbury v. Spencer*, se erige en parámetro con el que se puede contrastar el alcance de la información que el médico está obligado a suministrar al paciente, pero únicamente sirve para eso. En ningún caso, la supuesta irracionalidad de la que, a juicio del médico, pudiera adolecer la decisión del paciente; puede ser empleada para modificar o actuar en contra de una decisión libremente adoptada por un paciente capaz.

Además de las aportaciones de cada uno de los casos analizados a la doctrina del «*informed consent*», es posible enumerar una serie de características comunes a toda esta etapa:

1. A partir del caso *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, en 1914, se reconoce el derecho al «*informed consent*» como derecho autónomo. Las sentencias posteriores progresivamente van determinando diversos aspectos del contenido de este derecho específico.
2. La *quaestio iuris* de los asuntos judiciales en los que se lleva a cabo una intervención sin consentimiento del paciente se desplaza al ámbito constitucional de los derechos del paciente. La responsabilidad del profesional sanitario ya no sólo se calcula atendiendo a los daños a la salud producidos por la intervención, la mera vulneración del derecho a la libre determinación del paciente produce un daño que genera responsabilidad.
3. La exigencia del consentimiento previo a cualquier intervención médica, se concibe como una garantía, no ya sólo de la *integridad física* del paciente, sino también de su *derecho a la libre determinación*. El fundamento del derecho al consentimiento informado, radica, por tanto, en el derecho del paciente a su libre determinación.
4. A partir de la sentencia *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* en 1957, la jurisprudencia pone de relieve la relevancia de la información como elemento que hace posible reunir los elementos de conocimiento necesarios para que el paciente pueda formarse una opinión que le permita adoptar decisiones autónomas sobre las cuestiones que conciernen a su salud.

3.2. El fundamento constitucional del derecho del «*informed consent*»

Antes de entrar de lleno en el análisis de los casos a partir de los que se determina el fundamento constitucional del «*informed consent*», es necesario que nos detengamos en una cuestión previa, que nos debe de servir para aclarar qué se entiende en el ordenamiento jurídico norteamericano por «*right of privacy*», pues esta es la vía de constitucionalización del derecho del «*informed consent*».

El análisis de los razonamientos jurídicos que vinculan al derecho del «*informed consent*» con la Constitución norteamericana, resulta de enorme interés para nuestro estudio comparado. No olvidemos que en nuestro ordenamiento jurídico tanto las recientes reformas normati-

vas³¹, como la jurisprudencia³², han coincidido en afirmar el carácter fundamental del derecho al consentimiento informado. Se trata, sin embargo, de un derecho que no aparecen en el elenco de los enumerados en la Constitución y, en nuestra Constitución, a diferencia de lo que sucede en algunos países de nuestro entorno cultural, no existe una cláusula abierta³³ que permita incorporar nuevos derechos fundamentales.

Sí que es posible recurrir, no obstante, como se ha encargado de señalar el propio Tribunal Constitucional con motivo de la consulta previa a la celebración del referéndum de ratificación de la Constitución Europea, al artículo 10 de la Constitución española, que en su apartado segundo, establece la obligación de interpretar los derechos y libertades fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España³⁴. Pues bien, la vía del 10.2

³¹ 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 (Ratificado mediante instrumento de 23-7-1999 -BOE de 20 de octubre de 1999-), también denominado Convenio de Oviedo, que reconoce el derecho al consentimiento informado, se declara como un tratado concebido como un instrumento para la salvaguarda y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el ámbito de la sanidad. La Carta Europea de los Derechos Fundamentales (Proclamada en Niza, el 7 de septiembre de 2002. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000 -2000/CE DOC 364/01-), integrada en la futura Constitución Europea, incluye el consentimiento informado entre sus derechos fundamentales.

³² "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" S.T.S. 3/2001 de 12 de enero, Sala Civil (R.J. 2001\3), F.J. 1º. Ponente Excmo. Sr. D. J.M. Martínez-Pereda Rodríguez. Doctrina reiterada en S.T.S. de 11 de mayo de 2001, Sala Civil, (La Ley n.5323, martes 5 de junio de 2001).

³³ Por ejemplo, el art. 17 de la Constitución Portuguesa establece que «el régimen de derechos, libertades y garantías se aplica a los enunciados en el Título II y a los derechos fundamentales de naturaleza análoga»; el art. 2 de la Constitución italiana dispone que «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre»; la célebre IX Enmienda de la Constitución norteamericana establece que «la enumeración que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo».

³⁴ Sobre el carácter obligatorio de este canon interpretativo, véase REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los Derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 C.E.)», en R.G.D., n. 537, junio, Valencia, 1989 pp. 3611-3632, especialmente pp. 3626-3627; SAIZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 205-212. Una opinión más restrictiva que limita la aplicación del artículo 10.2 a los supuestos en los que la norma constitucional relativa a derechos fundamentales y libertades no sea clara, se puede

C.E., según el parecer mayoritario de la doctrina, aunque no permite la incorporación *ex novo* de nuevos derechos fundamentales al catálogo constitucional, sí que hace posible su incorporación en cuanto derechos que sirvan para concretar el contenido no explicitado de los ya reconocidos en la Constitución³⁵. De ahí la importancia de los argumentos jurídicos que nos permitan identificar en qué derechos de los enumerados en la Constitución, se encuentra, formando parte de su contenido implícito, el derecho al consentimiento informado. No es que las soluciones jurídicas norteamericanas sean sin más trasladables al derecho español, pero los argumentos de los Tribunales del otro lado del Atlántico sí que nos pueden proporcionar algunas claves que nos ayuden a determinar la correcta ubicación del derecho al consentimiento informado y de sus dos elementos más característicos (el derecho a la información y el derecho a decidir sobre las cuestiones que conciernen a nuestra propia salud) en nuestro sistema jurídico.

3.2.1. El «right of privacy»

La noción de «*right of privacy*» ha sido objeto de una evolución jurisprudencial que ha enriquecido su contenido hasta transformarlo en una de las piezas fundamentales del derecho norteamericano; pero, al mismo tiempo, en uno de los derechos más problemático y difícil de delimitar.

Comenzaremos nuestro análisis distinguiendo la noción filosófica de «*privacy*» del concepto jurídico de «*right of privacy*»³⁶, aunque, evidentemente la primera influye decisivamente en la formación del segundo.

encontrar en: SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Los tratados como fuente de derecho en la Constitución», en AA.VV., La Constitución Española y las fuentes del Derecho, vol. III, IEF, Madrid, 1979, p. 1929; MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978», RFDUC, n. 61, 1980, p. 150; y FERNÁNDEZ CASADEVANTE, C., La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España: análisis de la jurisprudencia constitucional (1980-1988), Tecnos, Madrid, 1988, p. 53.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no son concluyentes al respecto, puesto que mientras en unas sentencias interpreta que el artículo 10.2 «*impone*» acudir a los tratados (S.T.C. 341/1993, de 18 de noviembre, F.J.5.º); en otras, «*permite*» (S.T.C. 24/1981, de 14 de julio, F.J.4.º); y, en otras, «*aconseja*» (S.T.C. 36/1984, de 14 de marzo, F.J.3.º).

³⁵ Cf. SAIZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 79-86. REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los Derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 C.E.)», en R.G.D., n. 537, junio, Valencia, 1989, pp. 3611-3632.

³⁶ Cf. GOMLEY, K., «One hundred years of privacy», en Wisconsin Law Review, 1992, pp. 1335-1441, en especial p. 1339.

a) La noción filosófica de «privacy»

El rastro de la noción filosófica nos conduce hasta los albores del pensamiento occidental y, más en concreto, a la distinción aristotélica entre «*oikos*» (casa) y «*kômê*» (aldea)³⁷, primera elaboración teórica en la que aparece caracterizado un espacio privado del individuo³⁸. Para el filósofo estagirita, en el ámbito del «*oikos*» se ventilan los asuntos diarios que están orientados a la consecución de los intereses individuales; por contra, el gobierno de las agrupaciones de varias casas, comunidades «de lo que algunos llaman “criaturas asociadas”», trasciende al provecho diario y a la mera satisfacción de los intereses propios³⁹. Los estoicos, hicieron un uso más amplio del sustantivo «*oikéiosis*», que ocupó un lugar central en su propuesta ética⁴⁰. El término, de difícil traducción, hace referencia a un proceso de apropiación de uno mismo⁴¹, que únicamente se puede llevar a cabo mediante el despliegue de aquello que es propio⁴², tarea para la que es imprescindible el sentimiento íntimo o conciencia de uno mismo⁴³.

³⁷ Cf. ARISTÓTELES, Pol., 1252 b.

³⁸ Un estudio sobre esta caracterización se puede consultar en: RABOTNIKOF, N. (1993), «Lo público y sus problemas: notas para una reconsideración», en Rev. Internacional de Filosofía Política, Madrid, n.º 2, 1993, pp. 75-98.

³⁹ Cf. ARISTÓTELES, Pol., 1252 b.

⁴⁰ Cf. WHITE N.P., «The Basis of Stoics Ethics», en Classical Philosophy: Collected Papers. Trence Irwin, New York: Garland Publishing, 1995, pp. 317-354.

⁴¹ Plutarco lo define como el «sentimiento y percepción de aquello que es propio» (PLUTARCO, Stoic. rep. 12, 1038).

En el mismo sentido, la doctrina actual lo define como «conciliación» o «amistad de uno consigo mismo» (GARCÍA BORRÓN, J.C., «Los estoicos», en Historia de la ética, VICTORIA CAMPS (ed.), Crítica, vol. I, Barcelona, 1987, pp. 208-247, en especial en p. 243, nota n. 16; «“*Oikeiosis*” which is impossible to translate into English—Cicero used “*conciliatio*”, “*commendatio*” as associate words— but which can be roughly paraphrased by something like a process of taking something to oneself, or accepting or appropriating it or making it one’s own idea». WHITE N.P., «The Basis of Stoics Ethics», en Classical Philosophy: Collected Papers. Trence Irwin, New York: Garland Publishing, 1995, pp. 317-354); o, «apropiación o pertenencia de sí mismo» (ENGBERG PEDERSEN, T., «El descubrimiento del bien: *oikéiosis* y *kathékonta* en la ética estoica», en MALCOM SCHOFIELD et al. (ed.), Las normas de la naturaleza. Estudios de ética helenística, Manantial, Buenos Aires, 1993, pp. 152-190).

⁴² Sobre la interpretación de la «*oikéiosis*» en relación con el desarrollo de aquello que es propio de un individuo, ver WHITE, N.P., «The Basis of Stoics Ethics», en Classical Philosophy: Collected Papers. Trence Irwin, New York: Garland Publishing, 1995, pp. 317-354.

⁴³ «El primer impulso del animal (hormén), afirman (los estoicos), es poseer el cuidado de sí mismos, puesto que la naturaleza desde el principio está íntimamente unida a él (*oikeiôuses* autó), según lo afirma Crisipo en el Libro I de Acerca de los fines, diciendo que lo primeramente innato (*próton oikéion*) es para todo animal su propia constitución

Pero, sin duda la trascendencia que la noción de *privacy* tiene en el ordenamiento jurídico norteamericano, sólo se comprende desde el horizonte de las construcciones ideológicas sobre el contrato social elaboradas en el marco teórico del racionalismo ilustrado⁴⁴; y, en particular, a partir de la obra de JOHN LOCKE, inspiradora de buena parte de los primeros textos de carácter jurídico-político que sirvieron de base a la naciente agrupación de Estados⁴⁵. El filósofo inglés afirma la existencia de una esfera de libertad natural a todo sujeto, espacio que debe ser impermeable a la coactividad que despliega la ley civil. Como es conocido, para LOCKE, dicha legislación positiva, nacida del acuerdo de los ciudadanos, tiene como único fundamento la garantía de los derechos a la vida, salud, libertad y propiedad privada⁴⁶. En este contexto, la «*privacy*», es considerada la propiedad más sagrada de la persona humana, pues todo hombre tiene una propiedad

(ten autó systasin) y el sentimiento íntimo (*synáisthesis*) (que tiene) de ella». DIOGENES LAERCIO, Vidas de los más ilustres filósofos griegos, VII, 83-85, trad. JOSÉ ORTIZ, Orbis, Barcelona, 1972.

De la interpretación de este texto en relación con la filosofía estoica, se desprende que para los estoicos, la felicidad («*eudaimonía*») está unida al fin último de la vida («*télôs*»), dirigido por un impulso («*hormén*») hacia la preservación de sí mismo o, lo que es lo mismo, hacia una apropiación o pertenencia de sí mismo («*oikéiosis* autó»), de la propia constitución («ten autó systasin») y del sentimiento íntimo que se tiene de ella («*syneidesis*» o conciencia). Sobre esta interpretación del texto, ver MALCOM SCHOFIELD et al. (ed.), Las normas de la naturaleza. Estudios de ética helenística, Manantial, Buenos Aires, 1993, en especial los artículos de ENGBERG PEDERSEN, T., «El descubrimiento del bien: *oikéiosis* y *kathékonta* en la ética estoica», pp. 152-190; y Jacques BRUNSCHWIG, J., «El argumento de la cuna en el epicureísmo y el estoicismo», pp. 122-151.

⁴⁴ A salvo de los precedentes que se encuentran, fundamentalmente, en Tomás de Aquino (TOMÁS DE AQUINO, S. Theol., I, q. 29, a. 1-4); en los pensadores de la Escuela de Salamanca (SUÁREZ, F., Defensio, III, 2, 6 y 20; Un estudio sobre la influencia de estos autores se puede consultar en: VILLEY, M., La formation de la pensée juridique moderne. Cours d’Histoire de la Philosophie du Droit, 9.ª ed., París, 1975, pp. 352 ss.; en contra de la opinión que ha querido ver en éstos un antecedente de las modernas teorías contractualistas, ver TRUYOL Y SERRA, A., Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Alianza Editorial, t. II, 13.ª ed., 1998, Madrid, pp. 177 y ss.); y, en los teóricos de la Reforma y Contrarreforma (SKINNER, Q., Los fundamentos del pensamiento político moderno (La Reforma), Fondo de Cultura Económico, México, 1986, t. II, especialmente pp. 181 y ss.).

⁴⁵ Sobre esta influencia, BOBBIO, N., Estudios de historia de la filosofía, Debate, Madrid, 1991, pp. 73 y ss.; FASSO, G., Historia de la filosofía del derecho, Pirámide, Madrid, 1981, t. II, pp. 51 y ss.; SABINE, G., Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económico, México, 1984, pp. 308 y ss.; TOUCHARD, J., Historia de las ideas políticas, Red Editorial Iberoamericana, México, 1991, pp. 254 y ss.; WEBER, M., Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 1992, pp. 641 y ss.

⁴⁶ «Siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones». LOCKE, J. (1690), Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Alianza Editorial, Madrid, 1994, Cap. 2.

en su propia persona⁴⁷. Esta relación entre ley positiva y esfera de privacidad de los ciudadanos, ha resultado ser uno de los pilares básicos sin el cuál no es posible comprender el sentido de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico norteamericano.

En el pensamiento de ambos períodos históricos se puede observar una doble dimensión, negativa y positiva, de la noción de privacidad. La diferencia entre ambas fases históricas reside en la dispar relevancia que se otorga a cada una de las dos dimensiones. Como hemos señalado, para los griegos, el «*oikos*» es un espacio en el que se satisfacen los intereses individuales, y, en este sentido, es un límite a «lo político» que no tiene cabida en él; pero, fundamentalmente, la privacidad es el ámbito en el que se desarrolla la tarea fundamental del ser humano: el encuentro consigo mismo, sentimiento íntimo sin el que no es posible, el despliegue de lo que, en terminología actual, llamaríamos libre desarrollo de la personalidad. En la Edad Moderna, en cambio, el ámbito de la privacidad es, fundamentalmente, aquél que permanece cerrado a la intervención del Estado, y, éste es el sentido que se proyecta decisivamente en el ordenamiento jurídico norteamericano; aunque no debemos olvidar que de la propia obra de LOCKE se desprende una concepción positiva de la privacidad, pues también es el espacio en el que se originan las decisiones autónomas e independientes que legitiman la ley civil, el poder de los gobernantes y la sociedad misma. Si bien, la dimensión positiva, parece restringida a la participación política, eclipsando, en las primeras formulaciones ilustradas, cualquier otra concepción, que en la línea de la antigüedad, viniera a concebir la privacidad como el espacio en el que se desarrolla el descubrimiento de uno mismo y el libre despliegue de la propia personalidad⁴⁸.

b) El concepto jurídico de «*right of privacy*»

⁴⁷ LOCKE, J. (1690), Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Alianza Editorial, Madrid, 1994, en especial, Caps. 5, 9.

Un examen de los presupuestos conceptuales básicos de Locke, y, en particular, de la interpretación de la privacidad como una propiedad, se puede consultar en: MCPHERSON, C.B., La teoría política del individualismo posesivo (de Hobbes a Locke), Fontanella, Barcelona, 1970.

⁴⁸ La primacía entre los griegos de la visión positiva del espacio privado y entre los modernos de la concepción negativa, está vinculada a la conocida distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, cf. CONSTANT, B. (1823), «De la libertad de los Antiguos comprada con la de los Modernos», en Escritos Políticos, Madrid, C.E.C., 1989. BERLIN, I. (1958), Cuatro ensayos sobre la libertad, en especial el Cap. «Dos conceptos de libertad» Alianza Universidad, Madrid, 1988.

El concepto jurídico de «*right of privacy*», por su parte, es tan antiguo como el propio ordenamiento jurídico norteamericano. No en vano la noción filosófica de *privacy* está en la base de las primeras declaraciones de la nueva confederación de Estados, sin embargo, y a pesar de su relevancia, lo cierto es que ninguno de los primeros textos constituyentes de la Unión hace referencia expresa alguna al «*right of privacy*». Ha sido la jurisprudencia la que ha afirmado, de forma inequívoca, unánime y reiterada, su carácter constitucional⁴⁹.

El acervo jurisprudencial sobre el «*right to privacy*»⁵⁰ no cristalizó como doctrina consolidada hasta 1980, fecha de publicación del célebre artículo de BRANDEIS y WARREN «*The right of privacy*»⁵¹. En el opúsculo los autores ponen de relieve que en el *common law* ya existían suficientes elementos jurídicos que permitían hablar de un «*right of privacy*»⁵², al que definieron como «*right to be let alone*» («derecho a ser dejado en paz») ⁵³.

A partir del artículo de BRANDEIS y WARREN han sido muchas y muy variadas las sentencias cuyas decisiones han buscado el fundamento de sus argumentos jurídicos en el denominado «*right of privacy*». Se ha producido, de esta forma, una progresiva extensión del contenido de este derecho. A él se ha recurrido cuando se han dilucidado cuestiones tan variopintas como las matrimoniales⁵⁴;

⁴⁹ Algunos de los casos más relevantes en los que se puede constatar este aspecto son; Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925); Olmstead v. U.S., 277 US 438 (1928); Palko y Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); U.S. v. Nixon, 418 US 683 (1974); Whalen v. Roe, 429 US 589 (1977); Cruzan v. Director Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

⁵⁰ Cf. KRAMER, I.P., «The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis», en 39 Cath. U.L.Rev., 1990, pp. 703 y ss.

⁵¹ BRANDEIS L.D. y WARREN, S.D., «The right of privacy», en Harvard Law Review, vol. IV, n. 5, 1890, pp. 193 y ss. Existe traducción en castellano (a cargo de BENIGNO PENDÁS y PILAR BASELGA), El derecho a la intimidad, Civitas, Madrid, 1995. Prácticamente de forma simultánea, el «right of privacy», hace su primera aparición de forma expresa en la jurisprudencia norteamericana en el caso Union Pac. Ry. Co. v. Botsford, 141 U.S. 250, 251 (1891).

⁵² Cf. SOLOVE, D.J., «Conceptualizing Privacy», en California law Review, vol. 90 (4), 2002, pp. 1087-1155, en especial, p. 1100.

⁵³ Cf. BRANDEIS L.D. y WARREN, S.D., «The right of privacy», en Harvard Law Review, vol. IV, n. 5, 1890, pp. 193-220. La expresión fue tomada del Juez THOMAS COOLEY, Law of Torts, 1980, p. 29. También la jurisprudencia se hizo eco de la definición del «right of privacy» en esos mismos términos, al señalar en el caso Union Pac. Ry. Co. v. Botsford que «the right to one's person may be said to be a right of complete immunity; to be let alone» (141 U.S. 250, 251 (1891)).

⁵⁴ Por ejemplo: Loving v. Virginia, 338 U.S. 1, 12 (1967).

de procreación⁵⁵; de contracepción⁵⁶; de relaciones familiares⁵⁷; de educación de los niños⁵⁸; de vacunación⁵⁹; de esterilización⁶⁰, de aborto⁶¹, de eutanasia pasiva⁶², de detección de posesión y consumo de pornografía⁶³; de detección de posesión y consumo de drogas⁶⁴, de medicación forzosa a personas privadas de libertad⁶⁵, etc.

Como se puede observar, no pocos de estos casos se refieren a cuestiones relacionados con la sanidad. Esto pone de relieve que uno de los asuntos que en la jurisprudencia norteamericana da lugar a un mayor número de conflictos judiciales en los que entra en juego el «*right of privacy*» son aquellos en los que los ciudadanos ven vulnerado su derecho del «*informed consent*» en relación con la *privacy*. El derecho de la privacidad ha servido, de esta forma, para proteger a los individuos de la intromisión de los gobernantes⁶⁶, pero también, desde una perspectiva positiva, para garantizar su autonomía personal respecto a las cuestiones que conciernen a su salud⁶⁷.

Esto no hubiera sido posible sin la modificación en el concepto de «*right of privacy*» que se advierte en su evo-

lución jurisprudencial⁶⁸. En sus primeras formulaciones, directamente derivadas de las teorías de LOCKE, el «*right to privacy*» se concibe dirigido a la protección de un *espacio físico* invulnerable a la intervención del Estado, fundamentalmente de las fuerzas policiales. Progresivamente, el significado de este derecho experimentó un proceso de espiritualización al que ya hacen referencia BRANDEIS y WARREN en su artículo, y que permitió la extensión de la protección jurídica de la «*privacy*» a los denominados *derechos de dominio intangibles*⁶⁹.

En este sentido fue decisivo el famoso voto particular que en 1928 el propio BRANDEIS, en esa época Juez de la Corte Suprema, emitió a la sentencia *Olmstead v. United States*⁷⁰. El caso analizaba un asunto de escuchas telefónicas que la mayoría de la Corte dejó impune por entender que la protección de la «*privacy*» no se podía extender más allá de una esfera física. BRANDEIS, por el contrario, aplicando la doctrina expuesta años atrás en el célebre artículo al que nos hemos referido, defendió que la protección garantizada por el «*right to privacy*» tenía un alcance que rebasaba la esfera física, es más, ésta no constituye el objeto básico al que se dirige su protección.

«La protección garantizada por la Enmienda (la cuarta) tiene un alcance más amplio. Los creadores de nuestra Constitución intentaron asegurar condiciones favorables para la búsqueda de la felicidad. Ellos reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Ellos sabían que sólo una parte del dolor, del placer y de las satisfacciones de la vida pueden hallarse en las cosas materiales. Ellos procuraron proteger a los americanos en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sus sensaciones. Ellos confirieron, frente al gobierno el derecho a ser dejados en paz («*right to be let alone*») —el más amplio de los derechos y el derecho más valioso para los hombres civilizados—»⁷¹.

⁵⁵ Por ejemplo: *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541-542 (1942).

⁵⁶ Por ejemplo: *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 453, 454, 460, 463-465 (1972).

⁵⁷ Por ejemplo: *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944).

⁵⁸ Por ejemplo: *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 535 (1925).

⁵⁹ Por ejemplo: *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

⁶⁰ Por ejemplo: *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

⁶¹ Entre otros: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron Center for reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).

⁶² Por ejemplo: *Cruzan v. Director Mo. Dep't of Health*, 497 U.S. 261, 270 (1990).

⁶³ Por ejemplo: *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1968).

⁶⁴ Entre otros: *United States v. Place* 462 U.S. 696 (1983); *California v. Greenwood* 486 U.S. 35 (1988); *New Jersey v. T.L.O.* 469 U.S. 325 (1985).

⁶⁵ Entre otros: *Bee v. Greaves*, 744 F.2d 1387, 1394 (10th Cir. 1984); *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990); *United States v. Riggins* 504 U.S. 127, 243 (1992); *United States v. Charles Thomas Sell No. 01-1862*, 8th Cir.; 2002 U.S. App. LEXIS 3582. 3 de Julio de 2002.

⁶⁶ Cf. OSMAN, H., «*History and Development of the Doctrine of Informed Consent*», en *The International Electronic Journal of Health Education*, 2001, 4, pp. 41-47, en especial p. 41.

⁶⁷ Cf. BEUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F. (1983), *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, *New York/Oxford*, p. 120.

⁶⁸ La doctrina ha distinguido varios sentidos en el cuerpo jurisprudencial del «*right of privacy*»: una visión panorámica se puede obtener entre otros en GOMLEY, K., «*One hundred years of privacy*», en *Wisconsin Law Review*, 1992, 1335-1441; y en SOLOVE, D.J., «*Conceptualizing Privacy*», en *California Law Review*, vol. 90 (4), 2002, pp. 1087-1155.

⁶⁹ Cf. BRANDEIS, L.D. y WARREN, S.D., «*The right of privacy*», en *Harvard Law Review*, vol. IV, n. 5, 1890, pp. 193-220, en especial, pp. 193-198.

⁷⁰ 277 U.S. 438 (1928).

⁷¹ Justice BRANDEIS dissenting, 277 U.S. 438 (1928).

A lo largo del siglo XX, el proceso jurisprudencial de extensión del «*right of privacy*» ha desembocado en una concepción de este derecho ligada a la salvaguardia de las condiciones que hacen posible el desarrollo de la personalidad⁷². La doctrina anglosajona, ha definido esta «moderna» concepción del «*right of privacy*» acudiendo a las nociones de «*dignidad humana*» y «*autonomía*»⁷³. Recientemente se ha hablado de una forma de protección de la «*personhood*», término acuñado en 1975 por FREUND⁷⁴ y empleado por primera vez un año más tarde por el Juez CRAVEN para definir el «*right to privacy*»⁷⁵. Desde su creación han sido varios los autores que para definir la reciente forma del «*right of privacy*» ligada al libre desarrollo de la personalidad recurren a este término⁷⁶. De difícil traducción al español, viene a significar algo así como «personalidad» o «cualidad de persona» y se define como «la condición de ser consciente de sí mismo, capaz de razonar y de actuar moralmente»⁷⁷, lo que hace emparentar nuevamente al «*right of privacy*» por la vía de la «*personhood*» con la libertad de conciencia entendida como la «propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta». En este sentido, TERRANCE MCCONNELL expresamente ha situado el

fundamento del «*informed consent*» en «*the inalienable right of conscience*»⁷⁸.

La aparición de un nuevo concepto de «*right of privacy*» relacionado con la *libertad de elección* y fruto de un cambio de perspectiva a partir del trabajo de moderna teoría de los *derechos de la personalidad*, pudiera parecer que desvirtúa el significado de la «*privacy*» con el que nos han familiarizado las concepciones ligadas a las modernas teorías del contrato social⁷⁹, sin embargo, desde nuestro punto de vista, se puede interpretar como la recuperación de una tradición que ya se encontraba en el propio origen del concepto occidental de «*privacy*»: la antigua concepción positiva de la esfera privada ligada al concepto estoico de «*oikéiosis*»⁸⁰, a partir de la que se concibe la *privacidad* como el espacio idóneo para que se lleve a cabo el desarrollo del proceso de apropiación de uno mismo mediante el despliegue de aquello que es propio. Tarea, en la que, como hemos señalado, juega un relevante papel la conciencia o «sentimiento íntimo que se tiene de la propia constitución».

3.2.2. El reconocimiento jurisprudencial del derecho del «*informed consent*» como derecho fundamental

En el apartado anterior hemos tratado de establecer cuál es el significado de la relación existente entre el derecho del «*informed consent*» y el «*right of privacy*», vínculo que ha supuesto para el primero el reconocimiento de su carácter constitucional. Nos resta ahora analizar los casos más representativos al respecto, que, a grandes rasgos, aparecen relacionados con tres tipos de supuestos: el aborto, la medicación forzosa a personas privadas de libertad y la eutanasia pasiva.

a) Los casos relacionados con el aborto

⁷² Las sentencias judiciales más relevantes a partir de las que se ha construido este concepto, algunas de las cuáles analizaremos más tarde, son: Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Aunque el desarrollo más articulado se encuentra en: Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992), donde, la Corte afirma:

«These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State». *Ibidem*, 851.

⁷³ Cf. BENN, S.I., «Privacy, Freedom and Respect for Persons», en *Nomos XIII: Privacy*, RONALD PENNOCK J. & CHAPMAN, J.W. (eds.) (1971), 2; BLOUSTEIN, E.J., «Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser», 39 N.Y.U.L.Rev. 962 (1964).

⁷⁴ Cf. FREUND, P., *American Law Institute*, 52nd Annual Meeting 42-43 (1975).

⁷⁵ Cf. CRAVEN, B., «Personhood: The Right to Be Let Alone», 1976, *Duke L.J.*, 699, 702 & n. 15.

⁷⁶ Entre otros: REIMAN, J.H., «Privacy, Intimacy and Personhood», en *Philosophical Dimensions of Privacy*, SCHOEMAN, F.D. (ed.) (1984), 300-314.

⁷⁷ *Diccionario de términos demográficos y relativos a la salud reproductiva*, Organización de las Naciones Unidas, voz «personhood».

⁷⁸ MCCONNELL, T., *The Limits of Consent in Medicine and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, es una tesis que se argumenta a lo largo de toda la obra. Pero en especial, pp. 45 y ss.

⁷⁹ Algunas críticas a la interpretación del «*right of privacy*» en relación con la dignidad, autonomía y personhood, se pueden encontrar en GAVISON, R., «Privacy and the Limits of Law», 89, *Yale L.J.* 421, 422 (1980); O'BRIEN, D.M., «Privacy, Law and Public Policy», Paeger, New York (1979); RUBENFELD, J., «The right of Privacy», 102 *Harvard Law Review* (1989), pp. 737-807.

⁸⁰ No en vano, el vocablo «personhood», recientemente acuñado para hacer referencia al bien jurídico protegido por el «*right of privacy*», no parece significar otra cosa más que lo que significaba el término «*oikéiosis*» para los estoicos (supra).

El 22 de enero de 1973 en el caso *Roe v. Wade*⁸¹ se reconoce, de forma expresa, que el derecho del «*informed consent*» es un derecho fundamental. Al establecer el Tribunal la conexión entre el derecho a la libre determinación en cuestiones que afectan a la propia salud, el derecho a la privacidad y el «*liberty interest*» reconocido por la primera sección de la 14.^a Enmienda⁸².

El polémico asunto es conocido por marcar un hito en la despenalización del aborto en el ordenamiento jurídico norteamericano. La sentencia pone fin a una acción de inconstitucionalidad promovida por una mujer embarazada, conocida por el pseudónimo de Jane Roe, contra una norma penal del Estado de Texas que prohibía el aborto excepto en caso de peligro de muerte para la madre.

La Corte Suprema declaró inconstitucional la ley de Texas. De forma sintética el Tribunal razonó siguiendo los siguientes pasos:

1. Una ley que limite el ejercicio de un derecho fundamental únicamente es constitucional si y sólo si es necesaria para la consecución de un «*compelling Governmental interest*» («irresistible interés del Estado»)⁸³.
2. El derecho a la privacidad es un derecho fundamental⁸⁴.
3. El derecho a la privacidad incluye el derecho a la libre elección de tratamiento⁸⁵.
4. La ley de Texas que limita el ejercicio de este derecho no es necesaria para la consecución de ningún «irresistible interés del Estado»⁸⁶.

⁸¹ 410 U.S. 113 (1973).

⁸² La Decimocuarta Enmienda prohíbe al Estado privar a cualquier persona de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal.

⁸³ Este principio está reconocido en: *Kramer v. Union Free School District* 395 U.S. 621 627 (1969); *Shapiro v. Thompson* 394 U.S. 618, 634 (1969); *Sherbert v. Verner* 374 U.S. 398, 406 (1963). La vinculación del poder legislativo a este principio, está expresamente establecida en: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., at 484-485 (1965); *Aptheker v. Secretary of State* 378 U.S. 500, 508 (1964); *Cantwell v. Connecticut* 310 U.S. 296, 307-308 (1940); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 453, 454, 460, 463-465 (1972).

⁸⁴ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Olmstead v. U.S.*, 277 US 438 (1928); *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937) *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁸⁵ El Tribunal declaró que el derecho a la privacidad es suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer sobre si terminar o no un embarazo.

5. Luego, la ley de Texas es inconstitucional.

Desde el caso *Roe v. Wade*, han sido varias las resoluciones que han contribuido a determinar el alcance, contenido y límites del derecho de la gestante a la libre adopción de decisiones que afectan a su estado⁸⁷. Aunque cada una de ellas incorpora algún matiz al respecto todas se mueven en la órbita del caso *Roe* al afirmar la protección constitucional del derecho a la libre elección de tratamiento. Nos vamos a detener, sin embargo, en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁸⁸ pues permite profundizar en las razones que vinculan el derecho a la libre elección de tratamiento con el «*right of privacy*» (derecho de la privacidad); argumentos, que en último término, nos permiten una mejor identificación de los bienes jurídicos que se pretende preservar por medio de la protección jurídica del derecho del «*informed consent*».

El caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, tiene por objeto dilucidar la constitucionalidad de una ley aprobada por Robert Casey, Gobernador de Pennsylvania, en la que se imponían severas restricciones al aborto. La Corte Suprema declaró nula la ley. Entre los argumentos empleados por el Tribunal, para nuestro estudio es de enorme relevancia la afirmación de que las decisiones concernientes a la propia salud (en particular la decisión de abortar), son inherentes a la propia «libertad» personal pues nos encontramos ante unas de las «más básicas decisiones de la persona humana», que implican «las más íntimas y personales elecciones», «centrales para la dignidad y autonomía personal», «originadas

⁸⁶ Para determinar si la ley de Texas era necesaria o no para la consecución de un «irresistible interés de Estado», el ponente Justice BLACKMUN analizó las finalidades que históricamente habían perseguido las leyes contra el aborto: la disuasión contra relaciones sexuales consideradas ilegales, la protección de la gestante y la protección del feto. En la actualidad, prosigue el ponente, únicamente la tercera podría considerarse un «irresistible interés del Estado». Para determinar en qué medida, la protección del feto podría limitar un derecho fundamental, la Corte dividió la duración del embarazo en tres trimestres y concluyó que únicamente en el tercero, en el que el feto es médicamente viable, es decir, tiene capacidad para vivir fuera del vientre de su madre, existe un «irresistible interés del Estado» que permite la prohibición del aborto, excepción hecha del peligro para la vida de la madre. Por el contrario, durante los dos primeros trimestres, el Tribunal concluyó que no existe ningún «irresistible interés del Estado» que permita limitar la libertad de decisión de la mujer; es más, durante el primero el Estado no puede entrar a regular la materia y únicamente en el segundo, el Estado puede adoptar medidas siempre que sean razonables para la protección de la salud de la gestante.

⁸⁷ Las más relevantes son: *Doe v. Bolton* 8410 U.S. 179 (1973); *City of Akron Center for reproductive Health, Inc.* (462 U.S. 416 (1983)); *Webster v. Reproductive Health Services* (492 U.S. 490 (1989)).

⁸⁸ 505 U.S. 833 (1992).

dentro de la zona de la conciencia y las creencias», que reflejan una «visión íntima» de un «profundo carácter personal» y que involucran las nociones de «autonomía personal e integridad corporal», lo que confiere una «particular importancia a la decisión»⁸⁹. Las opiniones particulares de los jueces BLACKMUN y STEVENS se expresan en parecidos términos. Así, para el primero, la libertad de decisión al respecto es «la más íntima y personal elección», «central para la dignidad y autonomía personal» e implica «una decisión personal que afecta profundamente a la integridad corporal, a la identidad y al propio destino»⁹⁰. STEVENS, por su parte, sostiene que se trata de una decisión «de la más alta privacidad y de la más personal naturaleza», implica una «difícil elección que tiene serias y personales consecuencias de gran importancia para el futuro de una mujer». Y, a pesar de su carácter traumático es «un elemento de la dignidad básica humana», que constituye «nada menos que un hecho de conciencia»⁹¹.

El Tribunal sitúa el fundamento constitucional del «informed consent» en la protección jurídica de la libertad de conciencia del paciente y, en último término, en su autonomía, libre determinación y dignidad personal.

b) Los casos relacionados con la administración forzosa de sustancias psicotrópicas

Un segundo grupo de casos en los que se declara el carácter constitucional del derecho del «*informed consent*» está formado por los supuestos de administración de drogas psicotrópicas a personas privadas de libertad. En estos supuestos la jurisprudencia coincide en afirmar que la administración de sustancias psicotrópicas sin consentimiento vulnera un *derecho fundamental*. Requiere, por tanto, para ser llevada a cabo la demostración por parte del Estado de que dicha medida es necesaria para la satisfacción de un «*compelling State interest*» («irresistible interés del Estado»). Sin embargo, los Tribunales atendiendo a las circunstancias particulares de cada supuesto, difieren a la hora de determinar cuál es la sede constitucional en la que encuentra cobertura el derecho del «*informed consent*».

⁸⁹ Court Opinion, 505 U.S. 833 (1982).

⁹⁰ Justice BLACKMUN, concurring in part, dissenting in part, 505 U.S. 833 (1982).

⁹¹ Justice STEVENS, concurring in part, dissenting in part, 505 U.S. 833 (1982).

En el caso *Bee v. Greaves* (1984)⁹², la Corte de Apelación del Décimo Circuito, afirmó que la administración involuntaria de sustancias psicotrópicas, «es de suficiente importancia como para caer dentro de la categoría del interés en la privacidad protegido por la Constitución»⁹³, y, por tanto, está limitada a la demostración «clara, lógica y convincente» de su necesidad para el cumplimiento de un «irresistible interés del Estado». La originalidad de este caso es que el Tribunal sitúa la protección constitucional del derecho a la «*privacy*» en la Primera Enmienda de la Constitución. La Corte, citando otros precedentes, sostiene que una persona tiene un interés protegido constitucionalmente a ser dejado libre por el Estado para decidir por sí mismo acerca de la medicación que quiere recibir⁹⁴. Por tanto, al administrar sustancias psicotrópicas sin consentimiento, lo que se vulnera es «la Primera Enmienda que protege la *comunicación de ideas*, lo cuál, a su vez, implica la protección de la *capacidad para producir esas ideas*»⁹⁵.

En *Washington v. Harper* (1990)⁹⁶, el recluso Harper, denunció a la Dirección del Penal de Washington, por haberle administrado antipsicóticos en contra de su voluntad, lo que entiende que vulneraba su derecho a rechazar el tratamiento. La Corte, reconoció que la «inyección forzosa no consentida de medicamentos en el cuerpo de una persona representa una sustancial interferencia en la libertad personal»⁹⁷. El Tribunal establece que el derecho a elegir tratamiento, que incorpora la posibilidad de su rechazo, implica la más sagrada noción de privacidad y libertad. Se trata, por tanto, de un derecho fundamental constitucionalmente amparado por el denominado «*liberty interest*» garantizado por la 14.ª Enmienda.

En el caso *United States v. Riggins* (1992)⁹⁸, la Corte reafirma los argumentos del caso *Harper*, añadiendo que

⁹² 744 F.2d 1387, 1394 (10th Cir. 1984).

⁹³ «That the decision whether to accept treatment with antipsychotic drugs is of sufficient importance to fall within this category of privacy interest protected by the Constitution» (Ibíd., 1392-1393).

⁹⁴ «A person has a constitutionally protected interest in being left free by the state to decide for himself» (Rogers v. Okin, 634 F.2d 650, 653 (1st Cir. 1980); y, Mills v. Rogers, 457 U.S. 291 (1982)).

⁹⁵ «The First Amendment protects communication of ideas, which itself implies protection of the capacity to produce ideas», Ibíd., 1393-1394.

⁹⁶ 494 U.S. 210 (1990).

⁹⁷ «Forcible injection of medication into a nonconsenting person's body represents a substantial interference with that person's liberty», Ibíd., 229.

⁹⁸ 504 U.S. 127, 243 (1992).

los efectos de las drogas también producen un menoscabo en el derecho a un juicio justo, reconocido por la Sexta Enmienda.

c) Los casos relacionados con la eutanasia pasiva

Por último, otro hito en la afirmación del carácter *fundamental* del derecho del «*informed consent*» esta vez en el contexto de la eutanasia pasiva es el caso *Cruzan v. Director Mo. Dep't of Health* (1990)⁹⁹.

El 11 de enero de 1983 la joven Nancy Beth Cruzan sufrió un accidente de tráfico. Tras los primeros auxilios fue conducida en estado inconsciente a un hospital donde se le diagnosticó un grave daño cerebral por anoxia (falta de oxígeno). Según criterio científico, cuando este estado se prolonga durante 6 minutos los daños son irreversibles y se estima que Nancy había estado entre 12 y 14 minutos sin oxígeno en el cerebro. Tras permanecer en coma durante tres semanas, progresó a un estado inconsciente que permitía su alimentación oral. En este estado y con la finalidad de recuperarla se le implantó un tubo para facilitar su hidratación. Los esfuerzos fueron inútiles y Nancy se estabilizó en un estado vegetativo persistente, condición en la que se mantienen reflejos motores, pero se evidencia la ausencia de funciones cognitivas. Los padres de Nancy, alegando los deseos expresados por la joven con anterioridad al accidente, solicitaron del hospital la interrupción de la alimentación e hidratación asistida. El hospital rechazó la solicitud por no contar con autorización judicial. Entonces los padres, acudieron a los Tribunales para instar dicha autorización.

La Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida de la Suprema Corte del Estado de Missouri que denegaba la autorización¹⁰⁰. La Corte reconoció la existencia de un derecho a rechazar el tratamiento que constituye una manifestación del derecho del «*informed consent*» y, en último término, del «*constitutional privacy right*» («derecho constitucional a la privacidad»). Una persona competente tiene, de esta forma, un «*liberty interest*» al rechazo de un tratamiento médico, amparado por la 14.^a Enmienda de la Constitución. En el caso de personas incompetentes la ley admite, en determinadas circunstancias, la subrogación de la decisión de dar por finalizada la alimentación e hidratación asistida, siempre que se siga el procedimiento establecido para garantizar que la acción de los subrogados responde a los deseos expresados por el paciente cuando era competente. A ese fin responde la regulación de los

denominados «*Living Will*»¹⁰¹. En el caso de Nancy, la única declaración que existe al respecto, es el testimonio de un amigo, al que había comunicado que llegada la situación ella no quería vivir como un «vegetal». La Corte, afronta el caso contrapesando las pruebas aportadas para determinar la voluntad de la paciente con el interés del Estado de Missouri por preservar la vida humana y, concluye, que no existe una «evidencia clara y convincente» de la voluntad de la paciente referida a esas circunstancias. Situación ésta que hace que el Tribunal entrara a valorar los riesgos que resultaban de la interpretación de dicha voluntad en uno u otro sentido. Finalmente, atendiendo a este último criterio, la Corte decide, dado el carácter irreversible que conlleva para la vida de la paciente la interrupción de la alimentación e hidratación asistida, hacer prevalecer el interés del Estado y denegar la autorización a la finalización del tratamiento asistido.

Los interesantes argumentos sostenidos en los votos particulares a la decisión de la Corte Suprema¹⁰² formulan, a grandes rasgos, las siguientes observaciones: recomiendan al legislador la adopción de medidas que permitan una mayor protección de los deseos de los pacientes incapaces¹⁰³; señalan la incongruencia que supone que un Estado se erija en garante de la protección de la vida, haciendo suyo un interés a la preservación de la vida en abstracto, desatendiendo la defensa de la «calidad de vida», concretable únicamente a partir de las opciones personal libremente elegidas por cada persona¹⁰⁴; ponen de manifiesto que tan irreversible como la pérdida de la vida en caso de interrupción de la medicación asistida, es el daño que se produce a la libertad de una persona a la que en contra de su voluntad se le somete a una situación médica a la que libremente y de acuerdo con sus convicciones ha decidido no someterse¹⁰⁵. Finalmente, a la ma-

¹⁰¹ *Missouri Living Will Statute (Mo.Rev.Stat. 459.010 et.seq. (1986))*.

Una referencia a la regulación Norteamericana de los «living will», se puede consultar en ROMEO CASABONA, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 461-463. Un estudio sobre la evolución histórico-legal de los «living will» en el ordenamiento jurídico norteamericano, se puede consultar en MORGAN, P., «The evolution of the living will», en American Association for Paalegal Education journal of Paalegal Education and Practice, Spring, 1996.*

¹⁰² JUSTICE O'CONNOR, concurring; JUSTICE SCALIA, concurring; JUSTICE BRENNAN, JUSTICE MARSHALL and JUSTICE BLACKMUN, dissenting; and, JUSTICE STEVENS, dissenting. (497 U.S. 261, 270 (1990)).

¹⁰³ JUSTICE O'CONNOR, concurring (497 U.S. 261, 270 (1990)).

¹⁰⁴ JUSTICE STEVENS, dissenting. (497 U.S. 261, 270 (1990)).

¹⁰⁵ *Ibidem*.

⁹⁹ 497 U.S. 261, 270 (1990).

¹⁰⁰ 760 S.W. 2d 408 (1988).

yoría de los votos particulares disidentes, subyace la crítica del excesivo peso que la decisión mayoritaria de la Corte concede al interés estatal en detrimento de la «*personhood*» de cada individuo¹⁰⁶.

En definitiva, el caso de Nancy Cruzan ha sido conocido por el carácter trágico de la decisión de la Corte. Pero lo más significativo, también desde la perspectiva de nuestro estudio, es que el Tribunal reconoció que el contenido del derecho del «*informed consent*» «en virtud del principio de libertad ciudadana», permite que todos los adultos capaces tengan «un derecho constitucional («*protected liberty interest*») a rehusar el tratamiento médico», pudiendo llegar incluso a negarse a recibir la nutrición e hidratación que los mantiene con vida¹⁰⁷.

En 1990 el Tribunal Supremo de Nevada en el caso *Mckay v. Bergstedt*¹⁰⁸, autorizó la retirada del respirador de un joven tetraplégico, arguyendo que el derecho individual a decidir tiene más valor que el del Estado en preservar la vida.

No consideramos que el interés del Estado en preservar la vida de un determinado paciente sea un derecho absoluto [...] En aquellos casos en que las perspectivas de una vida de calidad aparecen encubiertas por sufrimiento físico, sólo el enfermo puede determinar el valor de la subsiguiente muerte. Concluimos, en consecuencia, que en situaciones que afectan a adultos que son capaces; son mantenidos y lo seguirán estando por sistemas artificiales de soporte o por alguna otra forma de tratamiento radical y «heroico», y sufren dolor físico y mental, el derecho individual a decidir tiene más valor que el del Estado en preservar la vida.

Recientemente, el caso *Schiavo* ha adquirido singular relevancia en los medios de comunicación. Theresa Schiavo permanece en estado vegetativo persistente desde 1990. En 1998, tras permanecer 8 años en estado de inconsciencia, su representante legal, su marido, obtiene una resolución judicial que autoriza al equipo médico a retirarle los medios que le prolongan la vida¹⁰⁹. El Tribunal evidencia un estado vegetativo permanente. No se trata

¹⁰⁶ JUSTICE BRENNAN, JUSTICE MARSHALL and JUSTICE BLACKMUN, dissenting; and, JUSTICE STEVENS, dissenting. (497 U.S. 261, 270 (1990)).

¹⁰⁷ Cf. SILVA RUIZ, F., «El derecho a morir con dignidad y el testamento vital», en R.G.D., núms. 592-593, enero-febrero, 1994, pp. 425-436.

¹⁰⁸ 801 P.2d 617, 637 (Nov 1990).

¹⁰⁹ *Schiavo I*, 780 So. 2d at 177 (1998). Confirmada *In re Guardianship of Schiavo*, 789. So. 2d 348 (Fla. 2001).

simplemente de un estado de coma, la falta de oxígeno ha deteriorado su cerebro de forma severa e irre recuperable, como lo demuestra el hecho de que el cortex cerebral es inexistente y ha sido sustituido por un fluido. Theresa Schiavo permanece inconsciente, sin actividad cognitiva alguna, irre recuperable y totalmente dependiente de otros para sus más privadas necesidades; sin embargo, posee suficiente dinero y fortaleza corporal para vivir indefinidamente en ese estado. Ante esta situación, la Corte decide autorizar la retirada de la nutrición e hidratación que la mantiene artificialmente con vida, permitiendo, de esta forma, su natural proceso de muerte.

Los padres de Theresa Schiavo, favorables al mantenimiento de su vida artificial, inician una batalla judicial. Tras numerosas resoluciones que siempre rechazan sus pretensiones, el caso parece definitivamente resuelto¹¹⁰ y el 15 de octubre de 2003 los tubos de nutrición e hidratación son retirados.

El 21 de octubre de 2003 interviene el Gobierno aprobando una Ley que ordena el mantenimiento de la nutrición e hidratación de una persona en estado vegetativo¹¹¹. Finalmente, la Ley es declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Florida¹¹², por constituir una delegación ilegal de la autoridad legislativa que pone en peligro la separación de poderes y la integridad del sistema constitucional y por atentar contra derechos individuales, incluido «the well established privacy right to self determination».

Del análisis de los casos que corresponden a este período es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. El derecho del «*informed consent*» es una manifestación del «*right of privacy*» («derecho de la privacidad»).
2. La protección jurídica de la privacidad siempre ha estado dirigida a la preservación de un espacio propio. Sin embargo, en la jurisprudencia norteamericana se advierte una evolución en la noción de «*right of privacy*».
 - a) Inicialmente, se tiene una concepción negativa del «*right to privacy*» que se entiende orientado a la protección de un espacio propio frente a las intervenciones ajenas. Conectado con la tradición liberal, dicho espacio se concibe como un espa-

¹¹⁰ *In re Guardianship of Schiavo*, 855 So. 2d 621 (Fla. 2003).

¹¹¹ Ch. 2003-418, *Laws of Fla. Orden ejecutiva* 03-201.

¹¹² *Bush v. Schiavo*, SC04-925, *Supreme Court of Florida* (09.23.04).

- cio físico a salvo de la intervención fundamentalmente del poder público.
- b) Progresivamente, se produce un fenómeno de espiritualización de la esfera de la «*privacy*», cuya protección jurídica se amplía a los derechos y libertades intangibles. El «*right to privacy*» tiene como principal finalidad la protección de «la naturaleza espiritual del ser humano, sus sentimientos y su intelecto », pues, en palabras del Juez BRANDEIS, «los creadores de la constitución procuraron proteger a los americanos en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sus sensaciones».
 - c) Finalmente, se percibe la definitiva consolidación jurisprudencial de una concepción positiva del «*right to privacy*» ligado a las nociones de «*personhood*» («cualidad de persona»), autonomía y dignidad personal.
 - d) Paralelamente a la evolución de la concepción jurisprudencial del «*right of privacy*» y muy interrelacionado con él se produce una evolución en la concepción del derecho del «*informed consent*».
 - e) En principio, se concibe este derecho fundamentalmente dirigido a la protección del bien jurídico integridad corporal. Para que se genere responsabilidad médica es necesario que se haya ocasionado un daño físico al paciente.
 - f) Progresivamente, la jurisprudencia norteamericana inicia un proceso de reconocimiento de la existencia de responsabilidad médica por la intervención sin consentimiento informado aún cuando no se hubiera producido un daño físico al paciente.
 - g) Finalmente se consolida la concepción jurisprudencial del «*informed consent*» como una manifestación en el ámbito de la sanidad del *derecho a la libre determinación* del paciente. Se afirma el carácter *fundamental* del este derecho, concebido como manifestación del «*right of privacy*» y ligado a las nociones de «*personhood*», autonomía y dignidad personal.
 - h) El derecho del «*informed consent*» («consentimiento informado») es un *derecho fundamental*.

- i) El derecho del «*informed consent*» está constitucionalmente amparado por la protección que la 14.^a Enmienda dispensa a la *libertad personal*.
- j) En cuanto derecho fundamental, el derecho del «*informed consent*» únicamente puede estar limitado por un «*compelling Governmental interest*» («irresistible interés del Estado»).

4. Los textos normativos más relevantes sobre el «*informed consent*»

A pesar del poco desarrollo que encuentran las disposiciones normativas en los países con sistema jurídico de tipo anglosajón, vamos a hacer una breve referencia a los textos más significativos que contienen regulación específica sobre el consentimiento informado en Estados Unidos. Nos referiremos a la Carta de Derechos de los Pacientes de la Asociación Americana de Hospitales de 1973; al Informe Belmont de la Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos frente a la investigación biomédica de 1979; y, finalmente, a la ley aprobada recientemente por el propio legislador norteamericano.

a) La Carta de Derechos de los Pacientes de 1973

En 1970 la Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales Norteamericanos, en respuesta a las demandas formuladas por la Organización de Consumidores NWRO, elaboró en 1972 la Primera Carta de Derechos de los Enfermos frente al sistema sanitario público o privado¹¹³. El texto sirvió de base a la Carta de Derechos de los Pacientes elaborada por el Consejo de Administración de la Asociación Americana de Hospitales (AHA) aprobada el 6 de febrero de 1973.

Por lo que se refiere al consentimiento informado, la Carta de Derechos del Paciente de la AHA, reconoce:

1. El derecho a la información completa sobre el diagnóstico, tratamiento, pronóstico (apdo. 2.º), alternativas y riesgos en términos que puedan ser razonablemente comprendidos (apdo. 3.º), a excepción de la aplicación del «privilegio terapéutico» (apdo. 2.º);
2. El derecho a la libre elección de tratamiento, excepto en caso de emergencia (apdo. 3.º).

¹¹³ El texto de la Carta se puede consultar en GAFO, J., Dilemas éticos de la Medicina actual, *Universitas, Madrid, 1994, pp. 404-406.*

La Carta de Derechos de los Pacientes no fue sancionada por el poder legislativo norteamericano, por tanto, no pertenece al ordenamiento jurídico. Sin embargo, tiene la virtud de ser el primer documento que aprueba un elenco de derechos de los pacientes, será imitado en otros países y, en nuestro país tuvo su influencia en el contenido de los derechos reconocidos en la Ley General de Sanidad¹¹⁴.

b) *El Informe Belmont de 1974*

El 12 de julio de 1974, se creó mediante el Acta de Investigación Nacional¹¹⁵ la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de la Biomedicina y la Investigación de la Conducta, a la que se encargó la elaboración de un informe.

En 1979, fruto de los trabajos de la Comisión, se publicó el denominado «Informe Belmont». El informe contiene los principios éticos y las directrices para la investigación que implica a sujetos humanos¹¹⁶.

El documento establece como principios básicos el respeto a las personas, la beneficencia y la justicia. El primero de ellos incorpora dos convicciones: primera, que los individuos deben ser tratados como agentes autónomos; y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección. Por persona autónoma se entiende aquella que es capaz de deliberar sobre sus fines personales y adecuar su comportamiento a la dirección de su deliberación. En consecuencia, «respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que estas produzcan un claro perjuicio a otros». El principio de beneficencia, a su vez, comprende las obligaciones de no hacer daño y de maximizar los beneficios minimizando los daños. El principio de justicia, por su parte, es definido como equidad en la distribución de los beneficios.

¹¹⁴ Cf. GAFO J., «Historia de una nueva disciplina: la Bioética», en Derecho Biomédico y Bioética, C.M. ROMEO CASABONA (coord.), Comares, Granada, 1998, pp. 87-111, en concreto, p. 96.

¹¹⁵ National Research Act (Pub. L. 93-348). En español se puede encontrar en Ensayos clínicos en España (1982-1988), Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, Anexo 4º.

¹¹⁶ La bibliografía sobre los principios de la Bioética es muy abundante, son clásicos: BEUCHAMP, T.L. y CHILDRESS, J.F., Principles of Biomedical Ethics, Nueva York/Oxford, 1983; ENGELHARDT, H.T. jr., Los fundamentos de la Bioética, Paidós, Barcelona, 1995; GRACIA, D., Fundamentos de Bioética, Eudema, Madrid, 1991, y, del mismo autor, Procedimientos de decisión en ética clínica, Eudema, 1991. Recientemente, un panorama crítico de las diferentes posiciones al respecto se puede consultar en, SIMÓN LORDA, P., El consentimiento informado, Triacastela, Madrid, 2000, en especial, pp. 119-175.

El informe también contiene una parte en la que hace referencia a las aplicaciones de los principios enunciados. Una de las secciones de esta parte está dedicada al «*informed consent*». En ella se afirma que el respeto a las personas exige que los sujetos, en la medida de su capacidad, tengan la oportunidad de elegir el tratamiento que quieren recibir. En este sentido, el Informe establece que para el ejercicio del «*informed consent*» se requieren tres elementos: información, comprensión y voluntariedad.

Aunque no posee eficacia jurídica, el «Informe Belmont» ha sido muy influyente en los Estados Unidos en la toma de conciencia ante los problemas Bioéticos.

c) *La «Patient Self-Determination Act» Ley Federal acerca de la autodeterminación del paciente de 1990*

El 5 de noviembre de 1990, tras un intenso debate, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Patient Self-Determination Act*¹¹⁷, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1991. A diferencia de los textos anteriores, éste posee eficacia jurídica plena y extiende su ámbito de aplicación a todo el territorio de los Estados Unidos.

La *Patient Self-Determination Act* impone a todos los hospitales, casas de salud, hospicios, hogares de ancianos y centros e instituciones análogos que reciban ayuda estatal (Medicare o Medicaid), la exigencia de proporcionar, a todo paciente adulto que se encuentre en condiciones psíquicas adecuadas para expresar sus deseos, información escrita acerca de cuáles son sus derechos, en particular sobre su:

1. Derecho a adoptar decisiones propias sobre las cuestiones que conciernen a su salud.
2. Derecho a aceptar o rechazar cualquier tratamiento.
3. Derecho a elaborar directivas anticipadas.
4. El derecho a recibir información sobre la normativa federal y estatal que regula el ejercicio de estos derechos.

Por lo que se refiere a la obligación de suministrar información sobre las instrucciones anticipadas para cuidados médicos, la *Patient Self-Determination Act* exige:

1. Que se pregunte a cada paciente, en el momento de la admisión, si tiene directivas anticipadas.

¹¹⁷ 42 U.S.Code 1395cc-1396r.

2. Que se ofrezca, a aquellos pacientes que no tengan instrucciones previas, información escrita sobre la posibilidad de establecer directivas anticipadas.
3. Que se proporcione al paciente el documento tipo de directrices anticipadas del que disponga el lugar.

Índice de casos citados

Aptheker v. Secretary of State 378 U.S. 500, 508 (1964);
Bee v. Greaves 744 F.2d 1387, 1394 (10th Cir. 1984);
Berkey v. Anderson 1 Cal. App. 3d 790, 803 (82 Cal. Rptr. 67) (1969);
Boyd v. United States 116 U.S. 616 (1886);
Buck v. Bell 274 U.S. 200 (1927);
Bush v. Schiavo, SC04-925, Supreme Court of Florida (09.23.04).
California v. Greenwood 486 U.S. 35 (1988);
Canterbury v. Spencer 464 F. 2d 772 (1972);
Cantwell v. Connecticut 310 U.S. 296, 307-308 (1940);
Carpenter v. Blake 60 Barb. 488 (N.Y. Sup.Ct.) (1871);
City of Akron Center for reproductive Health, Inc. 462 U.S. 416 (1983);
Cruzan v. Director Missouri Department of Health 497 U.S. 261 (1990);
Doe v. Bolton 8410 U.S. 179 (1973);
Eisenstadt v. Baird 405 U.S. 438 (1972);
Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965);
Jacobson v. Massachusetts 197 U.S. 11 (1905);
Katz v. United States 389 U.S. 347, 350 (1967);
Kramer v. Union Free School District 395 U.S. 621 627 (1969);
Lane v. Candura 6 Mass. App. 377 (376 N.E. 2d 1232, 93 A.L.R. 3d 59) (1978);
Loving v. Virginia 338 U.S. 1, 12 (1967);
Mckay v. Bergstedt 801 P.2d 617, 637 (Nev 1990);
Meyer v. Nebraska 262 U.S. 390 (1923);
Mohr v. Willians 104 N.W. 12 (1905);

Nathanson v. Kline 186 Kan. 393, 350 P. 2d 1093, reh. den. 187 Kan. 186, 354 P. 2d 670 (1960);
New Jersey v. T.L.O. 469 U.S. 325 (1985);
Olmstead v. United States 277 US 438 (1928);
Palko y Connecticut 302 U.S, 319, 325 (1937);
Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925);
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 505 U.S. 833 (1992);
Pratt v. Davis 79 N.E. 562 (Ill. 1906);
Prince v. Massachusetts 321 U.S. 158, 166 (1944);
Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973);
Rolater v. Strain 390 Okl. 572, 137 P. 96 (1913);
Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees 317 P.2d. 170 (Cal. App. 1957);
Schloendorff v. The Society of the New York Hospital 105 N.E. 92 (1914);
Schiavo I, 780 So. 2d at 177 (1998).
Shapiro v. Thompson 394 U.S. 618, 634 (1969);
Sherbert v. Verner 374 U.S. 398, 406 (1963);
Skinner v. Oklahoma 316 U.S. 535 (1942);
Slater v. Baker and Stapleton 2 Wils. K.B. 358 (1767)¹¹⁸ ;
Stanley v. Georgia 394 U.S. 557 (1968);
Terry v. Ohio 392 U.S. 1, 8-9 (1968);
Union Pacific R.Co. v. Botsford 141 U.S. 250, 251 (1891);
United States v. Charles Thomas Sell No. 01-1862, 8th Cir.; 2002 U.S. App. LEXIS 3582. 3 de Julio de 2002;
United States v. Nixon 418 US 683 (1974);
United States v. Place 462 U.S. 696 (1983);
United States v. Riggins 504 U.S. 127, 243 (1992);
Washington v. Harper 494 U.S. 210 (1990);
Webster v. Reproductive Health Services 492 U.S. 490 (1989);
Whalen v. Roe 429 US 589 (1977);

¹¹⁸ A pesar de que el caso tuvo lugar en las Islas Británicas, ha sido considerado precedente de la actuación de los Tribunales Norteamericanos.

Bibliografía

- BENN, S.I., “Privacy, Freedom and Respect for Persons”, en *Nomos XIII: Privacy*, RONALD PENNOCK J., & CHAPMAN, J.W., (eds.), (1971), 2;
- BEUCHAMP, T.L., & CHILDRESS, J.F. (1983) *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York/Oxford;
- BLOUSTEIN, E.J., “Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser”, 39 *N.Y.U.L.Rev.* 962 (1964);
- BRANDEIS L.D., y WARREN, S.D, *The right of privacy*, en *Harvard Law Review*, vol. IV, n. 5, 1890, pp.193 y ss. Existe traducción en castellano (a cargo de BENIGNO PÉNDAS y PILAR BASELGA), *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995;
- CELADOR ANGÓN, O., El proceso de aplicación de la Primera Enmienda Federal a los Estados de la Unión, en AA.VV., “La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional”, Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (ed.), Comares, Granada, 1997, pp. 409-423;
- CRAVEN B., “Personhood: The Right to Be Let Alone”, 1976, *Duke L.J.*, 699, 702 & n.15;
- DEVETTERE, R.J., *Practical decision Making in Health Care Ethics: Cases and Concepts*, Georgetown University Press Washington, D.C., 1995;
- ENGELHARDT, H.T.JR., *Los fundamentos de la Bioética*, Paidós, Barcelona, 1995;
- FADEN, R.; y, BEAUCHAMP, R. *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986;
- FREUND, P., American Law Institute, 52nd Annual Meeting 42-43 (1975);
- GAFO J., “Historia de una nueva disciplina: la Bioética”, en *Derecho Biomédico y Bioética*, C.M. ROMEO CASABONA (coord.), Comares, Granada, 1998, pp.87-111;
- GAFO, J., *Dilemas éticos de la Medicina actual*, Universitat, Madrid, 1994;
- GALÁN CORTÉS JC. “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, en *Rev. Médica del Uruguay*, vol. 15, abril de 1999, pp.5-12;
- GAIVISON, R., “Privacy and the Limits of Law”, 89, *Yale L.J.* 421, 422 (1980);
- GOMLEY, K., “One hundred years of privacy” en *Wisconsin Law Review*, 1992, pp.1335 – 1441;
- GRACIA GUILLÉN, D., *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1991;
- ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995;
- KRAMER, I.P., “The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis”, en 39 *Cath. U.L.Rev.*, 1990, 703;
- MCCONNELL, T., *The Limits of Consent in Medicine and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000;
- MORGAN, P., “The evolution of the living will”, en “*American Association for Paalegal Educación journal of Paralegal Educación and Practice*”, Spring, 1996;
- O’BRIEN, D.M., *Privacy, Law and Public Policy*, Paeger, New York, (1979);
- OSMAN, H., “History and Development of the Doctrine of Informed Cosent”, en *The International Electronic Journal of Health Education*, 2001, 4, pp.41-47;
- PÉTROVICH, A., “Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado”, en *Rev. del Foro* N° 4, Colegio de Abogados de Lima, 1997; también en *Rev. Española del Daño Corporal*, Vol. III No. 5, primer semestre;
- REIMAN J.H., “Privacy, Intimacy and Personhood”, en *Philosophical Dimensions of Privacy*, SCHOEMAN, F.D., (ed.), (1984) 300-314;
- ROMEO CASABONA C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994;
- RUBENFELD, J., “The right of Privacy”, 102 *Harvard Law Review* (1989), pp.737-807;
- SILVA RUÍZ, F., “El derecho a morir con dignidad y el testamento vital”, en *R.G.D.*, n° 592-593, enero-febrero, 1994, pp.425-436;
- SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado*, Triacastela, Madrid, 2000;
- SOLOVE, D.J., “Conceptualizing Privacy”, en *California law Review*, vol. 90 (4), 2002, pp.1087-1155;
- THOMAS COOLEY, *Law of Torts*, 1980.