

LA NUEVA LEY SOBRE TRASPLANTE DE ORGANOS

Javier Hervada

Escribo este comentario apenas transcurridos unos días desde la publicación de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en el *Boletín Oficial del Estado*. No quiero decir con esto que vaya a improvisar, pues el de los trasplantes es un tema que me ha interesado desde hace mucho y sobre él hace algún tiempo escribí un estudio no precisamente corto¹. Quiero decir, en cambio, que lógicamente faltará a estas líneas la mayor perspectiva que la experiencia de la aplicación de la ley siempre proporciona.

No es esta una observación inútil, porque una de las cosas que fácilmente se advierte en su lectura, es que la ley deja bastantes cabos sin atar. ¿Generalidad buscada o servidumbre de la negociación parlamentaria?

Seguramente ambas cosas a la vez. En cualquier caso, todo parece indicar que, más que ofrecer una regulación detallada de los trasplantes, lo que ha querido hacerse es dar un nuevo giro al tratamiento legal de la cuestión. De una normativa muy cauta —desde 1950, fecha de la ley derogada, hasta hoy las técnicas de trasplante han evolucionado grandemente—, se ha querido pasar a una legislación que facilite al máximo esta terapéutica, sin descender a demasiados detalles.

1. J. HERVADA, *Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo*, en «Persona y Derecho», II (1975), págs. 195-254.

Dando un juicio rápido y global de la nueva ley, puede decirse que la amplitud de cauces ofrecidos tiene la ventaja de facilitar a la Medicina muchas posibilidades de moverse en esta materia, sin peligro de que la ley sea obstáculo a legítimas actuaciones terapéuticas. A la vez —al prestarse esa amplitud a fáciles abusos— pone de relieve que la ley no es separable de la ética profesional; o en otras palabras, que la legalidad no abarca todo el campo de la moralidad. Esta ley, en concreto, sólo dará buenos frutos si se usa en conexión y bajo la guía de los principios morales y deontológicos.

1. *El principio de gratuidad.* El art. 2 de la ley establece por dos veces el principio de total y absoluta gratuidad, no de la operación de trasplante, sino de la cesión del órgano a trasplantar, sea entre vivos o de muerto a vivo: «No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos (...). En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado».

Se intenta con ello prevenir dos tipos de abusos. Por una parte, la incitación a ceder órganos que podría provenir, bien del afán de lucro, bien de la necesidad económica del donante (en caso de donante vivo) o de sus familiares (extracción de órganos de personas fallecidas). Por otra parte, se previene el abuso contrario: la exigencia de compensaciones exorbitantes y abusivas por parte del donante prevaleciéndose de la necesidad del enfermo. Se trata, en suma, de evitar toda mercantilización, que en caso de existir entraría en el campo de la ilegalidad y de la inmoralidad.

Pero, aparte de estas plausibles razones, hemos de ver en esta disposición —me parece— el reconocimiento de un principio de justicia. En efecto, si se trata de trasplantes de muerto a vivo, hay que considerar el hecho fundamental de que el cadáver es una *res nullius*, nadie es su propietario y, por lo tanto, nadie puede en justicia pedir precio o compensación por el órgano que se le extraiga. Los familiares, que tienen con respecto al fallecido unos deberes morales de piedad, son ciertamente sus custodios o guardianes, pero no son sus propietarios. En consecuencia no es justo que pidan precio o compensación por el órgano extraído.

Podría quizás pensarse que el donante vivo es dueño o propietario de su propio cuerpo (¿no se habla hoy tanto de ser dueño del

propio cuerpo?) y, en tal caso, no sería injusto que cediese un órgano suyo mediante precio o compensación. Pero esto es inadmisibles. Ya los romanos decían que el hombre no es propietario de sus miembros (*dominus membrorum suorum nemo videtur*), pues, en efecto, la relación entre los componentes del cuerpo humano y la persona no es una relación de propiedad. Los miembros del cuerpo humano son parte y componente del sujeto de derecho, no *objeto* del derecho. El llamado derecho del hombre sobre sus propios miembros, sobre su cuerpo, es algo distinto; es un aspecto de un derecho humano —bien ajeno a la propiedad— que es el derecho de la persona a ser respetada en su vida, en su integridad y en su salud. Nada, pues, que haga posible cualquier tipo de precio o compensación en sentido estricto. La donación de un órgano por parte de una persona sólo se legitima como acto de solidaridad, un acto por su naturaleza gratuito. De suyo eso no es óbice para que pueda admitirse una cierta y moderada compensación por el daño que el donante sufre o por el bien que reporta, siempre que no tenga el carácter de venta o intercambio; sin embargo, la ley comentada rechaza también este tipo de compensación. Y hay que alabar esta decisión del legislador, por los muchos abusos que podrían introducirse; de este modo se corta de raíz el mal posible.

El citado art. 2 contempla también el otro polo de la gratuidad: que la cesión no sea gravosa para la parte donante: «Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido». Claro que esta prescripción no deja de presentar problemas. Que es una regla de estricta justicia es evidente; lo que presenta dificultades es saber quién debe arbitrar dichas medidas: ¿el receptor? ¿el centro donde se realiza el trasplante? ¿el Estado? ¿quién es el que debe arbitrar esos medios? La redacción dista de ser clara, salvo en un punto: la parte donante puede exigir el pago o resarcimiento de los gastos —en caso de tener que hacerlos— a la persona o entidad con la cual concierte el trasplante, mientras no se establezca por el Estado otro sistema.

2. *El caso del donante vivo.* El art. 4 de la ley enumera los requisitos que deben reunir el donante vivo y su acto de donación. Por parte del donante se exige: a) mayoría de edad, esto es, 18 años

cumplidos; b) que goce de plenas facultades mentales; c) que haya sido informado de las consecuencias de su donación respecto de él (somáticas, psíquicas, psicológicas, familiares, profesionales) y respecto del receptor (los beneficios que con el trasplante se espera que haya de conseguir). Se trata, en definitiva, de garantizar la madurez y la responsabilidad personales del donante de modo que su acto de donación sea un acto consciente y reflexivo. En este sentido, el goce de las plenas facultades mentales no debe interpretarse en un sentido simplemente habitual, sino *actual*, o sea en el momento de prestar el consentimiento.

Cuatro requisitos señala la ley respecto del acto de donación, o sea del consentimiento del donante; debe ser: a) *expreso*, sin que sea suficiente ni el consentimiento presunto ni el implícito; no basta, pues, la voluntad genérica de ser donante de un determinado órgano, sino que el consentimiento ha de estar expresamente dado para el concreto trasplante de que se trate; b) *libre*, es decir, no obtenido bajo coacción, presión, amenazas, etc.; c) *consciente*, hecho con plena advertencia y deliberación, basadas en la correcta información de la que antes se habló; d) dado por escrito, en documento que debe firmar, con el donante, también el médico que ha de extraer el órgano, que es el que debe proporcionarle la información de referencia. Añadamos que no es válido cualquier documento escrito, sino que el consentimiento debe constar en documento público, sin que se determine en la ley ante qué autoridad pública debe hacerse («ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine»).

Con estos requisitos es claro que automáticamente dejan de ser posibles donantes quienes padecen deficiencias psíquicas o enfermedades mentales que los hagan incapaces de un tal consentimiento. Así lo dice expresamente la ley, pero esto no impide que busquemos la razón última de que esto deba ser así. Quienes no son capaces de un acto libre y consciente son naturalmente incapaces de consentir, al menos en el grado proporcionado que la gravedad del asunto exige; por lo tanto son incapaces del acto de disposición sobre el propio cuerpo que supone consentir en la extracción del órgano propio para un trasplante. Esto supuesto, no cabe aquí sustitución por los padres o tutores; estos carecen del poder de disposición sobre el cuerpo del incapaz, pues, por tratarse de una persona, nadie tiene poder o dominio sobre su cuerpo. Plantear aquí sustituciones sería un abuso gravemente injusto, contrariaría un elemental derecho hu-

mano y la extracción supondría la comisión de uno de esos delitos llamados contra la humanidad.

Termina el art. 4 estableciendo que sólo podrán extraerse órganos de persona viva para su trasplante a persona *determinada*. No sería, pues, lícita la extracción para destinar el órgano extraído a un «banco» de órganos. Asimismo excluye la extracción con finalidad meramente experimental, y el trasplante que no tenga por objeto mejorar *sustancialmente* las esperanzas o las condiciones de vida; los trasplantes en fase de experimentación que sólo alarguen la vida por poco tiempo o no mejoren de modo importante la salud o las condiciones de vida quedan reservados para los trasplantes de muerto a vivo. La última frase —«garantizándose el anonimato del receptor»— no deja de presentar problemas, sobre todo teniendo en cuenta que el receptor tiene que estar *determinado*. ¿Cómo determinar la persona receptora, si esta queda en el anonimato? Se puede hacer ciertamente, mediante la descripción del caso —sin citar nombre— al posible donante, pero creo que no debe entenderse la garantía de anonimato de modo absoluto y universal. Hay casos en los que los trasplantes se pueden hacer de modo óptimo y más seguro entre personas afines —v. gr. hermanos— y no dejará de haber quien esté dispuesto a ceder un órgano a persona allegada y no a persona extraña; en tales casos me parece que iría contra la *ratio legis*, contra la intención de la ley, conservar un anonimato que podría impedir el trasplante.

3. *La extracción de órganos de fallecidos*. Tratándose de fallecidos la ley amplía el campo regulado. No se ciñe sólo a las extracciones para trasplantes —que con todo sigue siendo la materia dominante—, sino que se refiere también a las extracciones con fines científicos. Las dos finalidades —terapéutica y científica— limitan la posibilidad de extracciones: ninguna otra legítima para mutilar el cadáver.

Quizás lo más novedoso sea la presunción general de donantes *post mortem* que se establece: mientras no conste la oposición en vida, todo fallecido se considera como donante. Sin duda una norma de este tipo era deseada por muchos médicos, pero, por nuestra parte, no podemos menos que manifestar algunas reservas. De ningún modo esta reserva se refiere al hecho deseable de que toda

persona sea donante *post mortem*; lejos de mi mente pensar que es humano y racional que se pudran en el cementerio unas córneas que podrían dar la vista a unos ciegos. El desacuerdo no está en el resultado, sino en los medios utilizados.

Tal presunción hubiese podido establecerse cuando se hubiese conseguido crear una mentalidad general favorable a las extracciones. Pero —sin duda lamentablemente— no es este todavía el caso. En realidad, tras la presunción establecida lo que hay es una *socialización* del cuerpo humano difunto, que no podemos aceptar. Porque de lo que se trata es de que el legislador se arroga unas facultades de disposición sobre los cadáveres que de ningún modo tiene. Tanto más cuanto que la excepción que establece —que conste la oposición del fallecido— es debilísima. ¿Cómo debe constar esa oposición? Si tenemos en cuenta que el tiempo a transcurrir entre el fallecimiento y la extracción es generalmente muy pequeño, la constancia de la oposición sólo podrá darse, en muchos casos, o por llevar consigo un documento escrito o por expresión verbal que en no pocos casos el moribundo no está en condiciones de hacer. En la práctica la presunción apenas admitirá prueba en contrario.

Sin duda el resultado —que la generalidad de los fallecidos sean donantes— es el deseable, pero en la vida social los medios son importantísimos porque está en juego la dignidad humana. Ni los vivos ni los muertos son propiedad del Estado, ni la ley puede disponer de los cuerpos humanos, vivos o muertos, a su voluntad. El camino a seguir era otro; probablemente más costoso, pero acorde con los derechos del hombre. En otras palabras, estaríamos de acuerdo con tal presunción cuando fuese realmente una presunción, no una socialización encubierta. Es de esperar que una concienciación de la sociedad haga real lo que hoy es ficticio.

En los trasplantes de muerto a vivo —es bien sabido— el tema más importante es el de la determinación del momento de la muerte. Los abusos en este punto —que llegan a verdaderos homicidios terapéuticos— son bien conocidos por la clase médica. La ley no entra en establecer los requisitos para declarar muerto a un donante —limitándose a hablar de previa comprobación de la muerte— lo cual queda para posteriores reglamentaciones y sobre todo confiado a la ética y la ciencia de los médicos. Con todo, debemos señalar una clara ambigüedad de la ley, cuando alude a la comprobación de la muerte a base de «la existencia de datos de irreversibilidad de las

lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida». No son lo mismo las lesiones cerebrales incompatibles con la vida, en el sentido de que, si se dan, es seguro que el sujeto ya no está vivo, que las lesiones incompatibles con *seguir viviendo*, lo que supone que el sujeto todavía está vivo, aunque en proceso de muerte (sujeto *clínicamente* muerto). Es evidente que la ley no puede interpretarse en este segundo sentido.

4. *De las lagunas de la ley.* Ya decíamos al principio que esta ley sólo trata de abrir nuevos cauces, por lo que no cabía esperar de ella que descendiese a reglamentaciones detalladas. Sin embargo, hay algunos puntos —además del referente al momento de la muerte que, por tocar un derecho constitucional (el derecho a la vida), debió regular sin dejarlo a reglamentaciones de menor rango— que debió tratar por ser importantes. Por ejemplo, entre los requisitos para que el donante vivo pueda dar su consentimiento al trasplante falta uno, sin el cual la donación de órganos es moralmente ilícita: que el daño causado por la extracción no impida al donante llevar una vida prácticamente normal, aunque precise de algunas cautelas.

Asimismo, aunque parece darse por supuesto, debió aclararse que el trasplante ha de ser de órganos dobles: v. gr. cesión de un riñón. Ni se hace la salvedad de que no puede referirse a los órganos genitales con el fin de reparar la esterilidad del posible receptor, pues los hijos habidos por el receptor no serían genéticamente suyos sino del donante, etc.

Podríamos decir que los cabos que deja sin atar son demasiados.

Y es que esta ley es excesivamente general e inconcreta. Es un fruto del *consenso* y ya dicen los americanos que un camello es un caballo hecho por una comisión.