

Marc-Abraham Puig Hernández\*

## La información facilitada a las donantes de ovocitos. Algunas consideraciones legales<sup>◇</sup>

### Information provided to oocyte donors. Some legal considerations

**Abstract** | The objective of this work is to define the legal margins between which the information offered to egg donors must range; information that does not always include, for example, all the annoyances, damages, or risks that they potentially must bear. To be able to evaluate these margins, we will contrast the legal origin of the obligation to provide this information with the current state of the regulation of egg donation in Spain. Therefore, a methodology from the abstract to the specific is followed to establish the legal coordinates of the research object. Regarding the Spanish legislation, the standard requirements for informed consent are observed. The general criterion is characterized by the protection of the patient's health in relation to all matters in which she is being involved in the medical process. But in the case of egg donation, it must be completed with a second criterion, which comes from the second law: the purposes and consequences of the act of donation.

**Keywords** | information, legal requirements, egg donation, informed consent.

**Resumen** | El objetivo de este trabajo es contribuir a delimitar los márgenes legales entre los que debe oscilar la información que se ofrece a las donantes de óvulos; información en la que no siempre se incluye, por ejemplo, todas las molestias, daños o riesgos que potencialmente tienen que soportar. Con la finalidad de poder evaluar dichos márgenes, contrastaremos el origen jurídico de la obligación de brindar esta información con el actual estado de la regulación de la donación de óvulos en España. Se sigue, por tanto, una metodología de lo abstracto a lo específico para establecer las coordenadas legales del objeto de investigación. A propósito de la legislación española, se observan los requisitos estándares del consentimiento informado y de los criterios para otorgar consentimiento en la donación de óvulos. El criterio general se caracteriza por la protección de la salud del paciente en relación con todas las cuestiones en las que pueda verse involucrado en el pro-

---

Recibido: 9 de noviembre, 2021.

Aceptado: 31 de enero, 2022.

\* Universidad Autónoma de Barcelona (UAB), Área de Filosofía del Derecho.

◇ Agradezco a los revisores anónimos sus afinados comentarios, de gran ayuda para mejorar el texto.

**Correo electrónico:** marcabraham.puig@uab.cat

Puig Hernández, Marc-Abraham. «La información facilitada a las donantes de ovocitos. Algunas consideraciones legales.» *Interdisciplina* 10, n° 28 (septiembre–diciembre 2022): 253-271.

DOI: <https://doi.org/10.22201/ceiich.24485705e.2022.28.83298>.

ceso médico. Mas en el caso de la donación de óvulos debe completarse con un segundo criterio, que procede de la segunda ley: los fines y las consecuencias del acto de donación. **Palabras clave** | información, requisitos legales, donación de óvulos, consentimiento informado.

## Introducción

EN LA DONACIÓN DE OVOCITOS, uno de los temas que levanta más dudas es el tipo de información que se facilita a las donantes. ¿Realmente ellas entienden ese enjambre terminológico? Y si son capaces de hacerlo, ¿se les ofrece toda la información necesaria y fidedigna acerca de la práctica a la que van a someterse? Suponiendo que así sea, ¿tienen alguna potestad para negociar alguna cláusula de lo que están firmando?

Es posible que surjan cuestiones como estas porque las donantes de ovocitos no tienen un conocimiento certero de las normas jurídicas que rigen este acto. Por lo general, como así demuestran los estudios antropológicos, las donantes reciben principalmente la información de esta práctica a través de fuentes externas a las identificadas en los centros de medicina reproductiva, como puede ser un foro en Internet o diversas páginas web que muestran indicaciones muy genéricas. Ahora bien, los derechos y las obligaciones que rigen la donación de ovocitos ciertamente acotan los márgenes del tipo de información que debe ofrecerse y que puede solicitarse, más allá de lo divulgado en las redes.

El objetivo de este trabajo es contribuir a delimitar los márgenes legales entre los que debe oscilar esa información, en la cual no siempre se incluyen, por ejemplo, todas las molestias, daños o riesgos que potencialmente tienen que soportar, o el destino al que se van a someter sus ovocitos. Con la finalidad de poder evaluar estos márgenes legales, atenderemos los criterios que se observaron en el origen judicial del consentimiento informado y expondremos el actual estado de la legislación.

Dado este objeto de estudio, conviene precisar algo más, la opción metodológica centrada en el estudio del origen del consentimiento informado y de la actual regulación sobre ovodonación para el caso español. En este trabajo se sigue una metodología de lo general a lo particular, del origen judicial en abstracto hasta la especificidad del supuesto de la donación de ovocitos, para establecer las coordenadas legales del objeto de investigación.

El recurso a esta metodología nos debería permitir contrastar los criterios y los objetivos del consentimiento informado en la vigente regulación con aquellas necesidades que en su origen reclamaban ser garantizadas mediante una nueva institución jurídica. Esto es, la evaluación de aquello que justifica disponer de un instrumento como el consentimiento informado en nuestro ordenamiento se

efectúa de acuerdo con los parámetros que apremiaron el establecimiento de esa misma figura. Si estoy en lo cierto, gracias a este acotamiento metodológico deberíamos poder ampliar la perspectiva crítica de nuestro objeto de estudio y, a partir de ahí, ilustrar qué hay en juego en la información que se facilita a una donante de ovocitos antes de someterla a una intervención médica.

Hay un segundo aspecto metodológico que debe atenderse en esta introducción y que guarda relación con las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales. A propósito del consentimiento informado, la literatura jurídica, filosófica y bioética es sencillamente inabarcable. En este trabajo acudiremos a fuentes legales y jurisprudenciales primarias, recurso que, en mi opinión, contribuye a su vez a la originalidad del trabajo.

De acuerdo con las anteriores coordenadas metodológicas, la estructura del trabajo queda definida con los siguientes dos epígrafes. En primer lugar, con un epígrafe que centrará nuestra atención en el origen jurisprudencial del consentimiento informado. Y, en segundo lugar, con otro dedicado a la regulación española sobre ovodonación.

En cuanto al origen del consentimiento informado, deberá explicarse cómo surge y qué garantías legales se elevaron para proteger a los pacientes. Dicha referencia histórica nos debe ayudar a evaluar algún cambio tanto en el objeto de protección como en las mismas garantías que hoy día nos ofrece la legislación. Qué se quería proteger, de qué manera o cómo podía hacerse efectiva dicha protección son el tipo de cuestiones que deberán aparecer esclarecidas en este apartado.

Y, en referencia a las normas legales vigentes, se verán reflejadas las regulaciones españolas siguientes: la Ley 41/2002, que regula la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica y, asimismo, la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En la primera regulación se establece la exigencia del consentimiento informado y por tanto se fija un estándar sobre qué tipo de información debe llegar a quienes se someten a un tratamiento o a una intervención quirúrgica. El criterio general se caracteriza por la protección de la salud del paciente en relación con todas las cuestiones en las que pueda verse involucrado en ese proceso médico. Mas en el caso de la donación de ovocitos tendremos que buscar si dicho estándar aparece solo o la regulación exige algún otro requisito mínimo. Si no me equivoco, de existir otro requisito, de algún modo deberá guardar algún tipo de relación con aquello que pretendía protegerse originariamente con el consentimiento informado. Ahí es en donde se centra el principal órgano vital de nuestra evaluación.

## **El origen del consentimiento informado**

El consentimiento informado (en adelante, CI) es uno de los principales instrumentos con que cuentan los pacientes para hacer valer su autonomía dentro de

la *praxis* médica. Por norma general, se entiende que constituye el proceso por el cual el médico informa al paciente acerca de la situación sanitaria de este último, a fin de poder tomar una decisión respecto de algún tipo de intervención.<sup>1</sup>

El CI nos presenta, en síntesis, un esquema configurado por el médico, la información sobre la salud del paciente y la decisión de este último. Nos interesa centrar nuestra atención, respecto al CI, en cómo surge y qué garantías legales se elevaron para proteger a los pacientes de lo que acontece en una intervención médica. A través de dicha referencia histórica deberíamos estar en disposición de evaluar algún cambio tanto en el objeto de protección del CI como en las garantías jurídicas que hoy día ofrece la legislación. Cuál es el objeto de protección del CI, es decir, qué derechos del paciente se trata de garantizar con este instrumento legal, es lo que vamos a buscar a continuación.

Ahora nos situaremos en un nivel de abstracción elevado, pues los conceptos y elementos teóricos no se circunscriben a ningún caso en particular, aunque sean elevados desde un litigio judicial. Es decir, en este epígrafe no debemos pensar aún en el caso de la donación de ovocitos, en la información que se brinda a las donantes, sino que nuestra perspectiva debe situarse en las coordenadas de cualquier intervención médica, ante la información que se le brinda a cualquier paciente. Esta predisposición nos ayudará a identificar qué pretendía protegerse con el CI. Nos trasladamos, de este modo, al origen histórico, al caso que dio lugar al CI y sacaremos a flote las garantías legales que pretendían salvaguardar al sujeto de un tipo concreto de intervención médica sobre su cuerpo.

### *Un caso no tan atípico*

El caso judicial que da origen al CI lo encontramos en EUA. Debemos remontarnos a una sentencia de 1914 emitida por el juez Benjamin Cardozo en el tribunal de apelaciones de Nueva York. Sin embargo, los hechos que dan lugar a la controversia sucedieron unos pocos años antes.

En enero de 1908, la señora Mary Schloendorff ingresó en el Hospital de Nueva York (ahora Hospital Presbiteriano de Nueva York) presentando un cuadro de trastorno intestinal. A las pocas semanas fue diagnosticada de un fibroma. El médico responsable aconsejó intervenir, pero la señora Schloendorff de-

**1** Sanz Rubiales, Del Valle Rivero, Fernández González y Ferreira Alonso (2016, 70): “La información en el ámbito sanitario tiene un componente peculiar: la persona externa (el profesional sanitario) es la que informa al primer interesado, al paciente, sobre su situación interna (su salud) y cómo se podría actuar para optimizarla. Esta información debería aportar al interesado los elementos adecuados para poder tomar la decisión más conveniente a sus intereses”. Asimismo, *vid.* Díaz Pardo (2018, 251-253) y de Bartolomé Cenzano (2020, 297-301).

clinó; a cambio, aceptó someterse a una exploración bajo sedación. Durante la exploración, los médicos aprovecharon para extirpar el fibroma. Desgraciadamente, tras la intervención a la paciente se le gangrenó la extremidad superior izquierda requiriendo, tras la complicación, la amputación de algunos dedos.<sup>2</sup>

La señora Schloendorff denunció al Hospital de Nueva York amparándose en que había perdido la funcionalidad del brazo a consecuencia de una operación practicada sin su consentimiento. El primer juicio, con jurado, se celebró el 9 de mayo de 1911. De acuerdo con el diario californiano *Santa Cruz Sentinel*, en su tirada del día posterior al juicio, la paciente no solo perdió el litigio, sino que tuvo que asumir el coste del proceso, que ascendió a la cantidad de 50,000 dólares. Recurrió la decisión judicial y el juicio celebrado en la corte de apelación pasaría a ser uno de los precedentes más célebres en la historia de la Bioética.\*

### *La decisión del juez Cardozo*

El precedente judicial del consentimiento informado lo encontramos en la sentencia *Schloendorff vs. Society of NY Hospital*, 105 N.E. 92, de 1914. En esta sentencia, el juez Benjamin Cardozo, uno de los jueces más relevantes en la historia judicial de Estados Unidos, proclamó que

“todo ser humano de edad adulta y que esté en pleno uso de sus facultades mentales tiene el derecho de determinar *lo que tenga que pasar con cuerpo* (*what shall be done with his own body*); un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión de la que es responsable de los daños resultantes. Esto es cierto excepto en casos de emergencia donde el paciente está inconsciente y cuando es necesario operar antes de que se pueda obtener el consentimiento”.<sup>3</sup>

“Lo que tenga que pasar con su cuerpo” bien podemos entenderlo como la intervención sobre algo, digamos, la aprehensión del cuerpo del paciente y, asimismo, como cualquier estado en el cual podría desembocar su cuerpo, por así decir, el destino que va a darse al mismo. En este segundo aspecto, que podemos llamar una versión amplia o extensiva de la cuestión, podría entenderse que el consentimiento, o al menos los principios del consentimiento informado tal y como el juez Cardozo los emitió en este juicio de apelación, se extienden a las

**2** Newton Fiero 1914: 125-127. La traducción del caso y de los datos que lo envuelven son elaboración propia.

\* N. del E.: Schloendorff había demandado al hospital, no a los médicos. Por esta razón, el tribunal concluyó que un hospital sin ánimo de lucro no podía ser responsable de las acciones de sus empleados, usando como analogía el principio de inmunidad de las instituciones de caridad (*charitable immunity*). (Tomado de Wikipedia).

**3** Las cursivas son mías.

partes del cuerpo humano, a lo que pueda pasarles y también a las partes separadas de este. De ser así, también los ovocitos serían parte de lo que debe conocerse su destino y no limitarse, en una visión restrictiva del consentimiento informado, a que se acepta una intervención sobre el propio cuerpo... y nada más.

¿Qué constituye la base del CI desde el establecimiento de este precedente? Dicho en otras palabras, ¿qué es aquello que intenta protegerse con el CI? No es otra cosa que la intervención médica sobre el propio cuerpo mediando la voluntad del paciente. Ahora bien, la voluntad no es lo único que el juez Cardozo encontró merecedor de protección al emitir su decisión, sino que, además, señaló que esa voluntad se extiende hasta la finalidad, a los propósitos, a lo que tenga que pasarle al propio cuerpo. Quisiera que retengamos esta idea. Si bien, por una parte, el CI se vincula con un acto de voluntad, por otra también incluye determinados requisitos respecto al tratamiento que se le va a brindar a aquello convertido en objeto de tratamiento, esto es, al cuerpo humano y a sus partes. Veamos por qué es interesante esta idea centrando nuestra atención sobre el estado actual de la regulación.

## La regulación del consentimiento informado en España

En España, la principal regulación vigente sobre el CI la encontramos en la Ley 41/2002 del 14 de noviembre, que regula la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica. Esta norma concreta las directrices generales sobre salud que fija el texto constitucional. ¿Eso que quiere decir? Que el desarrollo de la norma no puede contradecir el ámbito material que designa la Constitución. Por así decir, la ley se incardina dentro de unas líneas maestras. Veamos cuáles son.

En la Constitución Española (en adelante, CE) se proclama solemnemente el “derecho a la protección de la salud” (art. 43.1 CE). Esto es, el principal eje que define la Magna Carta es garantizar la salud. Si recordamos, no coincide exactamente con el objeto de protección del CI en los términos que habíamos identificado hace un instante a través de su origen histórico. Mas esto no tiene por qué ser preocupante. Al menos, porque la CE fija un ámbito material, el de la salud, y el CI se centra en los derechos y obligaciones de los pacientes, que pertenecen a ese ámbito de protección y que desarrollan la denominada autonomía, o autodeterminación, del paciente. Según algunos autores, esto último se explica como la legitimación de la actuación médica.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Ortiz Fernández (2021, 41-46): “De este modo, el consentimiento aparece como una suerte de legitimación para el médico —esto es, consentimiento–legitimación—, de tal forma que, en principio, este último no podrá llevar a cabo una intervención a los pacientes sin contar con la aprobación de los mismos”.

La coherencia de la materia entre una norma especial y la directriz general parece que es lo anunciado en la *Exposición de motivos* de la Ley 41/2002: la lógica de las normas que encontraremos en este texto se circunscribe al ámbito de la salud.<sup>5</sup> Esta norma acaba concretándose, en esencia, en una serie de derechos relativos a la información clínica y a la autonomía (en síntesis, respeto a la intimidad, a la libertad de decisión sobre los tratamientos a los que ha de someterse y deber de confidencialidad).

Con ello tenemos una muestra suficiente del contexto legal en el que se inserta el CI. Prestemos atención ahora a su contenido.

### *La autonomía del paciente*

El problema que hay en ello es cuando en el artículo 3 de la Ley 41/2002, la norma, en lugar de regular derechos y obligaciones, ejerce una función similar a la del *Diccionario de la Real Academia Española*. Así, el encabezado del artículo se titula “Las definiciones legales”. Esto es, a efectos de esta ley, lo que se diga sobre algunas cuestiones debe entenderse en el sentido fijado expresamente en este precepto.

Al adentrarnos en este artículo, encontramos que el CI es “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte su salud”.

Más adelante, en el artículo 8, se especifica un poco más sobre la naturaleza jurídica del CI, al exponerse que: “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

Dejemos de lado momentáneamente las cuestiones relativas a la información y centrémonos en el concepto de CI. Tanto en la definición del artículo 3 como en la especificación del artículo 8, el CI queda previsto como el preceptivo acto de la voluntad del paciente tras recibir la información. Lo que aquí cuenta es el asentir voluntario del paciente.

Si recordamos los elementos que componían el CI en los términos relatados por el juez Cardozo, al CI de la legislación española le falta una pata. Por así decir, anda cojo de uno de sus pilares. Ya nada se dice acerca del fin, del objetivo, de los propósitos, respecto al destino del propio cuerpo y de sus partes. La norma española se ha centrado en la voluntad; nos dice que lo único que importa en el CI es que el paciente diga “sí, quiero” al batiburrillo de información que le ofrezcan antes de someterla a una intervención quirúrgica.

<sup>5</sup> Este ámbito se desenvuelve más extensamente en la Ley 14/1986 del 25 de abril, General de Sanidad.

En líneas generales, la ley de autonomía del paciente reduce el CI a estar de acuerdo con la información que le facilite el médico. Y, visto así, la autonomía del paciente en realidad ha padecido una restricción. Veamos qué información debe facilitarse al paciente y si de ahí hay algún elemento que pueda resultar de interés para cuando después nos centremos en las donantes de ovocitos.

### *Requisitos e implicaciones de la información*

El derecho a la información (art. 4 de la Ley 41/2002) consiste en que el paciente conozca todas las cuestiones relacionadas con una actuación en el ámbito de su salud. Según la norma, la información debe ser clara, veraz y adecuada a ese paciente, esto es, en términos comprensibles, accesible. Esto excluye casos de urgencia, de primera necesidad, en que el criterio del médico prevalece sobre la autonomía del paciente en aras de preservar, precisamente, la salud de ese paciente. Es interesante destacar que el derecho a la información incluye rehusar conocer esa información.

Es interesante atender a que, de acuerdo con el mismo art. 4, la información comprende un mínimo de contenido y que ese mínimo contempla “la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. Sin embargo, la finalidad de la que habla la norma se refiere a la actuación médica que va a practicarse sobre el propio cuerpo, a que se obtenga información relativa acerca de para qué se interviene el cuerpo y qué relación guarda con la enfermedad que lo motiva. Así se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo.<sup>6</sup>

Vemos, por tanto, que en el derecho a la información se habla de la finalidad, pero esta concierne a la intervención, más vinculada con la enfermedad que con el destino del cuerpo o de alguna de sus partes. Este derecho se concreta en saber en qué consiste la intervención, en por qué suele tratarse de esa manera la enfermedad. De ahí que la ley hable de la información y la finalidad en términos de conocer las consecuencias relevantes, los riesgos típicos y probables o las contraindicaciones (art. 10 Ley 41/2002) de someterse a una intervención.

No obstante, pese a que la información ofrecida a los pacientes acaba por ser un elenco de datos más o menos especificado en aquello relevante sobre su enfermedad y la intervención o tratamiento al que va a someterse, en mi opinión, tener derecho a la información plantea unas cuestiones interesantes que trascienden estos parámetros. Por así decir, llevan infartadas en su seno un auténtico acervo ontológico de lo que sea el paciente. Veamos esto con algo más de detalle.

La Ley 41/2002 está definiendo lo que debe entenderse como el principio de autonomía del paciente. Y si llegamos a la conclusión de que a cualquier pacien-

<sup>6</sup> Véase: SSTS 140/2021, del 4 de febrero, FJ3 y 698/2016 del 24 de noviembre, FJ6.



te (sea donante de ovocitos, sea cualquier otro tipo) no se les ofrece una información adecuada, estaremos en condiciones de afirmar que se está violando su capacidad en tanto que agente autónomo, que tiene la facultad de tomar una decisión acerca de lo que le conviene respecto de su propia salud. En otras palabras, se estará mermando su condición de sujeto libre, esto es, sin su consentimiento o aprobación, se la estaría tratando como a un medio y no como a un fin en sí mismo, de acuerdo con la formulación kantiana del imperativo categórico.<sup>7</sup>

Bajemos hasta el caso de la donación de ovocitos. Prestando atención a la anterior observación, podemos afirmar que, si una donante de óvulos presta su consentimiento a una información incompleta o poco fidedigna, se la está tratando como un medio y no como un fin. Esto es, se la estaría colocando en el lado de las cosas y no en el de las personas, en tanto que algo de lo que puede disponerse de manera instrumental.

Este sería el caso en el que la información omitiese datos relevantes sobre los riesgos que entraña someterse a un tratamiento o a una intervención. La exigencia sobre el requisito de la información consiste en que el paciente, la donante de ovocitos, conozca con antelación las consecuencias médicas del acto. Si prestamos atención a la jurisprudencia, encontramos, por ejemplo, que uno de los riesgos que entraña la ovodonación no es otro que la infertilidad.<sup>8</sup> Siguiendo el hilo del argumento kantiano, de no atender expresamente este tipo de cuestiones en la información facilitada, se estaría instrumentalizando a las donantes, esto es, tratándolas como objetos y no como personas.

Vayamos un paso más allá. Hay otra forma de ver la instrumentalización de los pacientes. Cuando no media una información veraz, cuando no existe necesidad médica o cuando se coacciona violentamente a una persona a firmar un documento (por ejemplo, para que done un riñón), en todos esos casos la persona no está eligiendo libremente. En otras palabras, todos esos casos son instancias de coacción, algunas violentas, otras más sutiles, pero la idea general es que el consentimiento estaría viciado.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Kant (2012, 137): "el hombre y en general todo ser racional *existe* como un fin en sí mismo, no *simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales, el hombre ha de ser considerado siempre *al mismo tiempo como un fin*". (Cursivas del autor).

<sup>8</sup> SAP Barcelona 448/2019, Sección 13a, del 6 de mayo y SAP Barcelona, 335/2009, Sección 1a del 28 de julio. Estos casos que han sido atendidos en los tribunales contrastan con la principal fuente de información que ostentan las potenciales donantes de ovocitos, como son las páginas *web* y los foros en Internet. Por ejemplo, en uno de los principales portales de acceso a información, ni siquiera aparece la infertilidad entre los potenciales riesgos.

<sup>9</sup> Esta es una explicación que han defendido, entre otros, John Rawls (1999, sección 12) y Michael J. Sandel (2011, 164-166).

Si recordamos el tenor literal del artículo 8 de la Ley 41/2002, podemos dividir las exigencias allí presentes en los siguientes tres aspectos: 1) el CI ha de ser consciente porque necesariamente la persona debe estar informada de lo que va a suceder con su cuerpo; 2) también debe ser voluntario, lo que asegura su capacidad de obrar plena, para aceptar efectivamente esa intervención; 3) y, finalmente, libre porque no debe haber factores externos que condicionen esa decisión.

Pensemos ahora en el caso de la donación de ovocitos. Podemos aceptar que las donantes están generalmente capacitadas para otorgar consentimiento, pues es una condición necesaria para efectuar la donación de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 14/2006. De esta manera, podemos descartar el punto 2 como problemático. Respecto al tercer punto, no estamos en condiciones de teorizar un marco genérico sobre si acceder a la donación consiste en un acto motivado por razones altruistas o necesidades económicas.<sup>10</sup> Por tanto, a continuación, centraremos nuestra atención en el primer aspecto: en que el consentimiento sea consciente, en el sentido de que la donante esté debidamente informada de lo que va a suceder con su cuerpo.

### *Estar debidamente informados para prestar consentimiento*

Hemos visto que el derecho a la información sanitaria consiste, por una parte, en brindar una información clara, veraz y comprensible y, por otra, en que esa información incluya una explicación sobre qué intervención va a practicarse y el porqué de esta.<sup>11</sup> Los requisitos de la información se convierten en exigencia mediante la figura jurídica del consentimiento informado. Pero aquí es donde topamos con un problema de justificación, si se prefiere de este modo, de fundamentación, del CI, que espero poder agudizarlo al referirnos al caso de las donantes de ovocitos. Veamos cómo se justifica el CI, pues ahí se inserta la información.

De acuerdo con la explicación de Manuel Gitrama en su trabajo *En la convergencia de dos humanismos: medicina y derecho*, el CI es un contrato de arrendamiento de servicios con características especiales. Lo que hace especial este contrato son dos razones. Una, que se incluyen potenciales lesiones sobre el cuerpo del paciente que están consentidas, que este último acepta de antemano. Y, dos, que el principio rector del contrato consiste en el aforismo latino *noli me*

**10** En cualquier caso, la bibliografía relativa a la motivación económica de las donantes de ovocitos es extensa. En síntesis, esta idea que recogida en obras como las de Álvarez Plaza (2008, 78) y Jociles (2020, 35-93).

**11** Una explicación similar acerca de la exigencia de información podemos encontrarla en obras relevantes de Bioética como las de Gracia (2008, 163) y González Morán (2006, 45).

*tangere* (no me toques, en el sentido de más allá de lo estrictamente necesario, o de lo que se ha consentido).<sup>12</sup>

Es a partir de atender esas razones que se observa con mayor amplitud el alcance de la exigencia del derecho a la información. El primer tipo de exigencias que identifica Manuel Gitrama es el deber del médico de conservar el cuerpo del paciente diligentemente, sin que su actuación pueda exceder hasta la mutilación o la destrucción de este o de alguna de sus partes. El autor va más allá con esta exigencia y explica que procede de un deber, el que tiene todo ser humano de conservar su autodeterminación, es decir, su capacidad para obrar bien o mal, para tomar la acción como una cuestión personal que debe resolver en consciencia. La fundamentación que ofrece sobre esta exigencia emana de una concepción particular de la libertad individual por la cual el cuerpo humano es la propiedad de uno mismo. Pero esta concepción no cierra la puerta a otro tipo de fundamentaciones como, por ejemplo, la procedente de un código deontológico de la profesión, que estaría centrada en las garantías mínimas que satisfacen una determinada práctica.<sup>13</sup> En cualquier caso, con independencia de la fundamentación de este deber, lo cierto es que se desprende una exigencia que consiste en la diligencia del médico en la intervención, diligencia debida que está vinculada con aquello que ha explicado previamente al paciente.

Y el segundo tipo de exigencia es relativa a la propia información, que prepara el terreno para la decisión o el consentimiento del paciente. El autor explica que dada esta obligación hay que suministrar al paciente la suficiente información, se le ha de ilustrar de tal forma que se haga una idea fidedigna de la situación médica y que, de esta manera, consienta “la intervención quirúrgica o el tratamiento arriesgado”. Del mismo modo, esta concepción del margen de decisión del paciente se vincula con una tradición civilista de jaez individualista. El razonamiento que sigue a esta concepción podemos exponerlo del siguiente modo: si mi cuerpo es mi propiedad, se hará con este lo que yo consienta.

Aquí encontramos el problema de justificación. Esto es, el enfoque individualista plantea serios interrogantes. Si los requisitos, las exigencias legales se traducen en un compendio de información veraz junto con la diligencia médica, mediando el consentimiento del paciente, se nos escapa algo esencial al respecto de los límites jurídicos de la intervención médica sobre el cuerpo humano.

Tomemos esos tres elementos (información veraz, diligencia en la *praxis* médica y consentimiento del paciente) y trasladémonos a la investigación bio-

<sup>12</sup> Gitrama González (1977, 273-335).

<sup>13</sup> Para el debate acerca del enfoque propietario sobre el cuerpo humano, puede verse: Borrell Macía (1954, 20 y ss.); García Manrique (2017, 53-54); Arroyo (2017, 136-139); Douglas (2014, 24-26); Greasley (2014, 54-55); Foster (2014, 44-45); Devaney (2014, 47-50); Goold (2014, 4-5); Rostill (2014, 17-18); Goold y Quigley (2014, 231-262).

médica, un escenario genérico dentro del cual también se inserta la donación de ovocitos. Los criterios de la donación para el caso de la investigación biomédica, en lugar de para la reproducción humana asistida, son exactamente los mismos tres, según lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Imaginemos que un galeno, para continuar con sus investigaciones, precisa de unos ovarios, de una matriz y, ¿por qué no?, del hipotálamo de una paciente viva, con los que llevará a cabo experimentos varios. Tras unos días intentando captar a alguien en su centro de investigación, una persona se ofrece voluntaria. El médico le explica con todo rigor y minuciosidad los detalles de la intervención, y también, muy detalladamente, todas las consecuencias, incluso las más que improbables de la operación. Entre esos riesgos de los que la informa no falta la infertilidad, las heridas y las cicatrices irreversibles, y unas consecuencias cerebrales imprevisibles derivadas de la intervención para extirpar el hipotálamo.

De acuerdo con la lógica individualista que deriva en esos tres requisitos, la finalidad médica es legítima (una investigación) y la exigencia cumple con el requisito del consentimiento facilitado tras ponderar en consciencia la decisión teniendo en cuenta toda la información relevante.

Si aun así hay algo de este ejemplo que chirría a oídos del lector es porque el fundamento jurídico de este acto no puede hallarse en una concepción individualista de la libertad humana. Si estoy en lo cierto, y por extraño que nos parezca, estos requisitos, y en particular el consentimiento del paciente, no son instancias particulares de la libertad de elegir asuntos sobre el propio cuerpo. Por el contrario, estos requisitos entiendo que deben ser interpretados a la luz de otras exigencias legales, de acuerdo con otros mandatos constitucionales diferentes a la libertad de elección, para encontrar acomodo justificativo y coherencia con la práctica médica. Y esa fuente de legitimación podría ser, en este caso, la integridad física.

Claro que, visto así, la donación de ovocitos debería cambiar de perspectiva, de enfoque, para llevarse a cabo. De estar en lo cierto, no sería tan importante, por ejemplo, que la donante de ovocitos prestara su consentimiento para realizar ese acto donación, sino para someterse a una intervención en la que lo que está en riesgo es su integridad física. Este acto no correspondería con el de decidir aspectos sobre su cuerpo en tanto que propiedad, sino en comprender los riesgos que determinados actos conllevan para el cuerpo.

Esta diferencia puede parecer sutil, incluso efímera, y sin embargo de ella se derivan cuestiones como que pueda ponerse un precio al cuerpo humano y a sus partes o que, por el contrario, la aportación de una donante de óvulos sea inestimable hasta que no se haya practicado la donación y puedan calibrarse las consecuencias sobre su integridad física de acuerdo con la afectación real de la intervención sobre ese caso particular.

Y es que el enfoque individualista, que concibe el cuerpo humano como una propiedad, y por tanto que explica el consentimiento como una decisión sobre cosas que pertenecen al individuo, es el terreno necesario para estimar las decisiones bajo el baremo que impone el mercado (un intercambio de esto por aquello, de los ovocitos por una compensación monetaria), en lugar de valorar la práctica de acuerdo con lo que realmente está en juego.<sup>14</sup>

Aquí topamos con un asunto complicado. Las donantes de ovocitos consienten que se intervenga su cuerpo y que se le extraiga una parte. Al poder separar del cuerpo humano algún biomaterial, da la sensación de que la doctrina que aboga por la concepción individualista es la correcta, pues esas partes son susceptibles de recibir el trato de “cosas”. Veámoslo con algo más de detenimiento.

### *La información respecto a partes separadas del cuerpo humano*

Con las exigencias de la información que se brinda a las donantes hemos llegado hasta el cuerpo humano y las partes separadas de este. Qué concepción tengamos de esas partes es relevante a efectos de la información que debe ofrecerse a las donantes, pues no será lo mismo dar a entender, directa o indirectamente, que puede vender sus ovocitos o que se somete a un proceso en donde debe asumir riesgos y tener más información de lo que sucede con las partes de su cuerpo aun separadas de este. Entonces, interrogarnos aquí es asunto inexorable: ¿qué pasa con los ovocitos?, ¿cómo debemos tratar este tipo de biomateriales humanos? Aún podemos rescatar algo más de las normas jurídicas.

En el artículo 5.4 de la Ley 14/2006 se establece que: “Antes de la formalización (del contrato de donación de ovocitos), los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto”.

A diferencia del CI respecto a cualquier intervención quirúrgica, en donde prima la preservación de la salud, las donantes de ovocitos no se someten al tratamiento por la misma razón. Las donantes acuden a los centros de fertilidad de propia voluntad y se someten a una intervención por un criterio distinto al médico. De ahí que la información relativa a los fines y a las consecuencias del acto sea distinta de la intervención guiada por el criterio médico, pues “los fines y consecuencias del acto” (el de donación) no son los mismos que imponen límites al CI en una intervención quirúrgica para el beneficio de la salud.

**14** En el momento en que el dinero interviene en una práctica, corrompe el valor moral que la inspira, pues pasamos a valorar las cosas, los actos, las prácticas, en términos económicos, desplazando de este modo a las virtudes y honores que las justifican. El argumento de la corrupción moral del dinero puede verse en las obras de Michael J. Sandel (2012) y Ricardo García Manrique (2021).

Si recordamos, la urgencia en aras de la salud podía hacer vencer la tensión entre el CI y el criterio médico hacia el lado de este último. Y la razón es que el criterio preponderante continúa siendo la preservación de la salud: para no menoscabar la salud del paciente, en determinadas circunstancias, especialmente aquellas en las que su vida está en peligro, el criterio del médico predomina sobre la voluntad del paciente.

Ahora bien, como observábamos, la donación de ovocitos no responde a esta lógica. No hay cuestión de salud que ponderar frente a la voluntad de la donante de acudir a realizar ese acto. La donante va a donar sus ovocitos, no porque su salud esté en juego y debe ser informada de la finalidad del acto: si este servirá para ayudar a otras personas a solventar los problemas de fertilidad o si, por el contrario, sus ovocitos irán destinados a la investigación biomédica. Incluso una información veraz a propósito de los fines del acto incluye aportar algunos datos sobre qué sucede con los ovocitos restantes.

Al menos, esto último es lo que se desprende del artículo 34 de la Ley 14/2007, sobre investigación biomédica, cuando al regular los requisitos y las garantías para la investigación se establece que para “la investigación o experimentación con ovocitos y preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o de sus estructuras biológicas,<sup>15</sup> con fines relacionados con la obtención, desarrollo y utilización (...) deberán cumplir con los siguientes requisitos”. Entre los siguientes requisitos se incluye literalmente: “b) La indicación de las relaciones e intereses comunes existentes de cualquier naturaleza, o la ausencia de estos, entre el equipo y el centro que hayan (...) intervenido para la obtención de los ovocitos.” Y también, que: “e) en el caso de la utilización de ovocitos (...), la indicación y la justificación de su número y origen y el documento informado firmado por los donantes.”

Resulta que, en la donación de ovocitos, además de la obligación de informar sobre los fines que se derivan del acto, se incluyen aspectos como el destino del material biológico sobrante o el número y el origen de ovocitos extraídos. Ahora bien, esta última normativa corresponde al ámbito de la investigación biomédica.

Ya no es el criterio de la salud el que rige en el tipo de información que acompaña al CI, sino la información relativa a un acto de carácter voluntario y, en principio, de carácter altruista. Por tanto, con la donación de ovocitos se divide la lógica que impregna el CI en dos ámbitos: por una parte, el genérico del CI, en el contexto de una intervención o de un tratamiento médico, que se encar-

**15** En el caso de la donación de ovocitos, las garantías que se desprenden de estas “estructuras sobrantes”, se entiende que se proyectan en materiales biológicos como podrían ser los corpúsculos polares.

dina dentro de los parámetros de la salud; y, por otra parte, se concreta en uno específico en cuanto a la donación de biomateriales humanos y en particular en la de ovocitos, además de la integridad física de quien se somete a una intervención, la información queda vinculada con el destino que se dará al cuerpo humano y a sus partes.

## Conclusiones

A través de las dos principales regulaciones, la Ley 41/2002 y la Ley 14/2006, hemos visto cómo está dispuesto el consentimiento informado (CI) en la legislación española.

La primera de las regulaciones tiene por objeto la autonomía del paciente dentro de los márgenes perfilados por el derecho a la protección de la salud. De la autonomía del paciente se desprenden una serie de derechos, que podemos resumir en la información y en el acto de voluntad del paciente. La información antecede a un tratamiento médico o a una intervención quirúrgica, en donde aparecen los datos vinculados con la salud del paciente y puestos a su disposición por parte del facultativo médico. En consecuencia, esta información tiene que ver con criterios y parámetros médicos que sirven de pauta para decidir, en el caso del paciente. Dicha información queda definida en todos aquellos datos médicos relevantes en esa situación, incluyendo los riesgos y probables consecuencias de intervenir, y que sirven de sustento para tomar la decisión sin que haya lugar a dudas en términos de coacción o engaño.

La segunda regulación rige en la aplicación de las denominadas técnicas de reproducción humana asistida. A diferencia del criterio de la salud, esta legislación incluye, para el caso de la ovodonación, la puesta en conocimiento de los fines a los que sirve el acto. Una explicación a este otro criterio es que, en la donación de ovocitos, a diferencia de otras intervenciones médicas sobre el cuerpo humano, no rige directamente el criterio médico de la preservación de la salud del paciente, sino que este criterio aparece de forma secundaria. ¿Qué quiere decir eso? Pues que en la ovodonación, la práctica se circunscribe dentro de un acto de voluntad de la donante para someterse a la intervención en un sentido distinto del de una intervención quirúrgica en que deba curarse, sanarse, a un paciente. En este caso, no hay nada que sanar o curar en la donante de óvulos, sino que por cuenta propia debe someterse a una intervención y a un tratamiento. Aquí no hay criterio médico que pueda prevalecer sobre la voluntad del individuo para meterlo en un quirófano, como en caso de urgencia para salvaguardar su salud, sino que la ovodonación constituye genuinamente el absoluto acto de voluntad en el ámbito biomédico. No estamos ante una cuestión de grado en la que pueda llegar a ponderarse la decisión del paciente con crite-

rios médicos o a evaluarse bajo parámetros de salud. La voluntad de donar ovocitos es una cuestión de todo o nada.

A fin de garantizar ese acto de voluntad tan característico, la información acerca de los fines y de las consecuencias que se derivan de la donación se ven reforzados. De lo contrario, cualquier error o duda respecto a una decisión de las donantes alcanzada por medio de la información certera, veraz, fidedigna, conlleva a situarlas en el lado de las cosas y no en el de las personas. Dicho en otras palabras, se estaría tratando a las donantes como instrumentos para la provisión de ovocitos destinados a satisfacer la demanda y las técnicas mercantiles de la industria reproductiva.

En efecto, las exigencias de la información se ven reforzadas para el caso de la donación de ovocitos. De cualquier otra manera, no se justificaría como un acto de su voluntad. De este modo, su conocimiento exige atender todos los aspectos relevantes de la donación, incluyendo el destino de su material biológico o los potenciales riesgos para su integridad física, por mínimos que fuesen.

Aparentemente, este hecho se aparta de las líneas maestras que perfila la regulación actual del CI, ceñido a los parámetros de un acto de voluntad vinculado con decisiones sobre la propia salud. Ahora bien, esto no siempre ha sido así. La evolución legislativa ha seguido una línea marcada: ha terminado por delimitar el CI en función de la autonomía individual para cuestiones relativas a la propia salud. Mas con la ovodonación sucede que hay una vuelta hasta una de las posibles exigencias que habíamos observado en la decisión del juez Cardozo. Unas exigencias acerca de la finalidad de la intervención y asimismo de lo que sucede con el propio cuerpo. Aunque este juez pionero en observar la naturaleza de lo que había en juego con el CI no podía en ese momento definir con todo rigor los diferentes tipos de garantías que se desprenden del CI, empleó una terminología perspicua que incluía el destino de lo que sucede con el cuerpo de quien se somete a una intervención médica o a un tratamiento. Y esa misma pauta respecto al destino del cuerpo es la que vuelve a flote con las exigencias de la información para el caso de la donación de ovocitos. Una pauta sobre la que la regulación genérica del CI parecía haberse apartado.

En definitiva, en la donación de ovocitos la ley establece que parte del contenido de la información está constituida por el destino de los ovocitos. Es discutible, por ejemplo, si las donantes son concedoras de que el principal destino de los gametos sea el del mercado vinculado con el turismo reproductivo, en el caso de España, o el del mercado de exportación de ovocitos, en el de Rumanía.<sup>16</sup>

En mi opinión, creo que es apresurado aseverar que deba cambiarse el contenido de los CI, pues en cualquier caso sirve de base legal para vincular la in-



tervención médica con lo que pueda sucederle físicamente a la donante. Esto es, el CI permite depurar la responsabilidad en caso de causar daño a las donantes gracias a sus principales implicaciones jurídicas.

Luego, ¿qué tipo de interpretación podemos hacer de este estudio? Si no me equivoco, la principal consecuencia de atender la regulación acerca del tipo de información que se ha de facilitar en la donación de ovocitos no es otra que incorporar un elemento de negociación. En tanto el criterio principal de la información viene vinculado con que la donante sea consciente de los fines y de las consecuencias que se derivan de su acto, antes de firmar el CI está en disposición de exigir datos relativos al destino o al número de ovocitos que se obtienen (aunque de esto último deba ser informada *a posteriori*). Que este tipo de cuestiones médicas oscilen en márgenes difíciles de precisar no constituye excusa para que las donantes efectivamente hagan valer el derecho de conocer aspectos tan vinculados con su cuerpo y con las partes separadas del mismo. Y la lectura es en clave de negociación, porque hacer valer este derecho puede entrar en tensión con firmar un CI genérico, en el sentido de que la donante puede cuestionar qué va a pasar con su material biológico una vez realizada la donación.

De estar en lo cierto, exigir la información del destino de los ovocitos no cambiará la industria reproductiva y probablemente tampoco reduciría notablemente la cantidad de ovocitos que se captan en ella. Sin embargo, en tanto que facultad, y en tanto que ejercicio de esa potestad, eleva a las donantes hasta el nivel de sujeto con capacidad de negociación, por muy limitada que esté esta potestad hasta concretarse en el cuestionamiento sobre algunos pocos aspectos del destino que tendrán sus ovocitos. Ahora bien, no puede considerarlo una cuestión despreciable cuando hoy en día, en el escenario de las técnicas de reproducción asistida, las donantes se asemejan más a un proveedor de bienes que a un sujeto que acude por su voluntad a someterse a una intervención. Sirve, a fin de cuentas, para acercarlas al lado de las personas y alejarla del de los bienes. **ID**

## Referencias

- Álvarez Plaza, Consuelo. 2008. La materia humana en un alambique: nuevos modos de engendrar y la asimetría de la donación de semen y óvulos. En Vila, Anna, Sanjuán Núñez, Lucía y Valenzuela García, Hugo Piella (coords.), *Construyendo intersecciones: aproximaciones teóricas y aplicadas en las relaciones entre los ámbitos del parentesco y la atención a la salud en contexto intercultural*. San Sebastián: Ankulegi, 65-81.
- Arroyo Ayuelas, Esther. 2017. Entre propiedad y persona: disposición de partes y productos del cuerpo. Un análisis desde el derecho civil. En Casado, María

- (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Barcelona: FONTAMARA – Edicions de la Universitat de Barcelona, 135-156.
- Borrell Macià, Antonio. 1954. *La persona humana*. Barcelona: Bosch.
- De Bartolomé Cenzano, José Carlos. 2020. *El derecho a la vida. Nuevos retos jurídicos para su disfrute con dignidad y sostenibilidad en tiempos de crisis*. Madrid: Dyckinson.
- Devaney, Sarah. 2014. Rewards and incentives for the provision of human tissue for research. *Journal of Medical Ethics*, 40(1): 48-50.
- Díaz Pardo, Gloria. 2018. Consentimiento informado en la toma de decisiones para actos médicos. Respeto a la voluntad de la persona vulnerable. En Peaña Vicente, Montserrat (dir.) y Díaz Pardo, Gloria y Núñez Núñez, María (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Dyckinson.
- Douglas, Simon. 2014. The argument for property rights in body parts: scarcity of resources. *Journal of Medical Ethics*, 40(1): 23-26.
- Foster, Charles. 2014. Dignity and the use of body parts. *Journal of Medical Ethics*, 40(1): 44-47.
- García Manrique, Ricardo. 2021. *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*. Barcelona: HERDER.
- García Manrique, Ricardo. 2017. La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietario. *Revista Bioética y Derecho*, 40: 49-61.
- Gitrama González, Manuel. 1977. En la convergencia de dos humanismos: medicina y derecho. *Anuario de Derecho Civil*, 30(2): 273-335.
- González Morán, Luis. 2006. *De la bioética al bioderecho*. Madrid: Dyckinson.
- Goold, Imogine y Quigley, Muireann. 2014. Human biomaterials: the case for a property approach. En Imogen Goold, Kate Greasley, Jonathan Hearing y Loane Skene (eds.), *Persons, parts and property. How should we regulate human tissue in the 21st century?* Oxford: HART Publishing.
- Goold, Imogine. 2014. Why does it matter how we regulate the use of human body parts? *Journal of Medical Ethics*, 40(1): 3-9.
- Gracia, Diego. 2008. *Fundamentos de bioética*. Madrid: Tricastela.
- Greasley, Kate. 2014. A legal market in organs: the problem of exploitation. *Journal of Medical Ethics*, 40(1): 51-56.
- Jociles, María Isabel. 2020. Supongo que, si hubiera tenido pasta, no lo hubiera hecho: motivaciones para donar óvulos e ideología del altruismo. En Ana M. Rivas y Consuelo Álvarez Plaza (eds.), *Etnografía de los mercados reproductivos: actores, instituciones y legislaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 35-93.
- Kant, Immanuel. 2012. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*,

- trad. Aramayo, R. R. Madrid: ALIANZA.
- Newton Fiero, J. (comp.). 1914. Schloendorff vs New York Hospital. *Reports of cases decided in the Court of Appeals of the State of New York*, 211, Albany – Rochester: Lawyers Cooperative Pub. Co., 125-131.
- Ortiz Fernández, Manuel. 2021. *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*. Madrid: Dyckinson.
- Rawls, John. 1999. *A Theory of Justice*, ed. rev. Massachusetts: Harvard University Press.
- Sandel, Michael J. 2011. *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*, trad. Campos Gómez, J. P. Barcelona: Debate.
- Sandel, Michael. 2012. *Lo que el dinero no puede comprar*, trad. Chamorro Mielke, J. Barcelona: Debate.
- Sanz Rubiales, Álvaro, Del Valle Rivero, María Luisa, Fernández González, María y Ferreira Alonso, Raquel. 2016. Teoría y práctica del consentimiento informado. *Cuadernos de Bioética*, 27(1): 69-78.
- Viera Cherro, Mariana. 2018. El don de la vida. Un análisis de la economía moral de la donación de gametos en Uruguay. *Revista de Antropología Social*, 27(2): 287-306.