

Aspectos jurídicos de interés en relación con los trasplantes de órganos

J. Sánchez Caro

Jefe de la Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Salud

PLANTEAMIENTO, BIENES, DERECHOS E INTERESES EN CONFLICTO

El mundo de los trasplantes se caracteriza por la carga ética que se pone en funcionamiento a lo largo de sus diferentes fases de ejecución. Resulta obligado, además, reconocer la complejidad de los bienes, derechos e intereses que deben armonizarse y, en consecuencia, las diferentes soluciones que pueden arbitrarse para solucionar el caso concreto.

Las razones anteriores hacen precisa la intervención del Derecho para instaurar una norma de convivencia, a través de la cual no sólo se logre la paz social en un ámbito tan comprometido, sino el principio último de justicia.

DERECHO ESPAÑOL

Nuestra legislación sobre la materia se abre con la Ley de 27 de octubre de 1979 sobre extracción y trasplante de órganos (la Ley 30/1979, de 27 de octubre). Dicha Ley se desarrolla, en primer lugar y fundamentalmente, por el R. D. 426/1980, de 22 de febrero, además de por diferentes Ordenes ministeriales y numerosas resoluciones y circulares.

Se trata de una regulación completa sobre la materia, que abarca todas las cuestiones capitales atinentes a la extracción y trasplante de órganos, así como lo relativo a los asuntos de organización, coordinación, acreditación, autorización y otros de mero procedimiento (1).

ENUMERACION DE LOS VALORES EN CONFLICTO

La ordenación de los intereses colectivos supone, inevitablemente, una cierta organización. Si prescindimos ahora de tal aspecto (importante y complejo en lo que se refiere al trasplante), el equilibrio de intereses hay que referirlo, fundamentalmente, al donante vivo, al cadáver y al receptor.

Pues bien, en presencia de nuestra Constitución (2) se pueden destacar los siguientes valores en juego:

La dignidad de la persona humana (art. 10.1 CE) (3)

Tal precepto impide, desde luego, que se considere a la persona humana desde una perspectiva meramente instrumental. Se quiere decir, sintetizando las concepciones, que el hombre es cosa sagrada para el hombre («homo sacra res homini», Séneca) y no lobo para el hombre («homo homini lupus», Hobbes).

De acuerdo con lo expuesto, por ejemplo, no cabe iniciar un proceso de donación de una persona viva sin estar ya fijado previamente el candidato a receptor, ni, aun conocido éste, vincularlo luego a otro receptor distinto, pues habría que volver en este caso a comenzar todos los trámites exigidos por la Ley del Trasplante (4).

En efecto, la Ley ordena, tratándose de donante vivo, que el destino del órgano extraído sea un trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, debiéndose informar al donante de los beneficios que se espera haya de conseguir el receptor (5).

(1) Una visión completa de la materia, en cuanto a la legislación se refiere, se puede ver en el libro *Trasplantes, reproducción asistida y hemodonación*, editado por el Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1991.

(2) En adelante, CE.

(3) El artículo 10.1 de la CE dispone lo siguiente:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.»

(4) Romeo Casabona CM: El derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: Principios rectores. *Revista General de Derecho*, núm. 582.

(5) Véase Ley, artículo 4º, apartado b, y 4ª, apartado d.

Como una derivación del precepto citado («el respeto a la Ley y a los derechos de los demás») surge, inevitablemente, el valor solidaridad, que impregna fuertemente todo el contenido de la regulación del trasplante. Además, el principio en cuestión resulta indirectamente del resto de los derechos y libertades que se enumeran a continuación.

Igualdad (art. 14 CE) (6)

La igualdad se proyectó en la desproporción que existe en el momento actual entre la oferta y la demanda, en los criterios para la distribución de los órganos (necesidad médica del receptor, probabilidad de éxito del trasplante, justificación adecuada del criterio, etc.) (7).

El derecho a la vida y la integridad física y moral (art. 15 CE) (8)

El principio descrito se proyecta en el ámbito del trasplante con especial intensidad en un triple ámbito. En primer lugar, respecto al donante vivo, ya que la extracción ha de ser compatible con su vida y no disminuir gravemente su capacidad funcional (9). En segundo lugar, en relación con la donación de cada ver, en cuanto que la posibilidad de la donación de órganos post-mortem no debe ser nunca el factor que decida cuándo una persona ha fallecido (10). O, dicho de otra forma, cualquier duda en la determinación de la producción de la muerte y de su momento ha de resolverse en favor de la persona que se encuentre en esa situación, con exclusión de cualquier otro interés, por muy importante y atendible que éste parezca (11). En último lugar, respecto al receptor, ya que su derecho a la vida o integridad física es lo que garantiza la realización del trasplante (12).

(6) El artículo 14 CE dispone lo siguiente:

«Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Este artículo hay que ponerlo en conexión con el 138.2 CE y los artículos 3, 10.1, 12, 16, 81 y 90.6 de la Ley General de Sanidad.

(7) Véase el documento emitido por la Comisión Permanente sobre trasplante de órganos y tejidos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo. Revista Española de Trasplantes, vol. 2 extraordinario, 1 junio 1993.

(8) El artículo 15 de la CE dispone lo siguiente:

«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

(9) Artículo 2, apartado b, del Reglamento.

(10) Véase el documento de la Comisión Permanente sobre trasplante, ya citado.

(11) Romeo Casabona, CM.⁸, en trabajo ya citado.

(12) Véase artículo 4.º, apartado b, de la Ley.

El derecho a la intimidad y a la propia imagen

(art. 18.1 CE) (13)

Esto se traduce, en relación con los trasplantes, en el anonimato y confidencialidad, tanto referido al donante como al receptor, salvo en los casos de donante vivo, en que el anonimato es virtualmente imposible.

El derecho a la protección de la salud

(art. 43 CE) (14)

La legislación sobre trasplantes trata de garantizar y conseguir tal finalidad.

Gratuidad

En último extremo, destacamos este principio, que se muestra como una derivación necesaria de las materias que tratamos. Constituye, en efecto, un lugar común la prohibición del comercio de órganos y tejidos (15). En tal sentido, basta con citar las recomendaciones específicas del Consejo de Europa (16) o los principios rectores sobre trasplantes de órganos humanos, aprobados por la Asamblea Mundial de la Salud (17).

REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

La complejidad de los problemas referentes al trasplante explica, como advertíamos anteriormente, que los países adopten diferentes soluciones para hacer frente a las cuestiones concretas que se plantean. Ahora bien, la facilidad de las comunicaciones (agudizadas por la enfermedad), así como la posibi-

(13) El artículo 18.1 de la CE dispone lo siguiente:

«Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.» Este artículo hay que conectarlo con el artículo 20.4 CE (la intimidad se recoge como límite para las libertades de expresión y comunicación); con los artículos 7.4 y 2.2 de la L.O. 4/82, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; con los artículos 10.1 y 10.3 de la Ley General de Sanidad de 14 de abril de 1986 y, por último, con lo previsto en la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

(14) El artículo 43 de la CE dispone lo siguiente:

«1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.»

(15) Véase el documento ya citado de la Comisión Permanente sobre Trasplante.

(16) Resolución (78) 29, de 11 de marzo de 1978.

(17) En concreto, la 44 Asamblea Mundial, en 13 de mayo de 1991.

lidad de desplazamiento de los órganos, ha llevado al Consejo de Europa a prestar una atención especial en lo referente a la armonización de las legislaciones nacionales. A tal efecto, en el año 78 (18) se dictó una resolución para que sirviera de guía a las distintas legislaciones nacionales. Puede decirse que la Ley española sigue sin modificaciones importantes la mencionada resolución. Más aún, en 1987 se publicó por el Ministerio de Sanidad y Consumo un estudio al respecto, a través de un cuadro comparativo, obteniéndose la conclusión de que la normativa española se adaptaba en un 90,9 % a la resolución del Consejo de Europa e incluso avanzaba en el desarrollo de los aspectos recomendados en el articulado de la misma, ampliando los contenidos en un ancho campo de materias (19). En fin, antes hemos mencionado los principios rectores sobre trasplantes de órganos humanos, aprobados el 13 de mayo de 1991 por la 44 Asamblea Mundial de la Salud.

Para el estudio, pues, del Derecho comparado nos remitimos a las referencias hechas, si bien, a propósito de algunos puntos concretos, haremos algunas especificaciones.

CUESTIONES RELATIVAS AL DONANTE VIVO

La mayor edad, la menor edad y el parentesco

Según nuestra legislación, el donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado para la extracción (20). El Reglamento, no obstante, admite, dadas las características biológicas regenerables de la médula ósea, su cesión por los menores de edad, previa autorización de sus padres o tutores (21).

Se separa, pues, nuestro Derecho de las normas de otros países (por ejemplo, Francia), que permiten que los menores puedan ceder sus órganos (por ejemplo, para un hermano enfermo).

En relación con esta cuestión pueden hacerse las siguientes consideraciones:

A) El fundamento de la prohibición radica, como es obvio, en que el menor o incapacitado puede sucumbir fácilmente a la presión moral de la familia.

Por lo demás, con carácter general, puede decirse que las legislaciones que admiten la donación de vi-

vo, así como el Consejo de Europa en la resolución citada o la Organización Mundial de la Salud en los principios rectores sobre trasplante de órganos humanos, contemplan con recelo esta modalidad, al mismo tiempo que exigen requisitos rigurosos que salvaguarden la situación del menor cuando se trate de tejidos regenerables. A esta posición descrita, de admisibilidad excepcional, pero con exigencias rigurosas, se ha sumado la Comisión Permanente sobre Trasplante de Organos y Tejidos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En conclusión, late siempre en el fondo de las donaciones de vivo la duda sobre la espontaneidad de la misma.

B) La utilización de donante vivo para trasplante se reduce a casos excepcionales cuando se favorece, como sucede en España, la donación de cadáveres. Por el contrario, si se obstaculiza la donación de cadáver, aumentan las donaciones de vivo (por ejemplo, algunos países escandinavos) (22).

C) Nuestras normas no exigen una relación de parentesco genético entre donante y receptor, a pesar de que parece que las donaciones más aceptables son aquellas que afectan a tejidos regenerables y que se efectúan entre individuos emparentados genéticamente. Esto quiere decir que se deja abierta la puerta a otras situaciones emotivas y difíciles (esposos, parejas de hecho). No obstante, hay en la legislación vigente suficientes cautelas y garantías para impedir cualquier situación anómala o abusiva (consentimiento del donante, autorización del Juez, del médico que ha de acreditar el estado físico y mental del donante y de la persona a quien corresponda dar conformidad para la intervención).

El consentimiento informado

La información y el consentimiento subsiguiente constituyen aspectos básicos para la obtención de órganos procedentes de donante vivo. El donante ha debido ser informado previamente de las consecuencias de su decisión. El estado de salud física y mental del donante, que permita la extracción del órgano, debe ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción, el cual informará al interesado sobre las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, de las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional y de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

El certificado médico correspondiente hará referencia al estado de salud del donante, a la información que le ha sido facilitada, a la respuesta y moti-

(18) Resolución ya citada.

(19) Véase el libro *Trasplante de órganos y tejidos en España (1987)*, Ministerio de Sanidad y Consumo. Dirección General de Planificación Sanitaria. Publicaciones, Documentación y Biblioteca.

(20) Véase artículo 4.º apartados a) y d), de la Ley, y artículo 2.º del Reglamento.

(21) Véase disposición final 2ª del Reglamento.

(22) Romeo Casabona, CM.ª, trabajo ya citado.

vaciones expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa sobre el mismo.

El consentimiento ha de manifestarse, además, por escrito ante el juez encargado del Registro Civil, en presencia de los médicos que han suministrado la información, incluido el médico que efectuará la extracción y la persona a quien corresponda dar la conformidad para la intervención.

No es válido, por tanto, el consentimiento obtenido por presión o coacción o por precio.

Por último, nuestro Derecho establece que el donante puede revocar el consentimiento en cualquier momento antes de la intervención, sin sujeción a formalidad alguna y sin que pueda dar origen a ningún tipo de indemnización (23).

Es importante destacar la amplitud de la información para la prestación del consentimiento, que excede, con mucho, de lo que exige la Ley General de Sanidad (24). En efecto, esta Ley establece que los usuarios tienen derecho, en términos comprensibles (modo de informar que ha de entenderse implícito en la Ley y en el Reglamento sobre trasplantes), a que se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, **sobre su proceso**, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento. Pero si se observa la información exigida y transcrita en materia de trasplante (y para el caso de donante vivo), se caerá en la cuenta de que desborda el marco del proceso sanitario para adentrarse en cuestiones personales, familiares, profesionales o psicológicas, que se refieren, además, a los beneficios que con el trasplante se espera que haya de conseguir el receptor.

Desde el punto de vista doctrinal está aquí presente la distinción entre tratamiento curativo y no curativo. Sin entrar ahora en matizaciones, se quiere decir que, frente al donante vivo, no estamos en presencia de un acto curativo, sino de un acto lesivo para su salud, aunque justificado en la medida en que se acomode a la Ley. Y es precisamente por esta razón por la que la información tiende a ser exhaustiva, no limitada (como en el proceso claramente curativo). Otros ejemplos de tratamiento no curativo se pueden encontrar, sin que ahora, como hemos dicho, nos adentremos en su análisis, en los ensayos clínicos con voluntarios sanos o en determinadas intervenciones de cirugía estética.

El anonimato del receptor

El Reglamento exige el anonimato del receptor, evitando -dice- cualquier información que relacione

directamente la extracción y el ulterior injerto o implantación (25).

Ahora bien, aunque el anonimato y la confidencialidad deben ser respetados, como regla general, tanto en lo que se refiere al donante como al receptor, hay que tener en cuenta que en el caso del donante vivo es virtualmente imposible (26). Por otra parte, se contradice tal obligación con los restantes requisitos enumerados, por lo que en la práctica no es cumplido, teniendo su principal aplicación en relación con la donación de cadáveres. En consecuencia, la doctrina ha tratado de reinterpretar el precepto en el sentido de que no ha de darse a conocer a terceros ajenos al proceso de trasplante su realización sin el consentimiento del receptor (por ejemplo, medios de comunicación). De esta suerte se podría armonizar el precepto con la Ley General de Sanidad, que exige la confidencialidad como regla general (27).

CUESTIONES RELATIVAS A LA DONACION DE CADAVER

La voluntad del fallecido

Una de las dificultades para la puesta en marcha del trasplante, en el caso de la donación de cadáver, reside en la correcta interpretación y aplicación de los textos legales y reglamentarios. En concreto, la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos pueden realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que tales fallecidos *no hubieran dejado constancia expresa de su oposición*. Esta oposición, o la conformidad, puede hacerse constar en la ficha de entrada, en un registro especial o por cualquier otro medio, sin sujeción a formalidad alguna, que será respetada inexcusablemente. Como hipótesis de excepción se establece que, cuando se trate de menores de edad o de pacientes con déficit mental, la oposición podrá hacerse constar por quienes ostenten la patria potestad, tutela o representación legal (28).

Desde el punto de vista teórico son varias las opciones que se ofrecen para regular esta materia:

A) Consentimiento expreso manifestado en vida (por antonomasia, Estados Unidos).

B) Consentimiento presunto, en el sentido de que si no hay oposición en vida se entiende que se está en favor del trasplante (por antonomasia, Austria).

(25) Véase artículo 2º, apartado e), del Reglamento.

(26) Véase el documento de la Comisión Permanente sobre Trasplante, ya citado.

(27) Romeo Casabona CM.⁹, en trabajo ya citado.

(28) Véase artículo 5.2 de la Ley y artículo 8 del Reglamento.

(23) Véase artículo 4.º de la Ley y artículos 3, 4 y 5 del Reglamento.

(24) Véase artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad.

C) Irrelevancia del consentimiento (nacionalización o socialización del cadáver, no seguido estrictamente por las legislaciones actuales).

D) Tesis intermedias entre la A) y la B), dando mayor o menor entrada a los familiares (Venezuela, por ejemplo).

Nuestro Derecho se ha apuntado, como hemos visto, a la tesis del consentimiento presunto. Por otro lado, tesis similar a la española es la acuñada por el Consejo de Europa y por la Organización Mundial de la Salud. Consecuencia de lo dicho es que numerosos países, principalmente europeos, se han inclinado por la misma teoría (Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Portugal...).

Se suele señalar que la tesis del consentimiento expreso conduciría al fracaso del trasplante, además de que, en el caso del trasplante del riñón, se requiere un potencial de donantes muy elevado, dadas las dificultades existentes para encontrar un donante y un receptor compatibles. La posición que sostiene la irrelevancia del consentimiento choca con aquellas culturas que, de una u otra forma, guardan el respeto a la memoria de los difuntos (29). Más discusión origina la tesis de la irrelevancia del consentimiento o permiso de los familiares del fallecido, que es la seguida por nuestro Derecho (salvo el caso del menor o deficiente psíquico). El documento de consenso de la Comisión Permanente del Trasplante acude, sin ambages, a la figura del permiso o autorización familiar, pero tal tesis (que insistimos no es la legal en España) choca con la necesidad de respetar la voluntad del difunto y no la de los familiares. En cualquier caso, si los familiares intervienen en el proceso (con la finalidad de acreditar la voluntad última del difunto) tendrán el carácter de testigos, pero no de autorizantes. Por otro lado, nuestra legislación se limita a decir que, siempre que las circunstancias no lo impidan, se informará a los familiares presentes en el centro sanitario sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, así como de la consiguiente restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria (30).

La voluntad del fallecido en caso de accidente

Dispone la Ley que las personas presumiblemente sanas, que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste, se considerarán, asimismo, donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del

(29) Véase el Código Penal, en su artículo 340, que condena la profanación de cadáveres cuando se falta al respeto debido a la memoria de los muertos.

(30) Véase el artículo 9.2 del Reglamento.

juez a quien corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de órganos no obstaculice la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte (31).

Son varias las cuestiones que plantea el precepto y que sintetizamos a continuación.

A) Se discute el alcance de la palabra accidente. En concreto, si por tal ha de entenderse el de circulación o cualquier otro en sentido amplio (nos inclinamos por una interpretación amplia, que es la que favorece el trasplante).

B) El fallecido, dice la Ley, es un donante si no consta la oposición expresa del mismo. El juez sólo debe investigar y comprobar si el fallecido se opuso expresamente a la donación de sus órganos. Damos aquí por reproducidos los párrafos que dedicábamos anteriormente a la cuestión de la intervención de los familiares.

C) La medida prevista por la Ley no va dirigida, como es obvio, al trasplante, sino a evitar que se malogre o frustre la aclaración del hecho de la muerte. Por último, no debe olvidarse que la persona a quien corresponde dar la conformidad para la extracción, según la autorización de que disponga el centro, es la que debe verificar que no consta oposición expresa.

CONCLUSION

A nuestro juicio, y como resultado de las cuestiones que hemos expuesto brevemente, la Ley de Trasplantes puede considerarse como una Ley moderna y avanzada, cuya vigencia en nuestro contexto social es incuestionable y que goza de amplias potencialidades hacia el inmediato futuro. Es en el ámbito reglamentario donde puede plantearse si sus dictados técnicos o procedimentales son los más adecuados al momento presente. Pero para el caso de que así se considerase, la necesidad de la modificación quedaría facilitada por la menor entidad de la medida.

Bibliografía

- Romeo Casabona, C. M.^a: *Los trasplantes de órganos*. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1979.
- De la donación al trasplante*. Aspectos legales, médicos y logísticos. Ministerio de Sanidad y Consumo. Secretaría General Técnica. Publicaciones, Documentación y Biblioteca. Madrid, 1987.

(31) Véase artículo 5.3 de la Ley.

ASPECTOS JURIDICOS DE INTERES

Trasplantes de órganos y tejidos en España (1987). Ministerio de Sanidad y Consumo. Dirección General de Planificación Sanitaria. Publicaciones, Documentación y Biblioteca.

Trasplantes. Volumen II, extraordinario, 1 junio 1993, editado por la Organización Nacional de Trasplantes.

Romeo Casabona C.M.^ª: El Derecho ante los trasplantes de órganos. La organización jurídica de los trasplantes de órganos en España: Principios rectores. *Revista General de Derecho*, núm. 582.

Romeo Casabona C.M.^ª: *El Derecho ante los trasplantes de órganos y muerte clínica del donante cadáver*, asistido por Eugenio Domínguez García licenciado en Derecho. Universidad de La Laguna, 1991.

Martínez Calcerrada L.: Los trasplantes de órganos y el Derecho Trabajo incluido en la obra *Derecho Médico*, coordinada por Luis Martínez Calcerrada, vol. I, pp. 456 y ss.

Nota: Los títulos reseñados contienen amplia bibliografía española y extranjera.