

EL CONSENTIMIENTO A LA DONACIÓN DE ÓRGANOS: PROFESIONALES SANITARIOS, PACIENTES Y FAMILIARES*

Belén Trigo García

Profesora contratada doctora de Derecho civil

Mercedes Gallas Torreira

Profesora contratada doctora de Estomatología

Amalia Puga Martínez

*Profesora titular de la Escuela Universitaria de Enfermería
Universidad de Santiago de Compostela*

SUMARIO: 1. El consentimiento en las intervenciones médicas altruistas. 1.1. Donantes vivos. 1.2. Donantes fallecidos – 2. Controversias jurídicas en torno a la intervención de los familiares del donante de órganos 2.1. ¿Qué familiares? 2.2. Donación de órganos pese a la negativa de los familiares

1. EL CONSENTIMIENTO EN LAS INTERVENCIONES MÉDICAS ALTRUISTAS.

Las llamadas intervenciones médicas altruistas¹, esto es, las relativas a la donación y el tras-

* Este artículo tiene su origen en la comunicación presentada al XVI Congreso *Derecho y Salud* celebrado en Vigo del 21 al 23 noviembre 2007. A su vez, se integra dentro del Proyecto de investigación “La autonomía de la voluntad en el ámbito médico-sanitario: perspectiva legal y relación médico-paciente” (código: PGIDIT06CST20204PR), financiado por la Xunta de Galicia.

¹ Vid. SPICKHOFF, A.: «Die ärztliche Aufklärung vor der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe», NJW, 2006, núm. 29, págs. 2075 y ss.

plante de órganos y tejidos, han experimentado en los últimos años un notable desarrollo como consecuencia de los avances de la ciencia médica, así como de los esfuerzos realizados por parte de las autoridades sanitarias para favorecer este tipo de prácticas².

² Durante 2008, se registraron en España 1.577 donantes reales de órganos sólidos, lo que sitúa la tasa por millón de población (p.m.p.) en 34,2. De ellos, 209 fueron donantes en los que ningún órgano pudo ser finalmente utilizado, lo que arroja una cifra de donación de 1.368 donantes efectivos y una tasa de 29,6 donantes efectivos p.m.p., de los que al menos un órgano sólido fue trasplantado. La evolución experimentada en los últimos años en España resulta especialmente destaca-

Dicho desarrollo no ha alterado, sin embargo, la especial sensibilidad que suscitan este tipo de intervenciones, dada su naturaleza y las circunstancias en que se producen. De ahí la importancia de conocer y respetar la voluntad de los pacientes que se someten a ellas.

Las consideraciones anteriores justifican la existencia de una legislación específica en la materia, constituida por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos³, y desarrollada por el Real Decreto 2070/1999, de 30 diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Respecto de las células y tejidos⁴, ha de tenerse en cuenta, además, el Real Decreto 1301/2006, de 10 noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células⁵ y tejidos

ble ya que ha supuesto pasar de estar en la parte media-baja de los índices de donación en Europa (en 1989, año de la creación de la ONT, la tasa era de 14 donantes por millón de población), a tener uno de los índices más elevados del mundo. Vid. información sobre el modelo español de donación y trasplante, y sobre la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) en <http://www.ont.es/>.

³ A estos efectos, se entiende por órgano aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia; así, los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos. (art. 3.1º *Definiciones* del Real Decreto 2070/1999).

⁴ La Exposición de Motivos del RD 1301/2006 explica que en la elaboración de la norma se tuvo en cuenta la Ley 30/1979; no obstante, difiere su ámbito de aplicación. Así, conforme al art. 1.3º c) RD 1301/2006, quedan excluidos de su ámbito los órganos o partes de órganos, si su fin es el de ser utilizados en el cuerpo humano con la misma función que el órgano completo. Por otra parte, téngase presente que el RD 1301/2006 se aplicará a las células reproductoras en todo lo no previsto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y en su normativa de desarrollo (vid. art. 1.4º).

⁵ A estos efectos se entiende por células las células individuales de origen humano o los grupos celulares de origen humano cuando no estén unidos por ninguna forma de tejido conectivo [art. 2.1 c) RD 1301/2006].

humanos⁶ y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, que incorpora en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, y la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos⁷.

Esta normativa se rige por los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad, información, y anonimato⁸. Por supuesto, se parte de la voluntariedad en la donación de órganos.

La referencia a la información y a la voluntariedad remite, a su vez, a la regulación del consentimiento informado en las intervenciones médicas en general. Como señala la Exposición de Motivos del RD 1301/2006, “*En la redacción de este Real Decreto se ha tenido en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser*

⁶ A estos efectos se entiende por tejido toda parte constituyente del cuerpo humano formada por células unidas por algún tipo de tejido conectivo [art. 2.1 w) RD 1301/2006].

⁷ Vid. también la Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

⁸ COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M., “Análisis del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre extracción y trasplante de órganos”, *La Ley*, 2000-2, pág. 1738. Vid. arts. 2 y 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; arts. 2 (*Normas y principios generales*), 5 (*Confidencialidad*) y 8 (*Gratuidad de las donaciones*) del RD 2070/1999; y arts. 3 (*Gratuidad y carácter no lucrativo*) y 6 (*Confidencialidad*) del RD 1301/2006 [cfr. arts. 12 (*Principios de la donación de células y tejidos*), 13 (*Consentimiento*) y 14 (*Protección de datos y confidencialidad*) Directiva 2004/23/CE]. Vid. también el art. 10 (*Derechos*) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y sobre el respecto a la confidencialidad y secreto, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno, ..., y desde el punto de vista del régimen de los derechos que pudieran verse afectados, la referencia necesaria ha sido la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica”⁹.

Ahora bien, ha de insistirse en que, respecto de la donación de órganos y tejidos, ese consentimiento informado presenta peculiaridades, estableciéndose un régimen diferente según se trate de donantes vivos o fallecidos.

Respecto de los donantes vivos, cobra pleno sentido la aplicación –con algunas excepciones– de las normas generales en materia de consentimiento informado. En este sentido, el art. 7 (*Donación y obtención de células y tejidos en donantes vivos*) del RD 1301/2006 prevé que, en todo lo no dispuesto en este artículo, la obtención de células y tejidos de un donante vivo se regirá por lo dispuesto en el capítulo IV (*El respeto de la autonomía del paciente*) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Como se verá, la cuestión no es tan clara respecto de los donantes fallecidos. Precisamente, es en esta última hipótesis en la que el papel que la ley atribuye a los familiares de los donantes resulta ambiguo; al menos, en su interpretación práctica.

A su vez, ha de tenerse en cuenta que la legislación sobre donación de órganos y tejidos se ocu-

pa de la cuestión desde el punto de vista de la organización del sistema sanitario y no desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas en las relaciones entre, de una parte, profesionales médico-sanitarios y, de otra, pacientes y familiares. Este enfoque se manifiesta en el art. 1 (*Ámbito de aplicación*) del RD 2070/1999, al señalar que esta normativa regula las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos humanos, incluida la donación, la extracción, la preparación, el transporte, la distribución y las actividades del trasplante y su seguimiento (cfr. art. 1.1º y 2º RD 1301/2006).

Lo mismo cabe decir de la normativa general en materia de consentimiento informado, tal como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 41/2002, párrafo 4º¹⁰. Por tanto, la remisión a esta regulación general tampoco permite resolver las dudas que se susciten sobre el régimen jurídico; así, a efectos de la responsabilidad civil profesional.

1.1. Donantes vivos

En la hipótesis de donantes vivos¹¹, ha de obtenerse su consentimiento informado. Por tanto, es necesario que el donante sea informado previamente de las consecuencias de su decisión¹², debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.

En materia de capacidad, se exige además que el donante sea mayor de edad, gozando de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado. Al respecto, se excluye la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíqui-

⁹ Sin perjuicio de las leyes autonómicas existentes en la materia, se considerará principalmente la regulación estatal por su carácter básico (disposición adicional primera Ley 41/2002) y porque es la que el legislador toma como referente en la normativa sobre donación de órganos y tejidos. Sobre la competencia autonómica en la materia vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2007, págs. 144-155.; PARRA LUCÁN, Mª A., “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado: el confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003, págs. 1904-1908, y sobre los interrogantes que se plantean a propósito del documento de instrucciones previas, *ibidem*, pág. 1930.

¹⁰ En este punto, la Exposición de Motivos señala que la Ley 41/2002 a pesar de que fija básicamente su atención en el establecimiento y ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, dedica a esta cuestión [la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido en el art. 43 de la Constitución española] diversas previsiones, entre las que destaca la voluntad de humanización de los servicios sanitarios.

¹¹ Donante vivo es aquella persona que, cumpliendo los requisitos legales, efectúe la donación en vida de alguno de sus órganos, o parte de los mismos (art. 3.2º *Definiciones* del Real Decreto 2070/1999).

¹² En todo caso, debe tratarse de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

cas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

La importancia concedida a este consentimiento explica la exigencia de determinadas formalidades, de modo que el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción. Igualmente con carácter previo, deberá acreditarse el estado de salud físico y mental del donante¹³. Tal acreditación será efectuada por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor. Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

En el momento del otorgamiento se requiere la presencia del médico responsable del trasplante, de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención y del médico que haya acreditado el estado de salud del interesado. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. En otro caso, los asistentes, además del interesado, firmarán el documento de cesión donde se manifiesta la conformi-

dad del donante. El art. 9 del RD 2070/1999 señala taxativamente que en ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma previa de este documento.

De dicho documento de cesión deberá facilitarse copia al interesado. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

1.2. Donantes fallecidos

La hipótesis general más habitual en la práctica es la de donantes fallecidos¹⁴. En este supuesto, el principio consagrado por la normativa española es el de comprobación de la no oposición de los fallecidos, alejándose del rigor y la formalidad exigidos respecto del donante vivo (art. 5 núms. 2 y 3 de la Ley 30/1979, de trasplante y extracción de órganos). Por tanto, toda persona difunta¹⁵ que no hubiera dejado constancia expresa de su oposición es un donante potencial de órganos.

A falta de constancia expresa de la oposición de la persona fallecida a que después de su muerte se realice la extracción de órganos, el art. 10.1º b) (*Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos*) del Real Decreto 2070/1999 prevé que la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción compruebe si es posible averiguar cuál era la voluntad del difunto.

Para ello deberá informarse sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica. Asimismo, procederá el examen de

¹³Se prevé también la intervención del Comité de Ética; de modo que, la extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante, siendo necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital transplantador.

¹⁴ La mayoría de los órganos que se transplantan en España y en Europa proceden de cadáveres humanos, prácticamente la totalidad, en torno al 99%.

¹⁵ Vid. art. 3.3º *Definiciones* del Real Decreto 2070/1999. El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona, a los efectos de la donación de órganos, se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas (cfr. arts. 3.4º y 10 Real Decreto 2070/1999).

la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Pese a la aparente claridad del criterio legal -se presume que el paciente consiente la donación de sus órganos, salvo que conste su oposición-, en la práctica se produce un cierto grado de incertidumbre. En la medida en que no se exige que la oposición se manifieste de determinada forma (v. gr., por escrito)¹⁶ o en determinado momento, ¿cómo pueden los profesionales médico-sanitarios asegurarse de conocer la voluntad real del interesado? Ha de tenerse en cuenta que aun existiendo una voluntad favorable a la donación, la persona puede cambiar de opinión en cualquier momento, revocando ese consentimiento expreso.

Por otra parte, piénsese en las consecuencias de llevar a cabo la extracción de órganos confiando en el consentimiento presunto del paciente, para descubrir *a posteriori* que éste había manifestado su oposición a la donación. ¿Podrían esos profesionales médico-sanitarios incurrir en responsabilidad civil por no haber respetado la voluntad del paciente? Sin perjuicio de cuál fuese el resultado del pleito, existe el riesgo cierto de litigiosidad.

En la práctica, ante la dificultad de averiguar del propio paciente su voluntad relativa a la donación de órganos y conocer si la ha mantenido hasta el momento de su fallecimiento, se entiende que depositarios de dicha voluntad son los familiares. De este modo, la decisión se hace recaer, indirectamente, en los familiares de la persona fallecida.

La confirmación de esta práctica se encuentra en los protocolos de actuación médica y en la información que los servicios sanitarios proporcionan a sus usuarios en la materia. Así, la página de información de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) señala, respecto de los requisitos para ser donante, que “*Haber transmitido a sus familiares más directos dicha voluntad, es suficiente. Su deseo será siempre respetado*”¹⁷.

¹⁶ Cfr. art. 10.1º a) del Real Decreto 2070/1999, según el cual, la voluntad del paciente contraria a la donación será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.

¹⁷ La evolución de los porcentajes de negativas a la donación en la última década indica que la persistencia mantenida por encima del 20% a nivel estatal, se ha roto en los últimos años, si bien con oscilaciones. Así, en 1992 el porcentaje de negativas familiares en el Estado era del 27,6%; en 2002 y 2003 se situó en el 20%, alcanzándose el porcentaje más bajo

En la misma línea, para despejar las dudas a propósito de la donación de órganos, el SERGAS (*Servizo Galego de Saúde*), ofrece las siguientes respuestas a preguntas habituales que preocupan a los posibles donantes¹⁸. Lo cierto es que, aunque no sean sus destinatarios expresos, buena parte de estas respuestas se dirigen también a los familiares de los donantes potenciales.

En primer lugar, al explicar en qué consiste el criterio legal, el llamado “consentimiento presunto” se dice:

La legislación española establece que todo ciudadano español que en vida no manifestara su oposición a la donación de órganos y tejidos, será donante a su fallecimiento siempre que sea válido. A esto se le llama *consentimiento presunto*. Sin embargo, la *práctica en España, desde siempre*, obedece a un consentimiento informado; es decir, *autorización expresa y por escrito de la familia del fallecido* (mías las cursivas y la traducción)¹⁹.

Respecto de la pregunta de qué ocurre si se cambia de opinión sobre la donación, se recomienda:

Si usted cambia de opinión rompa la tarjeta de donante y comuníquese a su familia. Es muy importante que su familia conozca sus deseos de ser o no donante, dado que siempre serán consultados.

Y se insiste ¿ayuda a la familia conocer la opinión sobre la donación del fallecido?

en el año 2006, con un 15,2%. De acuerdo con los datos de 2008, el porcentaje de negativas familiares a nivel estatal fue del 17,86%. Ahora bien, las diferencias entre Comunidades Autónomas son acusadas; por ejemplo, en Galicia, de la que se hablará a continuación, la llamada *barrera familiar* se tradujo en un porcentaje de negativas de la familia en 2008 del 20,53%. Fuente <http://www.ont.es/>.

¹⁸ Información disponible en <http://www.sergas.es/>.

¹⁹ Obviamente, no resulta correcta la mención aquí del consentimiento informado. Este concepto hace referencia a la necesidad de que el paciente pueda decidir sobre la intervención o el tratamiento médico propuesto después de recibir la información adecuada [vid. arts. 2 (*Principios básicos*), 3 (*Definiciones legales*), y 8 (*Consentimiento informado*) de la Ley 41/2002], y art. 5 del Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

Éste es un tema trascendental, porque en algunas ocasiones los familiares de los fallecidos no conocen la opinión en vida sobre la donación y por ese motivo tienen dificultades para tomar la decisión.

Todos aseguran, en estas circunstancias, que sería bueno conocer en vida cuál era la opinión del fallecido sobre la donación porque *les ayudaría mucho para tomar esa decisión tan importante y urgente*.

El desconocimiento por los familiares de los deseos de donación es el principal argumento de las negativas familiares para la donación. Es muy importante que nuestras personas más queridas y allegadas conozcan el deseo de la donación, ya que *siempre los médicos se lo consultarán*.

Las familias cumplen la voluntad de la persona fallecida, si la conocen (mías las cursivas y la traducción).

Finalmente, al plantear qué ocurre si la familia del fallecido se opone a la donación, se contesta:

Que esta no se lleva a cabo. La familia decide por encima de cualquier papel. Una persona puede hacerse donante en un momento de su vida y cambiar después de opinión. La familia no autoriza ni deniega, sino que se supone que tiene conocimiento de la última voluntad del fallecido y lo pone de manifiesto (mías las cursivas y la traducción).

Por tanto, una persona puede estar identificada como donante (v. gr. mediante su tarjeta de donador, o manifestando su voluntad en este sentido en el documento de instrucciones previas; el llamado testamento vital). Ahora bien, ello no sería suficiente para omitir las averiguaciones previstas en el art. 10 del RD 2070/1999, en particular, la consulta a los familiares. Esta información debería ser un indicio más a la hora de acreditar la eventual oposición por parte del paciente, si bien en la práctica se ha convertido no sólo en un dato relevante, sino en el dato decisivo a la hora de autorizar la donación.

Así lo reconocen también los tribunales de justicia en el relato fáctico de los hechos enjuiciados. El patrón de actuación se repite en todos los casos sin que el tribunal presente ninguna objeción: diagnosticada la muerte cerebral se plantea a los

familiares del paciente la donación de órganos para su aceptación²⁰. En algún caso se cita expresamente el protocolo de actuación en caso de donación de órganos²¹ e incluso la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2006²², precisa que los servicios médicos trataron de mantener con vida al paciente, aunque su situación era irreversible, “hasta que los familiares decidieran lo procedente sobre la donación de órganos”.

Este planteamiento tiene un cierto apoyo normativo en la ambigüedad del inciso final del art. 10.1º del Real Decreto 2070/1999. Concretamente, al enumerar los requisitos que han de cumplirse para la obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos dispone que, siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria. No dice, sin embargo, a qué efectos. En todo caso, el precepto parece deberse más bien a consideraciones de humanidad y respeto en el trato con los familiares de la persona fallecida. Adviértase que se habla de información; mientras que en los párrafos anteriores del precepto se hace referencia, exclusivamente, a la voluntad de la persona interesada.

En opinión de MARCO MOLINA, J., pese a la corrección del régimen legal vigente en el plano jurídico, los médicos no se deciden a proceder a la extracción de órganos para la donación sin contar con los familiares del posible donante, tanto por respeto a ellos como por temor a su reacción; lo que supone la inaplicación del criterio legal por su choque con las convicciones sociales²³.

Asimismo, puede influir la inercia de los usos en la práctica. Hay que recordar que la antigua

²⁰ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 6 noviembre de 1999 (AC 1999\2489); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 septiembre de 2004 (RJCA 2005\773); STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) de 19 febrero de 2004 (JUR 2004\230688).

²¹ Vid. STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) de 16 enero de 2003 (JUR 2003\185889), que se remite al protocolo de donante de asistolía.

²² JUR 2006\263907.

²³ MARCO MOLINA, J., “El régimen jurídico de la extracción y trasplante de órganos”, *La Ley*, 2001-5, págs. 1716-1717.

Ley, de 18 de diciembre de 1950, sobre autorización para la obtención de piezas anatómicas para injertos procedentes de cadáveres, en su art. 2, permitía la extracción con autorización expresa en vida del fallecido y la no oposición de sus familiares.

Posiblemente, la aplicación literal de la legislación vigente sobre donación de órganos pueda chocar con la sensibilidad de los familiares de la persona fallecida, en primer término, y con la sensibilidad de la sociedad en general, lo que sería contraproducente desde la perspectiva de lograr el máximo respaldo social a los programas de donación y trasplante. Posiblemente también, la práctica seguida hasta el momento resulta útil a la hora de evitar reclamaciones. Ahora bien, algunos problemas sí se han producido (vid. infra epígrafe 2) y, en todo caso, sería conveniente adecuar la normativa a la realidad práctica para evitar ambigüedades y confusiones.

2. Controversias jurídicas en torno a la intervención de los familiares del donante de órganos

La revisión de la jurisprudencia española revela que la práctica adoptada por los centros hospitalarios ha evitado la litigiosidad en materia de donación de órganos. En efecto, son escasísimas las sentencias relativas al consentimiento para la donación de órganos de personas fallecidas.

No obstante, desde una perspectiva jurídica, son varias las cuestiones que pueden suscitarse. A continuación, se expondrán algunas de ellas, sin ánimo exhaustivo.

2.1. ¿Qué familiares?

La normativa en materia de donación de órganos se refiere genéricamente a familiares del donante; estableciéndose, en su caso, la obligación de informar a los familiares presentes en el centro sanitario. Parece lógico pensar que éstos serán los familiares más próximos del paciente y los unidos a él por vínculos de afecto y confianza más intensos. Ahora bien, las posibilidades del personal sanitario para acreditar y, en su caso, valorar la existencia de tales vínculos son limitadas. Así, por ejemplo, la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de dere-

chos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su art. 5, alude a propósito de la información sanitaria a *personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho*²⁴.

Una hipótesis de este tipo estuvo en el origen del caso contemplado por la STS (Sala de lo Penal), de 17 de diciembre de 2004²⁵. En concreto, la querellante manifestaba ser esposa del fallecido. Ambos habían viajado a Buenos Aires (Argentina) en enero de 1999, teniendo previsto regresar a España a finales de febrero, fecha en que regresó ella y no su marido, porque habiéndose diagnosticado inicialmente una neumonía y posteriormente un tumor maligno en el pulmón, se desaconsejó su viaje. Agravado su estado hasta su fallecimiento, se ocupó el querellado, como amigo del fallecido del internamiento, donación de órganos, cremación, etc., sin pedir autorización a la viuda. Al respecto, el querellado alegó la existencia de malas relaciones entre los esposos, explicando con ello la vuelta a España de la mujer; asimismo, afirmaba que de todos los trámites se ocupó junto con un hijo del fallecido.

Si consideramos, entonces, un círculo relativamente amplio de personas –familiares y allegados–, podemos encontrar discrepancias de criterio entre unos y otros respecto de la donación de órganos. En este supuesto, ¿debe concederse preferencia al criterio de alguna de estas personas, familiares y allegados, respecto de las otras? Ante la incertidumbre, ¿debe excluirse la donación? ¿tienen algún margen de apreciación los profesionales médicos-sanitarios?

²⁴ Cfr. respecto de las parejas de hecho, la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 mayo, de las parejas de hecho, cuyo art. 13 (*Servicios sanitarios*) dispone que, en el ámbito de los servicios sanitarios, los miembros de la pareja de hecho tendrán los mismos derechos que la normativa sectorial sanitaria atribuya a los cónyuges o familiares y asimismo tendrán derecho a obtener, en términos comprensibles, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, incluida la información y prestación de testimonio en los casos de donación y extracción de órganos. Si fuera preciso el previo consentimiento escrito de un paciente para la realización de una intervención sanitaria y éste no se hallase capacitado para tomar decisiones, los miembros de la pareja de hecho tendrán el derecho que la legislación sanitaria reconoce a los cónyuges y familiares de los usuarios del sistema sanitario público vasco.

²⁵ RJ 2005/815.

Dada la urgencia y premura de tiempo en la toma de decisión, cualquier pronunciamiento judicial que aclare la cuestión se producirá *a posteriori*; y fuese cual fuese la resolución judicial, existe el riesgo de que la actuación médica no respete la voluntad atribuida al paciente, ya fuese aquélla la extracción de los órganos o la exclusión de la donación.

Casos de este tipo no han llegado todavía a los tribunales españoles, pero sí es posible encontrar supuestos, de alguna forma, similares. Así el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18) de 15 de marzo de 2006²⁶.

En el litigio se discutía a quién le correspondía la decisión sobre el lugar de enterramiento del difunto, a su esposa o a sus progenitores. Al respecto, el tribunal entiende aplicable analógicamente (art. 4 CC) lo dispuesto para la donación de órganos; de modo que la disposición sobre los restos mortales le corresponde, en primer lugar, al propio difunto en vida; ante la ausencia de esa voluntad manifestada en vida por el fallecido, quien debe determinar qué hacer con los restos mortales será el cónyuge supérstite²⁷.

2.2. Donación de órganos pese a la negativa de los familiares

De acuerdo con lo visto anteriormente, se trataría de un supuesto, casi podría decirse, excepcional; pero no imposible de encontrar en la práctica. En este sentido, la STSJ de la Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), de 28 de septiembre de 2000²⁸, tuvo que pronunciarse sobre las consecuencias -en el plano de la responsabilidad- de la extralimitación de la actuación médica respecto del consentimiento otorgado para la donación de órganos. Ha de tenerse en cuenta que tanto la conformidad como la oposición a la donación, podrá referirse a todo tipo

de órganos o solamente a alguno de ellos [art. 10.1º a) Real Decreto 2070/1999].

En el caso, la hija de los demandantes había sufrido un accidente automovilístico, falleciendo poco después. A petición de la coordinadora de trasplantes del hospital en que había sido ingresada, “tras una profunda reflexión –dice literalmente la sentencia-, los padres concedieron autorización para efectuar el explante del corazón, el hígado y los riñones”. Días después se realizó la autopsia al cadáver por el médico forense²⁹, en la que se señaló que al cadáver le faltaba el pulmón izquierdo. Ante tal ausencia, los padres se dirigieron al Hospital, quien contestó no tener constancia de haberse procedido a la extracción del mencionado pulmón izquierdo.

A la vista de estos hechos, el tribunal declara la responsabilidad del centro hospitalario por el daño moral infligido a los padres de la fallecido, al haber sido traicionada su confianza, basada en la promesa realizada de no proceder a la extracción de más órganos del cadáver de su hija que los autorizados. Merece la pena detenerse en el razonamiento que justifica esta decisión:

“No se puede argumentar la responsabilidad del Hospital la Fe por extracción de órganos sin autorización de los padres porque, en primer lugar, aunque limitada existía autorización, por otro lado, dicha autorización no la configura nuestra legislación como necesaria, si bien, como informa la Organización Nacional de Trasplantes se ha establecido a nivel práctico la necesidad de que los equipos de extracción de órganos cuenten con la previa autorización de la familia del finado o, cuando menos, con su falta de oposición en aquellos supuestos en que no constare de manera expresa y fehaciente la voluntad del difunto... Es decir, los padres con la legislación española no podrían reclamar indemnización en caso de haberse extraído el pulmón y transplantado a otra persona en las condiciones establecidas en la Ley. El problema en este caso radica en que el

²⁶ JUR 2006/148962.

²⁷ Cfr. art. 15 (*Trámites administrativos «post mortem»*) de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 mayo, antes citada, según el cual, en caso de fallecimiento de uno de los componentes de la pareja de hecho, el otro podrá participar en los trámites y gestiones relativas a la identificación y disposición del cadáver, enterramiento, recepción de objetos personales del difunto y cualesquiera otros que resultaran precisos, en iguales condiciones que las parejas casadas.

²⁸ JUR 2001/86331.

²⁹ Cfr. art. 10. 5 Real Decreto 2070/1999, que prevé, en los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, que antes de efectuarse la extracción de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales.

pulmón no ha sido extraído para beneficio de otra persona, entre otras cosas porque no era apto, sino que simplemente ha desaparecido.

Otra perspectiva viene determinada por el daño moral que se le haya podido causar a una persona que perdiendo a su hija y, de forma altruista, donan unos órganos y a los pocos días se encuentran con la sorpresa de que un órgano no donado ha desaparecido. Por un lado, han visto truncada su confianza en la autorización que concedieron, por otro, su pena interna y dolor ha aumentado al no haberse respetado los restos del cadáver no donado, cierto que analizado fríamente la pena es la misma, pero desde la perspectiva de los demandantes se ha infringido un daño moral que a juicio de la Sala es inemnizable³⁰.

Obsérvese que el tribunal se muestra prudente, cuando no dubitativo, al valorar el fundamento que ofrece la actual regulación legal de donación de órganos a la reclamación de responsabilidad civil por parte de los padres de la donante. De hecho, no resulta claro cuál sería la decisión judicial si el órgano extraído sin contar con el consentimiento de los familiares hubiese sido efectivamente destinado a una finalidad terapéutica³⁰.

³⁰ Cfr. art. 4.1. (*Objetivos*) Real Decreto 2070/1999, según el cual, la extracción de órganos humanos procedentes de donantes vivos o de fallecidos se realizará con finalidad terapéutica, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida de su receptor sin perjuicio de las investigaciones que puedan realizarse adicionalmente.