BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO, núm. 7, 1994

RESPETO A LA VOLUNTAD DEL FALLECIDO EN LA LEGISLACIÓN SOBRE TRASPLANTES DE ÓRGANOS

CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ*

1. INTRODUCCIÓN

Es de todos conocido que los grandes avances experimentados por la cirugía sustitutiva en los últimos años, han supuesto grandes posibilidades de actuación dentro de la ciencia médica, y por ende han llevado la esperanza de vida y curación de muchos pacientes que padecen lesiones irreversibles en alguna parte de su cuerpo. Cuando la lesión afecta a determinados órganos, a veces la única solución radica en sustituir los dañados por otros que no lo estén; es decir, realizar un trasplante.

Pero para que esto sea posible, no es suficiente que el estado actual de la ciencia médica permita la realización de estas intervenciones. Es necesario además disponer de un marco legal adecuado que permita llevarlas a cabo sin peligro de que los profesionales que las realizan puedan incurrir en responsabilidad, incluso penal; y por otra parte, las personas que deben ser intervenidas, bien en calidad de donantes o de receptores, lo sean con todas las garantías, tanto sanitarias, como de respeto absoluto a su voluntad, libertad y creencias de tipo religioso o ético.

A todas estas necesidades ha respondido la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre Extracción y Trasplante de Órganos (en adelante LTO) y el Real Decreto 426/80 de 22 de febrero de 1980 (en adelante R.D.).

Se ha derogado así la anterior legislación sobre la materia, representada fundamentalmente por la Ley sobre obtención de piezas anatómicas para

* Profesora Ayudante de D. Civil. UNED.

injertos de 1950. Esta normativa se había revelado insuficiente, desbordada por los avances de la ciencia médica, pues estaba pensada fundamentalmente para injertos y trasplantes de huesos, piel, cartílagos y ojos procedentes de cadáveres, y en la práctica impedía el trasplante de otros órganos. Por ello era necesario elaborar unas normas que respondieran a las actuales necesidades, haciéndose eco de una realidad social que no se podía ignorar.

En este trabajo se pretende analizar un aspecto muy concreto de la actual normativa: el respeto a la voluntad de la persona fallecida (donante de órganos según la LTO, si en vida no ha manifestado su oposición expresa a la extracción). En este tema se ha observado un cierto abandono por parte del legislador en su regulación, lo cual da lugar a una resistencia en cuanto a su aplicación práctica. Esto crea una situación verdaderamente llamativa de discordancia, por un lado entre la realidad judicial y hospitalaria, y por otro lo que en apariencia quería decir la Ley y lo que finalmente dice.

2. PRINCIPIOS DE LA LEY: NO NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO PARA LA EXTRACCIÓN CUANDO EL DONANTE HA FALLECIDO

A lo largo de toda la regulación se observa una gran preocupación por parte del legislador por facilitar la obtención de órganos. Para el logro de este objetivo, la LTO considera donante a toda persona fallecida, si en vida no hubiese declarado expresamente una voluntad contraria a la extracción (artículo 5.2 y 3 LTO). El silencio del interesado es interpretado por la LTO como voluntad de donar sus órganos. No es necesario una manifestación positiva del consentimiento; éste se presume, aunque admite prueba en contrario. Tampoco es necesaria la autorización de los familiares.

Esto contrasta notablemente con la minuciosa regulación que se hace del consentimiento del donante cuando éste es una persona viva. Aquí si es necesario que el donante preste su consentimiento de forma expresa, por escrito y en presencia de la autoridad judicial (artículo 4, apartados b y c de la LTO y 4 del R.D.). El principal objetivo del legislador en este caso, ha sido procurar que la donación sea un acto absolutamente libre y consciente, realizado a sabiendas de las posibles consecuencias que su decisión pueda acarrearle para su vida y su salud. Para ello convierte la cesión del órgano en un acto rigurosamente formal, dirigido a evitar la precipitación del donante en la medida en que ello va a suponer el tener que soportar una lesión irreversible en su organismo; es además un acto revocable (artículo 4 R.D.) [1].

[1] El último párrafo del citado precepto dice: «*Entre la firma de dicho documento (donde se presta el consentimiento para la ocasión del órgano) y la extracción del órgano deberán transcurrir, al menos, veinticuatro horas. El donante puede revocar su consentimiento en cualquier momento*

Sin embargo, cuando el donante ya ha fallecido, los bienes jurídicos que entran en conflicto no son la vida o salud de dos personas, como en el caso anterior, sino la vida o la salud de una persona por un lado, y la incolumidad del cadáver por otro. Ante esta disyuntiva, el legislador ha optado por dar preferencia a las primeras, aunque respetando la voluntad del donante, si fuera conocida, tratando así de armonizar los distintos intereses en pugna. En este sentido el art. 7 del R.D. garantiza el respeto absoluto de la libertad, intimidad, voluntad y creencias de cualquier clase de los interesados. Y en su art. 8 dice:

> «la oposición del interesado será respetada inexcusablemente, cualquiera que sea la forma en que se haya expresado».

Si esto fuese así en realidad, la opción del legislador sería absolutamente irreprochable, pues en apariencia el único destino del cadáver es su total descomposición, y parece más lógico permitir su utilización y el aprovechamiento de sus órganos, si con ello se puede salvar una vida humana, dando preferencia a este último destino, que al enterramiento del mismo en su integridad.

Sin embargo las cosas no siempre son lo que parecen, y por un lado a pesar de ese contundente mandato de respeto a la voluntad del fallecido, analizando detenidamente los distintos preceptos del R.D. y haciendo una interpretación sistemática de los mismos, se ve que en realidad ello no es así, como se tendrá ocasión de ver a continuación.

Por otro lado, no se tiene la seguridad de que mantener la integridad del cadáver de nada sirve. Como dice Soto Lamadrid:

> «el ser humano es una entidad compuesta, una delicada unidad psicosomática que basa su propia individualidad en la conciencia de existir y en esa variable capacidad de dar una justificación y un valor a los fenómenos que le rodean y a sí mismo» [2].

El hombre no es sólo materia, y nadie sabe qué ocurre con esa parte no material una vez fallecida la persona, así como los efectos que sobre la misma pueda tener la manipulación del cadáver.

3. CONSTANCIA DE LA VOLUNTAD

Como se ha señalado más arriba, el legislador parte del principio de respeto a la voluntad del fallecido. El artículo 7 del R.D. señala como principios

---

antes de la intervención, sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización».

[2] «El trasplante de tejidos y órganos humanos en la legislación española», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXV, Fasc. I. 1982, pág. 79.

informadores de esta legislación, además del altruismo y la solidaridad humana, el respeto absoluto de la libertad, intimidad, voluntad y creencias de los interesados. Hace hincapié en la misma idea el artículo 8.

Ahora bien, para respetar la voluntad de una persona es necesario conocerla. No hay que olvidar que en este caso se trata de la voluntad de alguien que ha fallecido, para lo cual es necesario que se haya expresado antes de la muerte. Aquí el primer problema que se plantea es saber dónde y cómo es posible hacer tal declaración.

En cuanto a la forma, ya se ha visto que el artículo 8 del R.D. dispone que se respete la voluntad «*cualquiera que sea la forma en que se hubiera manifestado*».

a) El testamento

En cuanto a dónde realizarla, al tratarse de declaraciones de voluntad para que produzca efectos *post mortem*, lo primero que a cualquiera se le ocurre pensar es en el testamento, puesto que éste es el acto por excelencia para recoger este tipo de declaraciones. Sin embargo, en este caso, no parece que sea lo más indicado por la rapidez con que es necesario proceder a la extracción para que los órganos sean viables [3], y la lentitud jurídica con la que nos encontramos para conocer el contenido de las disposiciones testamentarias. El Registro General de Actos de Última Voluntad no expide certificaciones de los testamentos otorgados, hasta transcurridos quince días de la fecha del fallecimiento del otorgante. Es evidente que para entonces ya se ha procedido a la inhumación del cadáver; y ello sin que haya podido conocerse la voluntad del testador en lo que al destino de sus restos se refiere.

Sin embargo no faltan autores que defienden la viabilidad de este medio para hacer tales declaraciones. En este sentido se manifiesta Saenz de Santamaría Vierna, quien además propone dos soluciones para obviar ese inconveniente: o bien que el Notario que autoriza el testamento expida un testimonio parcial del mismo; o que las autoridades sanitarias, en colaboración con las jurídicas, aprueben un modelo de tarjeta o parte que, una vez cumplimentado por el notario, revele la existencia de esa voluntad de donar órganos, o de su expresa negativa a cualquier donación de ese tipo [4].

---

[3] En Medicina un órgano se considera viable cuando una vez trasplantado es capaz de mantener con vida al receptor.

[4] «Donación de órganos y testamento», Revista Jurídica Española LA LEY, Madrid, 1986-3 pág. 914.

Esto significa que la única forma testamentaria que podría contener tales manifestaciones sólo podría ser la abierta, puesto que el notario desconoce el contenido del testamento cerrado, lo que le impediría dar testimonio de la cláusula en cuestión, y con el ológrafo el problema se agrava, pues en su otorgamiento no interviene el notario (naturalmente aquí nos estamos refiriendo sólo a los testamentos comunes por ser los más frecuentes).

b) Otros medios previstos en la Ley

El artículo 8 del R.D. dispone lo siguiente:

> «La oposición expresa del interesado a que, después de la muerte se realice la extracción de órganos u otras piezas anatómicas del propio cuerpo, podrá hacerse constar: 1) en la ficha de entrada en el servicio de admisión del centro sanitario; 2) en el registro especial que existirá obligatoriamente en el centro para este tipo de declaraciones de voluntad; 3) en la autorización o conformidad para la intervención quirúrgica; 4) o por cualquier otro medio sin sujeción a formalidad alguna».

El artículo 8 de la Resolución de 27 de junio de 1980, de la Secretaría de Estado para la Sanidad, por la que se desarrolla el Reglamento de la LTO, dispone lo siguiente:

> «En todos los centros hospitalarios autorizados para la extracción de órganos de fallecidos existirá un libro-registro de voluntades, tanto positivas como negativas, en relación con la posible donación de órganos de los pacientes que ingresen en dichos centros. El libro-registro tendrá caracter oficial y será facilitado por el Ministerio de Sanidad a los centros autorizados para realizar extracciones».

Como puede observarse, el único lugar que estas normas prevén –a excepción del punto 4 del art. 8 R.D.– para hacer tal manifestación de voluntad, es el propio centro sanitario. Ante esto, cabe preguntarse si todos los pacientes que ingresan en el mismo, y son posibles candidatos a donantes, están en condiciones de hacer alguna declaración.

Parece que no hay duda respecto de aquellos que vayan a ser intervenidos quirúrgicamente, y en la autorización para la misma declaren su voluntad de ser donantes, o de no serlo. Se podrá objetar a esto que plantearle a una persona que va a ser operada la posibilidad de que no salga con vida, puede no ser lo más adecuado, pero de lo que no hay duda es que si puede autorizar la intervención también puede declarar su voluntad al respecto.

Pero ¿se puede decir lo mismo de los que ingresan tras haber sufrido un accidente?. No se debe olvidar que los mejores candidatos a donantes son los fallecidos

en accidente de tráfico o laboral, es decir, aquellas personas que estando sanas sufren un traumatismo y fallecen a consecuencia de lesiones cerebrales, o que han padecido una hemorragia cerebral. Es ciertamente dudoso que estos pacientes cuando ingresan en un centro hospitalario estén en condiciones de declararse donantes u objetores. No obstante el artículo 8.2.d) de la Resolución de 1980 antes citada permite que la voluntad del finado sea manifestada por otra persona [5] en el registro de voluntades existente en el centro sanitario, a cuyo efecto dispone:

> «si la declaración no es hecha por el interesado se indicarán las condiciones y circunstancias en la que éste manifestó su voluntad» [6];

bien entendido que el declarante será sólo un simple transmisor o emisario del interesado; en ningún caso él será quien autorice o deniegue la extracción. Ahora

---

[5] De la lectura del art. 8 del R.D. sin embargo parece desprenderse que debe ser el propio interesado quien realice la declaración. Dice así: «*la oposición expresa del interesado a que después de la muerte, se realice la extracción de órganos u otras piezas anatómicas del* propio cuerpo, *podrá hacerse constar en la ficha de entrada en el servicio de admisión del centro sanitario, en el registro especial que existirá obligatoriamente en el centro para este tipo de declaraciones de voluntad, en la autorización o conformidad para la intervención quirúrgica o por cualquier otro medio sin sujeción a formalidad alguna.*

La oposición del interesado, así como su conformidad si la desea expresar (el interesado, no otra persona por él), *podrá referirse a todo tipo y clase de órganos o piezas anatómicas o solamente a algunos de ellos, tales como los que alteran manifiestamente la propia imagen o los que solamente persiguen fines no terapéuticos, científicos o de experimentación. Tal declaración de voluntad será respetada inexcusablemente, cualquiera que sea la forma en que se haya expresado.*

Cuando se trate de menores de edad o pacientes con déficit mental, la oposición podrá hacerse constar por quienes ostenten la patria potestad, tutela o representación legal».

En este último párrafo parece que se está excepcionando la regla general según la cual la oposición debe ser hecha por el propio interesado, debido a que parece que se considera que son personas sin capacidad para realizarla, por lo que se permite que sus representantes legales puedan hacerlo en su lugar. Respecto de la falta de capacidad de los menores para hacer tal declaración habría mucho que decir, pero no vamos a entrar en ello por no ser este el objeto del trabajo y no alargarlo en exceso. Basta sólo apuntar que la Disposición Final 2ª del R.D. permite a los menores de edad ser donantes vivos de médula ósea. Siendo esto así, parecería un contrasentido que no se permitiese hasta la mayoría de edad declararse objetor o donante para cuando ocurra el fallecimiento, pues en este caso no tiene ninguna trascendencia para la vida o salud del donante, en contra de lo que ocurre cuando éste es una persona viva.

[6] El párrafo 2 del citado precepto dispone: «*El director del Centro autorizará con su firma y expresará su conocimiento de cuantas manifestaciones se registren en dicho libro. El libro-registro tendrá hojas numeradas y rubricadas por el director del establecimiento representante y constará de los apartados siguientes: a) Nombre, apellidos y dirección de la persona hospitalizada. b) Nombre, apellidos y condición del declarante. c) Indicaciones relativas a la negativa para la extracción de órganos con destino a trasplantes, o en su caso, a la aceptación de la misma, especificándose si se refiere a todos los órganos o a alguno en particular. d) Si la declaración no es hecha por el interesado se indicarán las condiciones y circunstancias en las que éste manifestó su voluntad. e) Descripción de todos los documentos escritos y elementos relativos a la manifestación de la voluntad. f) Fecha y hora de la declaración. g) Firma del declarante*».

bien, ¿cómo tener la seguridad de que esa persona está manifestando en realidad la voluntad del fallecido y no la suya propia? Este sistema permite que la voluntad del donante pueda ser sustituida con facilidad por cualquier persona.

Por otro lado, no se debe olvidar las circunstancias en que esa declaración tendrá que producirse: una persona ingresa a un familiar en un hospital por urgencias, generalmente en estado de coma, y mientras éste está recibiendo asistencia médica, aquél se dedica a leer los folletos y anuncios informativos existentes al efecto en el centro sanitario (artículo 10 de la Resolución del 80) [7], para acto seguido pedir el registro de voluntades y hacer la citada manifestación, por si acaso. No parece muy realista suponer que en momentos tan difíciles como el descrito anteriormente, alguien piense en otra cosa que no sea si el hospitalizado logrará o no salvar su vida; y esto sin tener en cuenta que la mayoría de las veces la familia no sólo no contempla la posibilidad de un fallecimiento, sino que incluso se niegan a admitirlo cuando ya es un hecho consumado. En estas circunstancias difícilmente se va a tener la cautela de hacer la correspondiente declaración, aún en el caso de que la voluntad del finado fuese conocida por la persona a quien correspondería hacerla. A la vista de todo esto, tal vez no resulte exagerado decir que la mayoría de los posibles donantes no habrá tenido la oportunidad de manifestar que no quieren serlo, a pesar de esa declaración de absoluto respeto por parte del legislador.

Queda sin embargo otra posibilidad; el punto 4 del art. 8 del R.D., que permite oponerse a la extracción *«por cualquier otro medio sin sujeción a formalidad alguna»*. Esto significa la posibilidad de declarar la voluntad bien por documento, público o privado; o incluso oralmente, a cualquier amigo o familiar. Pero aquí surge otro problema, ¿adónde acudir para averiguar si el interesado hizo alguna manifestación? Con el artículo 8 en la mano, debería consultarse con todos los familiares, amigos, e incluso conocidos del finado, puesto que la fórmula que utiliza es amplísima. Sin embargo, esto no es posible dada la necesidad de proceder con la mayor rapidez.

Tratando de solucionar este problema, el artículo 9 del R.D. dispone lo siguente:

> «Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos, el facultativo a quien corresponda dar la conformidad para la intervención deberá realizar las siguientes comprobaciones: examen de

[7] Artículo 10: «*En todos los Centros hospitalarios autorizados para la extracción de órganos de fallecidos para la realización de trasplantes se colocarán, en el servicio de admisión, anuncios bien visibles de tales circunstancias y se distribuirán folletos donde se explique con claridad los fines humanitarios y los beneficios que se derivan de los trasplantes de órganos realizados bajo el principio de solidaridad social, aunque especificándose también con claridad el respeto a la libertad, intimidad y creencias de cada individuo*».

la ficha de entrada en el servicio de admisión del centro sanitario; examen del registro especial existente en dicho centro para esta finalidad; información sumaria sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario; examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo».

En consonancia con el principio de respeto a la voluntad que inspira la legislación, este precepto impone la obligación de indagar cual sea ésta. Ahora bien, si el artículo 8 no parecía muy obsequioso con la voluntad del interesado (excepción hecha del punto mencionado en cuarto lugar) en cuanto que no proporcionaba los medios adecuados para manifestar su oposición a la extracción, el artículo 9 es más restrictivo todavía. En sus tres primeros puntos, las comprobaciones se limitan al ámbito del centro hospitalario; ya se han señalado las escasas posibilidades que tienen los pacientes de declarar aquí su voluntad, pues la mayoría de las veces no estarán en condiciones de hacerlo. El punto 4 del precepto objeto de comentario impone examinar los efectos personales del finado; teniendo en cuenta que no existe ningúna oficina o registro, a parte del existente en el propio centro, donde a los interesados se les expida algún carnet o documento que le acredite como donante u objetor, las posibilidades de que entre sus efectos personales no se encuentre nada que pueda indicar cual es el deseo del fallecido son muy elevadas.

No se impone la obligación de consultar a los familiares, ni aunque estén presentes en el centro sanitario; si esto fuese así resultaría más coherente, pues se permitiría que la voluntad fuese respetada aunque se manifestase sin sujeción a formalidad alguna como prescribe el artículo 8. Tal vez esta omisión se deba a que existe la posibilidad de que los familiares, o cualquier otra persona, hagan la citada declaración en el libro-registro del hospital. De todas formas ya se ha visto en qué circunstancias es necesario realizarla, lo que hace que raras veces se recurra a ello. Además si la única posibilidad que los familiares tienen de manifestar la voluntad del finado es a través del registro, no es cierto que exista libertad de forma.

El punto 4 de este último precepto, que es el que más posibilidades ofrece, queda en gran parte sin efectividad; aunque se hubiese manifestado la voluntad a un pariente, sería ignorada, salvo si éste hubiese tenido la precaución o la suficiente entereza para hacer la declaración en el registro antes de que aquél falleciera, pues el facultativo no tiene la obligación de consultarle directamente antes de proceder a la extracción, pero sí debe consultar el registro.

4. INTERVENCIÓN DE LOS FAMILIARES

Pero esto no es todo. El último párrafo del artículo 9 dice lo siguiente:

> «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».

Todo parece indicar que lo que aquí se está haciendo es consagrar la incautación del cadáver basándose en el estado de necesidad. Pues no se dice que a los familiares se les informe que, tras haber efectuado las comprobaciones que el mismo artículo prescribe en su párrafo 1°, y no haber constancia de la oposición del fallecido, o que dado que era portador de un carnet de donante, se va a proceder a la extracción. Esto sería mucho más coherente con los principios que el legislador «dice» que informan estas normas. En el primer caso estaría plenamente justificado, puesto que la LTO en su artículo 5 establece la presunción de que todo fallecido es donante si no ha dejado constancia expresa de su oposición. Y en el segundo, porque existe constancia escrita del interesado manifestando su voluntad de ser donante.

Pero esto no es lo que dice el tan citado artículo 9; sólo manda que se informe a los familiares, si es posible, de que es «necesario» y se va a proceder a la toma de los órganos del finado. En ningún momento se prevé que se les consulte, por si ellos pudieran conocer cual era su voluntad en este sentido. La extracción se da como cosa hecha, y poco parece importar si el difunto en vida manifestó o no su voluntad; claramente se prescinde de ella. Parece como si en este artículo se hubiese quitado la máscara, y todas las posibilidades que en otros precedentes se conceden de cara a que la voluntad individual de las personas sea observada, se van eliminando una tras otra, hasta quedar convertidas en meras declaraciones de principios, pero sin efectividad práctica.

Ante este estado de cosas no cabe si no llegar a una conclusión: a pesar de la amplitud y generosidad con que en apariencia el legislador impone que la voluntad de los interesados sea respetada, esto en realidad no es así; y no lo es porque no se ha previsto la creación de una oficina o registro [8] –fuera del hospital– donde cualquier persona pueda emitir su declaración en cualquier momento, sin tener

---

[8] En este sentido se había manifestado ROMEO CASABONA en «Los trasplantes de órganos», Ed. Bosch, Barcelona 1978, pág. 76: «*es muy importante al respecto, la creación de un Registro Central de Objetores, al cual tengan acceso los médicos, familiares, etc. antes de proceder a cualquier extracción, donde consten aquellas personas que se hayan opuesto en vida a donar cualquier parte de su cuerpo*».

Este mismo autor («La Ley de trasplantes y sus repercusiones sociales», Revista Jurídica Española «LA LEY». Madrid, 1982-I, pág. 790) señala tres procedimientos de manifestación de la oposición a la extracción; el primero consistiría en permitir que la oposición se hiciese constar en el D.N.I.; el segundo, en la constitución de un registro central de objetores, y que debería ser consultado obligatoriamente por los equipos médicos antes de iniciar la extracción; y el tercero, aportar en el centro hospitalario donde ingrese el posible candidato a donante un escrito o declaración de voluntad en el que se haga constar la negativa. Podría ser aportado por el propio interesado (lo considera infrecuente) o por cualquier otra persona que estuviera en posesión del mismo.

que esperar a ingresar en un centro hospitalario; en este caso para que se considere donante idóneo [9], lo más probable es que no esté en condiciones de hacer ninguna declaración, dado que la mayoría de las veces llegará en estado de coma.

Vicente Moya Pueyo es muy explícito al decir «*si nos fijamos se ha ido en la práctica a la verdadera socialización del cadáver*», a la vez que reconoce que por vía legislativa va a ser muy difícil avanzar más en cuanto a las facilidades que se dan para la obtención de órganos [10].

Ésta es una aspiración muy loable, pero no a costa de ignorar absolutamente la voluntad de los propios interesados. El reglamento garantiza el respeto a la voluntad y creencias si bien en la práctica (al menos la que la LTO consagra, ya veremos si se cumple) ello no acontece de la misma manera, pues ya se ha visto lo restrictivo que resulta el artículo 9.

Creemos que se trata de un tema en el que se debe ser absolutamente respetuoso y prudente, entre otras cosas por el gran desconocimiento que existe respecto a lo que acontece tras el fallecimiento de una persona y cómo puede afectar a ese proceso la manipulación del cadáver, y el hecho de tener que mantenerlo artificialmente con vida sectorial para que los órganos se conserven en buenas condiciones; el cadáver es utilizado como almacén de sus propios órganos y la desconexión del respirador, como dice Soto Lamadrid se convierte en un problema de oportunidad [11].

5. INTERPRETACIÓN SOCIÓLOGICA

Hasta ahora hemos visto el sistema adoptado por la Ley de cara a proceder a la obtención de órganos [12]. De entre los distintos criterios que podían haberse

---

[9] ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, Javier («Extracción múltiple de órganos. Preservación y transporte» en el volumen «Aspectos Jurídicos y Médico-legales en la donación y extracción de órganos para trasplantes», Ministerio de Sanidad y Consumo, Dirección General de Planificación Sanitaria. Madrid 1986. Pág. 49) señala los criterios de selección de posibles donantes. Para que se considere donante idóneo debe reunir los siguientes requisitos: edad (4-55 años); ausencia de neoplasia excepto en piel y cerebro; ausencia de sepsis, hepatitis, antígeno positivo, la neumonía puede ser concordante con los donantes renales y pancreáticos; no tener enfermedad renal aguda o crónica; no tener hipertensión establecida; ausencia de historia reciente de drogas intravenosas; ausencia de historia de sífilis; ausencia de infección urinaria; no tener lesión intestinal tras trauma, entre otros. Según esto, los únicos donantes posibles son los fallecidos en accidente a consecuencia de lesiones cerebrales, con lo cual difícilmente podrán hablar.

[10] «Ley de Trasplantes», en el volumen «Aspectos jurídicos y médico-legales en la donación y extracción de órganos para trasplantes», Ministerio de Sanidad y Consumo, Dirección General de Planificación Sanitaria, Madrid, 1986, pág. 30.

[11] Cit., pág. 101.

[12] Las legislaciones pueden adoptar distintos sistemas según la importancia que en cada

seguido, el legislador ha optado por el de no constancia de oposición, presumiendo así una voluntad favorable a la donación si el interesado, en vida, no manifestó lo contrario, pero respetando absolutamente la voluntad del finado si antes de la muerte se hubiese opuesto a la extracción. Al menos esto es lo que formalmente dice la Ley [13], pero, a poco que se profundice en su estudio, se llega a la conclusión de que el sistema consagrado en realidad es el de irrelevancia de la voluntad privada. Ahora se trata de ver si esta situación instaurada legalmente es práctica habitual en hospitales y juzgados; si realmente se extraen órganos haciendo uso de todas las posibilidades que la LTO concede para ello.

Es de todos conocido que la Ley debe recoger la realidad social, y efectivamente nuestra Ley de trasplantes no sólo ha recogido esa realidad, propiciando por vía legislativa la realización de unas intervenciones –los trasplantes– que por el estado actual de la ciencia médica habían dejado ya de ser una simple posibilidad al haber abandonado el campo de la experimentación, para convertirse en una auténtica modalidad terapéutica, sino que además ha respondido a una verdadera necesidad social, pues se estaba pidiendo a voces la actualización de la citada legislación para adecuarla a la realidad del momento.

Sin embargo, es más dudoso que recogiese esa realidad al convertir en donante a todo fallecido prescindiendo de su voluntad, e ignorando totalmente los deseos de la familia.

Ya Romeo Casabona había llamado la atención sobre este punto y recomendado la adopción de un sistema que permitiese respetar la voluntad del interesado, a la vez que facilitase la obtención de órganos [14].

---

país se le dé a la voluntad del fallecido o de sus familiares. Cabe destacar los siguientes: a) el de la voluntad expresa del difunto, según el cual es requisito previo para la extracción que el difunto hubiera manifestado en vida su consentimiento expreso; b) el del consentimiento del difunto o de sus familiares, según el cual, si el difunto no manifestó en vida su voluntad a favor de la extracción o en contra, pueden ser los familiares los que se pronuncien de forma subsidiaria; c) el de no oposición del difunto o de sus familiares, en el que basta con que el difunto no hubiese declarado en vida su voluntad contraria a la donación para que se le puedan extraer los órganos, y los familiares pueden suplir el silencio del interesado; d) el de falta de oposición del difunto), en el cual sólo el difunto puede oponerse en vida a que se le extraigan los órganos y si no lo hace se presume su voluntad de donar; y e) el de la irrelevancia de la voluntad privada, que prescinde absolutamente de la voluntad del difunto o de sus familiares en aras de las necesidades de la salud colectiva.

[13] GORDILLO CAÑAS («Trasplantes de órganos: pietas familiar y solidaridad humana), Ed. Cívitas, Madrid 1987, pág. 81), en relación con esta cuestión dice que «*La opción por el sistema de no constancia de oposición expresa favorece los trasplantes respetando –teóricamente, al menos– la voluntad y libertad del donante*».

[14] «Los trasplantes...», cit. pág. 74.

El legislador, en un intento de facilitar al máximo el logro de este objetivo, ignoró aquella voluntad hasta el punto que ni siquiera recoge la conveniencia de consultar con los familiares cuando no conste la voluntad del fallecido; no para que éstos presten su consentimiento, pues ellos nada tienen que autorizar, sino para tratar de averiguar si el finado les había hecho partícipes de sus deseos en cuanto al destino de sus restos mortales; este descuido de la voluntad privada por parte de la Ley se ha traducido en su ineficacia en este punto; pues en la sociedad española están profundamente arraigados, formando parte de nuestras normas de cultura, unos sentimientos de culto y respeto a la memoria de los muertos, lo cual se traduce en el respeto y cumplimiento de su última voluntad.

Ante el peso de esta tradición y el respeto al dolor de los familiares, dolor que se incrementa si tenemos en cuenta que en la mayoría de los casos se trata de personas muy jóvenes que fallecen de forma inesperada, los médicos son reacios a practicar una extracción sin contar con la familia; y de hecho no se procede nunca sin que esta previamente lo haya autorizado, a pesar de que la Ley en ningún momento les menciona. La única voluntad a la que se concede una cierta relevancia en la Ley, es a la del propio donante.

Esta actitud del personal sanitario no sólo es comprensible, como conocedores que son de esta triste realidad, si no que incluso tiene apoyo legal; ya hemos visto el artículo 8 del R.D. que permite realizar la oposición a la extracción sin sujeción a formalidad alguna, y esta consulta a los familiares puede estar justificada como intento de averiguar la voluntad del fallecido, subsanando de esta forma la injustificada omisión del artículo 9.

El problema es que se procede de esta manera aunque la víctima sea portador de un carnet de donante, y esto significa ignorar absolutamente la voluntad del interesado, única a la que debería atenderse [15]. Con este proceder se permite que otras personas antepongan sus sentimientos y creencias a las del verdadero interesado y para esto no se encuentra justificación ni en la Ley, ni en nuestras normas de cultura.

a) Autorización judicial

El artículo 5.3 LTO exige, para proceder a la extracción de los órganos de un fallecido en accidente, que conste la autorización del Juez al que corresponda el

[15] En este sentido GORDILLO CAÑAS, cit. págs. 88 y 89, señala que sólo el propio sujeto puede destinar su cadáver a un destino distinto al normal (fines científicos o terapéuticos). La voluntad dispositiva del sujeto respecto al destino de su cadáver vincula a sus familiares, y que esa voluntad no puede ser suplida por éstos cuando se trata de dar al cadáver un destino distinto al normal.

conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en los casos en que la obtención de los órganos no obstaculice la instrucción del sumario por estar debidamente justificadas las causas de la muerte.

La autorización judicial se prevé únicamente para evitar que la extracción pueda impedir la toma de muestras que de una forma u otra obstaculice el esclarecimiento de los hechos, dando prioridad al normal funcionamiento de la administración de justicia. No es discrecional, y por la dicción del precepto parece que lo único que debe comprobarse para concederla o no, es si perjudica la instrucción del sumario [16].

Sin embargo en la práctica se exige para su concesión, entre otras cosas, acreditar que no existe constancia expresa por parte del donante a su negativa a la extracción [17]. Ya se han señalado las dificultades existentes para manifestar tal oposición por la inexistencia de una oficina o registro que centralice tales declaraciones. Ante esto, la única forma de obtener la preceptiva autorización judicial es acreditando que los familiares consienten la donación. Con lo cual, una vez más nos encontramos que la voluntad de éstos sustituirá a la del interesado. De todas formas, la consulta a los familiares por el Juez se hace no para pedir su consentimiento, pues la Ley no lo exige, sino

> «para averiguar como más próximos y como más conocedores de si existe o tenía el potencial donante, algún inconveniente, bien por sus creencias religiosas o por cualquier otra voluntad sin explicación alguna expresada ante ellos» [18].

El problema de consultar a los familiares es que nunca se puede tener la certeza de que están manifestando la verdadera voluntad del fallecido y no la suya propia.

De todas formas, ya hemos visto que esta actuación encuentra su justificación en la Ley, artículo 8 R.D., mitigando en la práctica la rigidez de la norma, al hacer caso omiso del artículo 9. Así, mediante una adecuada interpretación de la Ley, se procede con plena adecuación a nuestras normas de cultura, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3 del Código civil, que señala entre los distintos criterios de interpretación de las normas jurídicas, el sociológico al disponer que

> «las normas se interpretarán (...) según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»,

---

[16] En este sentido, GORDILLO CAÑAS, cit., pág. 74, declara que «*La autorización judicial ni controla, ni complementa, ni suple el acto dispositivo de voluntad privada; es simple requisito destinado a priorizar la instrucción del sumario. En este sentido tampoco es discrecional*».

[17] ARROYO URIETA, G. y FERNÁNDEZ SANROMAN, J., «Aspectos médico-legales de la extracción y trasplantes de órganos», ACTUALIDAD CIVIL nº 31, 27 julio-2 agosto 1987, pág. 1.882.

[18] MENÉNDEZ REXACH, en el volumen «Aspectos jurídicos y médico-legales en la donación y extracción de órganos para trasplantes», cit., pág. 97.

y todo parece indicar que en la actualidad un sistema que permita la extracción de órganos sin contar con la autorización del interesado o en su defecto de los familiares encontraría resistencia en su aplicación práctica [19].

Sin embargo, la práctica habitual en los centros sanitarios [20], y en algunos órganos jurisdiccionales es que, aún existiendo voluntad expresamente declarada del fallecido (caso de un donante con carnet), se consulte con los familiares; si estos manifiestan una voluntad distinta, esta es la que prevalece [21]. Esto no sólo es injustificado sino además criticable, sobre todo teniendo en cuenta que, según revelan algunas encuestas, los familiares tienden a no permitir la manipulación del cadáver aún a sabiendas de que otro era el deseo del finado.

Es cierto que forma parte de nuestra cultura el culto y veneración del cadáver, pero no es menos cierto que tambien existe una gran tradición jurídica y social que impone respetar y cumplir la última voluntad de un fallecido cuando ésta ha sido declarada. Todo el derecho de sucesiones gira en torno a la averiguación, interpretación y respeto de esa voluntad, hasta el punto de considerar

---

[19] ROMEO CASABONA («La Ley de trasplantes...», cit., pág. 789), se plantea, ante el recelo con que ha sido acogida la fórmula de la no constancia de oposición, si no hubiese sido más aconsejable partir del criterio legal de la donación personal voluntaria, es decir, del acto positivo de donar órganos.

[20] Como ejemplo de práctica hospitalaria, véase el artículo «Donantes de vida» publicado en el diario EL PAÍS de 4 de diciembre de 1994, en la sección DOMINGO. Rafael MATESANZ, coordinador nacional de trasplantes declara: «*Aunque la Ley española convierte en donantes potenciales a todos los fallecidos, la Organización Nacional de Trasplantes pide siempre el consentimiento familiar antes de proceder a una extracción. Aunque el fallecido guardara en su bolsillo el carnet de donante. El rechazo que produciría en la sociedad –lo dicen las encuestas, lo saben los coordinadores del trato diario con las familias– una extracción forzada nunca compensaría*».

[21] El Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Memoria de la actividad de trasplantes en España durante 1991. Ministerio de Sanidad y Consumo, pág. 37) ha declarado que: «*La mesa aprobó las siguientes conclusiones: (...). 4. En materia de consentimiento de los familiares, las mesas estiman, que aunque el artículo 5.3 de la Ley citada no lo exige, tampoco lo excluye y que en el estado actual de nuestra cultura social será contraproducente imponer a los familiares una extracción o trasplante no deseado, incluso aunque la víctima, en vida, hubiera autorizado la extracción y fuera por tanto donante expreso*».

Según MENÉNDEZ REXACH (Opiniones vertidas en el panel coloquio tras la mesa redonda celebrada en la sede de los juzgados, el 3 de octubre de 1985, sobre «Aspectos jurídicos y médico-legales en la donación y extracción de órganos para trasplantes». En el vol. del mismo título del Ministerio de Sanidad, ya citado, pág. 99), «*Si los familiares posteriormente manifiestan ante la presencia judicial, que a ellos les consta que posteriormente (con posterioridad a la adquisición del carnet de donante por el difunto) se ha negado o no quería realizar el trasplante pese a que en un momento determinado dió la autorización, debe primar esta última manifestación*».

Ante esto la pregunta obligada es la siguiente: ¿por qué el difunto llevaba el carnet de donante en la cartera si había cambiado de opinión al respecto?. Parece que no tiene mucho sentido que tras arrepentirse de haberse hecho donante se dedique a contar a sus familiares el cambio de opinión y sin embargo conserve el carnet que le acredita como tal, con lo sencillo que resulta sacarlo de la cartera.

que tal voluntad es la Ley de la sucesión. Pensemos por ejemplo en el artículo 675 del Código Civil relativo a la interpretación de los testamentos; el artículo 902.3 del mismo cuerpo legal, impone a los albaceas, entre otras obligaciones, la de sostener su validez (del testamento) en juicio y fuera de él, y esto no es otra cosa que defender e imponer el cumplimiento de la voluntad del testador. Si esto es así cuando se dispone de los bienes o se hacen otras manifestaciones en testamento, como por ejemplo nombrar tutor a los hijos menores (arts. 223, 224 y 234 Cc), ¿por qué razón cuando se dispone del propio cuerpo para cuando ocurra el fallecimiento, se ignora tan absolutamente la voluntad del interesado, permitiendo que sea sustituida por la de otras personas?

El artículo 747 del Código Civil permite al testador disponer de sus bienes para obras piadosas en beneficio de su alma. ¿Es que acaso no puede considerarse una obra piadosa el disponer de todo o parte de su cuerpo, cuando al propietario ya de nada le sirve, para salvar otras vidas? ¿Por qué dar a los familiares la oportunidad de impedir la realización de un último gesto de solidaridad y altruismo al finado, anteponiendo sus propios sentimientos?.

O también puede ocurrir que el fallecido, por sus creencias religiosas, o de cualquier otra índole, sea contrario a la manipulación del cadáver. ¿Por qué permitir que un familiar pueda autorizar una extracción no deseada por el difunto? ¿Porque se piensa que ya de nada le sirve su cuerpo?. Con esta actitud se está considerando únicamente lo que de somático o material tiene el ser humano, olvidando que estamos en presencia de una entidad compuesta. Tal vez este olvido se deba al gran desconocimiento que existe de la otra mitad que forma ese gran complejo que es el hombre.

Ante esta situación lo más prudente es permitir que cada cual decida su propio destino, incluso para después de su muerte en función de sus creencias; ello supone poner a disposición de los ciudadanos los medios necesarios para que esto sea posible, evitando de esta forma la intromisión de voluntades ajenas. En caso de que alguien teniendo posibilidades reales de hacerlo, no manifestase su voluntad, sería perfectamente admisible una presunción legal interpretando este silencio en sentido favorable a la donación en aras de la salud colectiva.

Como se desprende del desarrollo del presente trabajo, la situación actual puede resumirse de la siguiente manera: la LTO consagra el sistema de considerar donante a todo fallecido si en vida no hubiese manifestado una voluntad contraria a la extracción (art. 5 LTO). En caso de que el interesado se hubiese opuesto, los artículos 7 y 8 del R.D. imponen que se respete inexcusablemente su voluntad. Ahora bien, no existe un lugar donde puedan hacerse tales declaraciones. Lo único previsto en la Ley para ello son los libros-registro que deben existir en todos los hospitales autorizados para efectuar extracciones, pero las posibilidades de que puedan ser utilizados por donantes en potencia son más bien escasas; éstos generalmente ingresan en estado de coma.

Queda la posibilidad de que se hubiese manifestado esa voluntad a algún familiar, algo perfectamente admisible al amparo del artículo 8 R.D. que no exige la observancia de una forma determinada, ni que se realice en presencia de autoridad para su eficacia. Sin embargo el artículo 9 R.D. al enumerar las comprobaciones que deben hacerse para indagar la voluntad del interesado, no prevé la consulta de familiares. Tales comprobaciones se limitan al ámbito del hospital; dado que la mayor parte de las veces las condiciones en que son ingresados no les permitirá emitir ninguna declaración, la conclusión a la que se debe llegar es que tal voluntad es indiferente, consagrando de esta forma la incautación del cadáver.

En la práctica hospitalaria, sin embargo, nunca se procede sin contar con una autorización; pero también hay que decir que rara vez es la del fallecido. La única voluntad que se respeta es la de los familiares de la víctima y ello aunque este sea portador de un carnet de donante. Si consta el deseo del interesado y consultados sus familiares estos manifiestan una voluntad distinta, esta es la que prevalece. El cumplimiento de la voluntad de aquél queda a merced de estos.

No deja de ser curioso que la Ley sólo tome en consideración la voluntad del posible donante, ignorando absolutamente la de su familia, y en la práctica esta sea la única que se observa, ignorando la que en verdad debería cumplirse.