

El trasplante de tejidos y órganos humanos en la Legislación española*

MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID
Doctor en Derecho penal y Criminología

INTRODUCCION

Todo parecía indicar, y con pruebas más que espectaculares, que la segunda mitad de nuestro siglo enriquecería preponderantemente la cultura del hombre con mayores conocimientos sobre el macrocosmos que nos envuelve, y que las Ciencias biológicas y médicas habían tenido ya sus mejores logros. Pero he aquí que la ilusión universal por conocer los miterios de la vida, por derrotar o aplazar la muerte, renacieron con fuerza sorprendente en Africa del Sur (**), arrastrando en el fragor de la polémica, no sólo a la medicina y a la ética, sino también, con el natural retardo, al mismísimo Derecho. El hombre había vuelto sus ojos al microcosmos de su propio organismo, olvidando momentáneamente las estrellas y demás cuerpos inertes del espacio.

Este nuevo aprovechamiento del hombre por el hombre, no muy lejano de la antropofagia, es un fenómeno trascendental que requiere de una regulación jurídica, ciertamente favorable al avance de la terapéutica médica, tanto quirúrgica como farmacológica, pero que prohíba el tráfico inhumano y lucrativo de repuestos orgánicos, fijando límites a la voluntad del donante vivo con ánimo protector, y que reglamente con criterios respetuosos la utilización de órganos provenientes de cadáveres. El Derecho, sin embargo, no siempre ha respondido a los requerimientos de esa medicina vorazmente curiosa, aunque profundamente humanitaria, que no pocas veces se ha desviado del camino de la terapia abusando de la experimentación. Apenas se ha ocupado de fenómenos relativamente nuevos como el aprovechamiento de sustancias lácteas; la extracción, conservación y transfusión de sangre y sus derivados; la inseminación artificial; la cesión, conservación y trasplante de órganos con fines terapéuticos y la experimentación quirúr-

(*) En memoria de don José Antón Oneca.

(**) Primeros trasplantes de corazón humano practicados por el profesor Christian Barnard y su equipo en el Hospital Groote Shuur de Ciudad del Cabo, sobre Luis Washkansky y Philip Blaiberg, respectivamente, los días 3 de diciembre de 1967 y 2 de enero de 1968.

gica y farmacológica, para mencionar algunas de las actividades que tienen al ser humano, vivo o fallecido, como fuente y receptáculo.

Las aportaciones legislativas al tema de los trasplantes de órganos humanos son definitivamente jóvenes e indecisas, casi empujadas por los requerimientos de la medicina y de cierto sector avanzado de la opinión pública. Originalmente sólo comprendían los trasplantes homoplásticos (*), respecto de tejidos tomados del cadáver, siempre que el fallecido hubiese hecho donación o su familia hubiera dado su consentimiento. Los trasplantes homovitales (**), apenas se insinúan, se soslayan los problemas de la determinación de la muerte y la donación de órganos en vida, encuadrando a este último en un tema de mayor envergadura; el de los límites de la libre disposición de nuestro cuerpo y, en fin, se plantean como soluciones revolucionarias ante el alud de requerimientos de quienes reclaman una oportunidad para prolongar o normalizar su vida; la incautación de los cadáveres; la adopción legal de los criterios sobre la muerte clínica y la liberalización de la ortotanasia.

Los espectadores de esta última década hemos asistido, sin embargo, al nacimiento de un nuevo ser legislativo. Su aspecto no resulta agradable para todos, aunque nadie se atreva a negar la utilidad de su existencia. Sus movimientos son tímidos, como si temiera escandalizar a su propio padre, el legislador, quien le mira con gesto preocupado, quizá arrepentido de una acción tan temeraria como el turbar la paz e integridad de los difuntos. Posiblemente haya llegado a sus oídos el angustioso reclamo del profesor Repetto y Rey, quien en su acalorada defensa de la intangibilidad del cuerpo humano decía: «¡por amor de Dios!, ¡por caridad!, dejemos quietos y tranquilos a nuestros cadáveres, descubriéndonos ante ellos y entregándolos sin mefistofélicas prácticas a la paz y quietud de sus sepulcros. Sigamos pensando seriamente y no convirtamos los cementerios en «tablajerías» de despojos humanos» (1).

Un ejemplo del drama es la más reciente legislación europea en materia de trasplantes orgánicos, la española del 27 de octubre de 1979, reglamentada por Real Decreto de 22 de febrero de 1980, la que atrae poderosamente la atención del estudioso en general, cualquiera que sea su nacionalidad, y de los españoles en particular, por-

(*) Implantación quirúrgica de tejidos sin vasos sanguíneos, que pueden ser extraídos hasta varias horas después de la muerte, que no requieren de minuciosas coincidencias biológicas con el organismo receptor y que, por lo tanto, presentan un limitado índice de rechazo (ejemplo, córneas, huesos, etc.).

(**) Referidos a tejidos de gran actividad orgánica y alto grado de nutrición sanguínea, que sufren por lo tanto una rápida necrosis y un inmediato ataque de los anticuerpos del receptor, lo que obliga a buscar la máxima afinidad histológica entre el cedente y el receptor, a procurar una extracción temprana y a proteger al injerto con inmunodepresores (ejemplo, corazón, hígado, riñones, etc.).

(1) GERMAN REPETTO Y REY, *La incautación del cadáver humano con fines terapéuticos ante la Ética y el Derecho*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid 1960, pág. 755.

que independientemente de sus glorias pasadas o presentes, calificadas insistentemente de inmortales, todos los hispanos están destinados a morir algún día, y esta ley hace de ellos donantes potenciales de sus propios órganos, mediante una presunción de voluntad que difícilmente sobrevive al análisis jurídico-constitucional y que no concuerda con los criterios populares que dan su verdadero contenido a la cultura.

Esta avanzada normativa regula por primera vez la obtención de órganos procedentes de donantes vivos, además de la extracción de piezas anatómicas de fallecidos que sí contaba con antecedentes legislativos, impone el carácter gratuito a todos estos actos y se pronuncia en favor del diagnóstico de muerte cerebral, entre otras singularidades a que después aludiremos.

Antes de entrar al análisis de esta legislación, evocando brevemente sus antecedentes legales, queremos dejar claras algunas premisas generales sobre el fenómeno en beneficio del lector poco versado, aunque tengamos que irritar a los especialistas.

NOTAS GENERALES SOBRE TRASPLANTES DE ORGANOS: HUMANOS

Planteamiento del problema

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.

El cerebro, o más bien el sistema nervioso central, en donde radican la sensibilidad y la coordinación corpórea, la conciencia y las altas capacidades afectivas, volitivas e intelectivas, depende a su vez del correcto funcionamiento de los órganos del cuerpo. El cerebro y sus conexiones constituyen un órgano también, pero dado que en él radica lo que de humano tiene nuestra vida, nada se opone, según mi entender, a que le subordinemos todas las demás funciones meramente biológicas, tan comunes en el reino animal.

La conciencia de vivir y el placer que normalmente proporciona, aun en condiciones adversas, nos hace procurar el mantenimiento de nuestra vida, su mejoramiento y defensa, aceptando con poca resignación las consecuencias del pecado original: el sufrimiento y la muerte. De ahí la importancia de la medicina, la atracción morbosa del sistema capitalista y la jerarquía del Derecho penal en relación con estas expectativas.

En más de una triste ocasión, sin embargo, nuestra naturaleza mortal se ve precocemente confirmada por un diagnóstico médico sobre disfunciones orgánicas incurables, por tener su origen en la atrofía irreversible del órgano mismo. La solución quirúrgica es en extremo simple: sustituir el órgano dañado que compromete tan gravemente a todo el sistema corpóreo.

La intervención quirúrgica

Desde el punto de vista de la cirugía no existe ningún problema técnico. Una larga experimentación sobre cadáveres de humanos y sobre animales vivos, amén de muchos casos de cirugía experimental sobre seres humanos vivientes, han extremado la pericia de los médicos especializados en esta área. Las nuevas técnicas de anestesia y reanimación han hecho posibles los injertos viscerales, «pues se ha logrado mantener muchísimo tiempo la anestesia por ser de poca toxicidad la sustancia empleada, así como perfectas hibernaciones artificiales y la aplicación de un sistema de circulación extracorpórea con una adecuada oxigenación».

Decía el Dr. Manuel Martínez Selles hace quince años, en una profecía que se ha cumplido cabalmente, que «a medida que se hayan adaptado tales recursos con precisión matemática, se podrán ver en materia de trasplantes hechos realmente prodigiosos. Con el corazón parado y la sangre circulando por el cuerpo con impulso extracorpóreo, en perfecta sincronización, el operado, merced a la hibernación, permanecerá insensible e inmóvil durante las horas que se desee. Se podrá operar a los humanos con perfecta calma, tomándose el cirujano las horas que precise, realizándose cada vez más numerosos, ambiciosos e insospechados trasplantes» (2).

El rechazo genético

El verdadero problema médico en relación con el receptor, grave e irresoluble, por lo menos hasta nuestros días, y que amenaza con disminuir e incluso eliminar a la gran mayoría de los trasplantes viscerales (*), es el fenómeno de rechazo.

El profesor chileno Eduardo Novoa Monreal nos explica que cada individuo es una combinación de millones de variantes en los factores hereditarios, transmitidos a través de innumerables generaciones. Estos terminan fijando las diferencias de los hombres entre sí, caracterizando a cada individuo en su estructura somática, sus habilidades y su carácter. Esta combinación se produce igualmente en cada una de las células que forman el ser vivo, imponiendo armonía y paz entre ellas, ya que al ser genóticamente idénticas, se comportan y reaccionan conforme a un mismo código genético, que es diverso en cada individuo.

Esta armonía se rompe cuando en el conjunto celular se trasplantan células que responden a una individualidad diversa, es decir, a un código genético diferente. Contra estos cuerpos extraños cada orga-

(2) MANUEL MARTÍNEZ SELLES, *Cesión y venta de órganos humanos tanto de vivos como de muertos*, "Boletín Informativo del Ministerio de Justicia Español", núm. 653, 1965, pág. 7.

(*) Canadá prohibió los trasplantes de corazón humano, hasta que se hubiera experimentado con éxito sobre el fenómeno de rechazo, atendiendo a que los pacientes operados murieron poco tiempo después de efectuado el trasplante, como había sucedido ya en los 75 injertos de corazón practicados sobre perros, en el plazo de 18 meses, a consecuencia del mismo proceso.

nismo tiene un sistema de alarma altamente diferenciado, que detecta la presencia de esa estructura biológica ajena y la declara inmediatamente como «enemigo», movilizándolo todo un sistema defensivo compuesto por «inmunocitos» (plasmacélulas, linfocitos o células del sistema reticuloendotelial), productores de materias defensivas que neutralizan y eliminan a esas sustancias biológicas que no responden al mismo bioquemismo.

Los anticuerpos transportados por los glóbulos blancos, multiplicados ante la presencia extraña, producen procesos inflamatorios, hemorragias y degradación de las fibras musculares del injerto, hasta provocar su desprendimiento y destrucción (3). A este fenómeno se le reconoce como rechazo.

Por eso afirma el Dr. Martínez Selles, antes citado, que «para realizar con éxito un trasplante orgánico, tratándose de vísceras, lo primero que hay que salvar es la barrera genética existente entre diversos individuos; exceptuando de tal condición a aquellos tejidos que apenas tienen vasos sanguíneos, tal y como acontece con las córneas, que solamente en su margen tienen un conato de ellos para aportar la linfa nutricia, lo que permite un amplio margen de realizaciones, como sucede con los huesos, para su trasplante».

El aprovechamiento de otros tejidos o líquidos de naturaleza regenerable como los derivados lácteos y la esperma, tomados ordinariamente de cedentes vivos, no presenta ningún fenómeno de rechazo, ni entran en la categoría ni en la problemática de los trasplantes, como sí sucede con la sangre (*), cuya asimilación, sin embargo, no ocasiona problemas cuando se ha seguido una cuidadosa identificación histológica entre cedente y receptor.

Los procedimientos inmunodepresores

Los trasplantes homovitales generan, pues, en diversas proporciones, un fenómeno de rechazo que debe ser tratado con inmunodepre-

(3) Véase EDUARDO NOVOA MONREAL, *El trasplante de corazón. Aspectos médicos legales, éticos y jurídicos*, E. Universitaria S. A., Santiago de Chile 1969, págs. 22, 23 y 24.

(*) Un apunte para adicionar las legislaciones sobre obtención, almacenamiento y utilización de tejido sanguíneo, es la afirmación del profesor D. A. Petrov, del Instituto Schliposovsky de Moscú, citada por REPETTO Y REY, de que el 70 por 100 de las transfusiones sanguíneas que se realizan en aquel país utilizan sangre de cadáver. La cantidad hasta ahora transfundida asciende a unas veinticinco toneladas. Por término medio, un cadáver proporciona dos o tres litros, sin diluir, pero mediante una técnica de lavado del sistema vascular, se consiguen dos litros más. El material es recogido dentro de un período de seis a ocho horas a partir del fallecimiento, tiempo en el que todavía se mantiene potencialmente en condiciones funcionales de transportar oxígeno. Puede conservarse por veinte o treinta días. Debe quedar claro que la actual legislación española sobre trasplantes, al excluir expresamente la utilización terapéutica de la sangre humana y sus derivados de sus normas reguladoras, impide este espectacular aprovechamiento del cadáver, debiéndose actualizar las normas sectoriales sobre la materia si se quiere llegar a este fin. El tema se regula actualmente en el Decreto del 26 de junio de 1975, núm. 1574, y la Orden del Ministerio de Gobernación del 14 de mayo de 1976, sobre la hemodonación y los bancos de sangre.

sores. Es decir, con terapias inmonológicas que disminuyan radicalmente la reacción del organismo contra el tejido extraño.

Tres armas han sido puestas a disposición de los médicos: la primera, la irradiación —del tipo de la bomba de «cobalto»—, que parece haber sido la responsable del fallecimiento del primer operado en la Ciudad del Cabo, ya que un «ametrallamiento» excesivo provoca seguramente el hundimiento de los glóbulos blancos de la sangre. La segunda, el empleo de los «inmunodepresores» y de la cortisona, que parecen asegurar una terapia «más equilibrada», merced al empleo de dosis más débiles pero más eficaces contra el rechazo. La tercera, que podría suplantar a las precedentes, es el «suero antilinfocitario» (4).

Estos métodos evitan o retardan la reacción inmunológica del organismo contra el tejido extraño, pero le deja, según el profesor Novoa Monreal, imposibilitado para defenderse de otros agente infecciosos, además de que acortan considerablemente la vida; se ha comprobado que producen cáncer hasta en el 51 por 100 de los animales que no han muerto, ya que atacan las sustancias hereditarias de las células, transformándolas y alterándolas. No hay solución médica todavía para el fenómeno de rechazo. El procedimiento inmunodepresor no es selectivo, disminuye o retarda el rechazo genético, pero condena al organismo receptor a morir por la infección más vanal.

Experimentación y terapia médica

Uno de los temas más debatidos a propósito de los trasplantes de órganos humanos, es el de si poseen todavía calidad experimental, o han adquirido ya un carácter terapéutico.

No es una distinción académica del fenómeno lo que se pretende, sino ubicar su licitud ante el Derecho, determinando los límites de la intangibilidad somática del individuo y de la protección jurídica que el Estado le debe proporcionar.

Se entiende por terapia o tratamiento médico, el que sirve para prevenir y curar las enfermedades, incluyendo las intervenciones quirúrgicas que tienden a restablecer, en beneficio exclusivo del paciente, la forma o el funcionamiento normal de algunos órganos o la estética corporal. Este es el principio que legitima cualquier intervención quirúrgica, el de ser un medio autorizado, debidamente confirmado en su técnica y resultados, que tiene por objeto principal favorecer la salud del paciente.

La experimentación científica en cambio, según la versión más conocida, no pretende curar al sujeto, quien en muchos casos goza de salud y normalidad anatómica, sino descubrir, avanzat científicamente, confirmar hipótesis y métodos curativos con un fin humanitario si se quiere, pero futuro e impersonal. Los riesgos orgánicos son difícil-

(4) Nota del profesor JEAN GRAVEN, *Nuevas aportaciones en torno al problema de la "vida" y de la "muerte" y sus incidencias jurídicas*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo 21, 1968, pág. 236.

mente determinables, precisamente por desconocerse los efectos de la intervención.

Una distinción así de tajante, nos llevaría en una reacción primaria a oponernos a la experimentación médica sobre seres humanos, a proteger su dignidad, su integridad y su propia vida, aun contra su expresa y libre voluntad.

Tan humanitaria conclusión, sin embargo, sería egoísta, apresurada y producto de una deficiente información. Ferrando Mantovani amplía la noción de estos conceptos (5), admitiendo que la *experimentación pura* no tiene como finalidad conseguir una ventaja para la salud del paciente, sino verificar una hipótesis científica con el fin de adquirir nuevos conocimientos en beneficio de la Humanidad, siendo su máxima nota distintiva la ignorancia de los resultados, positivos o negativos, lo que hace de ella por definición y en cierta medida, «un viaggio nell'ignoto».

Introduce, no obstante, un nuevo concepto en el que hace poco más de veinte años hubieran caído de plano casi todos los trasplantes de órganos humanos; el de *experimentación terapéutica o clínica*, en posición intermedia entre la verdadera terapia y la experimentación pura, caracterizándola por su interés en la salud del paciente, aunque el tratamiento o método estuviese a nivel de experimentación, justificando su aplicación en la misma situación desesperada del individuo.

En relación al tema, el profesor de la Universidad de Berlín, Dr. Hans Lüttger, en una conferencia sobre los problemas jurídico-penales en la trasplatación de órganos (6), requería dos elementos para determinar la calidad terapéutica de la intervención; la indicación médica y la técnica quirúrgica.

La indicación médica resulta del estudio comparativo entre el diagnóstico y el pronóstico del caso, basándose en consideraciones médico-jurídicas, no en juicios éticos de valor, ya que entre la situación actual y la que se espera obtener mediante el trasplante, debe existir una probabilidad objetiva de mejoría, no sólo una posibilidad. El simple aplazamiento de la muerte no es un argumento válido, ya que por éxito terapéutico debe entenderse la rehabilitación total o parcial del paciente. La supervivencia garantizada por más de un año podría servir de índice.

Las probabilidades de éxito y los riesgos de fracaso se obtienen en virtud de un cotejo estadístico de las intervenciones ya realizadas en centros especializadas, procurando no olvidar que la operación está condenada a fracasar si el equipo no cuenta con experiencia, instrumental y capacidad técnica quirúrgica, ya que lo decisivo no es el porcentaje de éxitos que otros médicos hayan alcanzado, sino la experiencia concreta del equipo interviniente. El riesgo natural de la

(5) FERRANDO MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Cedam Pádova, 1974, págs. 16 y ss.

(6) Incluida en el Seminario auspiciado por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, sobre "los problemas límites entre el Derecho penal y la Criminología, sustentado por el profesor HANS LÜTTGER los días 10 de marzo a 10 de abril de 1980.

operación no debe ser atendido en forma aislada, pues paralizaríamos la cirugía.

Señaló por último el conferencista, que los trasplantes de corazón, hígado y pulmones, entre otros, han caído en desuso por su acusado carácter experimental, pues el fenómeno del rechazo es uno de los factores que deben tomarse en cuenta al momento de la indicación médica, la que en más de una ocasión se ha orientado por la mera «chance» ocasional o la expectativa bien intencionada, olvidando que la casualidad o los milagros no son cuantificables en la medicina curativa.

«Mientras las dificultades del rechazo subsistan, dice también Novoa Monreal —porque los aspectos propiamente quirúrgicos parecen haber sido dominados—, el trasplante de corazón se hallará en una etapa experimental, como un camino no debidamente esclarecido que la ciencia se esfuerza por alumbrar» (7).

Entrando en la polémica, el profesor Jean Graven responde en cambio, con plena convicción, que «hoy, en lo que concierne a los injertos de corazón humano, practicados por equipos de especialistas perfectamente calificados, después de todas las experiencias convincentes sobre el animal, con todos los aparatos técnicos perfeccionados y con el concurso de las personas competentes cuya ayuda se estime necesaria, particularmente en el dominio de la inmunología, se ha pasado del estado de la «experimentación» al de la «terapéutica» y la situación jurídica está desde luego clara, si esos imperativos se han respetado y, particularmente, si las condiciones de control de una detención completa de las funciones cerebrales del donante se cumplen, y si el consentimiento de éste ha sido regularmente obtenido» (8).

A propósito de la experimentación, el código de Deontología Médica español, admite que «las pruebas en el hombre de nuevos medicamentos y nuevas técnicas es algo científicamente necesario; no obstante, sólo pueden practicarse después de una experimentación animal realizada con seriedad durante un tiempo suficiente, y si los resultados de estos experimentos, valorados científicamente, demuestran posibilidades de éxito...». «La experimentación en el hombre sano sólo puede admitirse cuando el sujeto es mayor de edad, se encuentra en situación de dar libremente su consentimiento y en condiciones de vigilancia médica que puedan hacer frente a cualquier complicación».

La medicina reconoce, pues, la necesidad y justificación de la experimentación pura sobre humanos, aunque la Asociación Americana de Médicos y otras muchas organizaciones admiten el hecho, siempre que: a) se hubieren agotado las investigaciones sobre animales; b) no impliquen certeza de muerte para el sujeto; c) éste conozca las implicaciones y riesgos del experimento; d) haya dado su libre y expreso consentimiento; e) se usen como sujetos de experimento únicamente

(7) EDUARDO NOVOA MONREAL, *Los problemas jurídico-sociales del trasplante de corazón*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Editorial Pannedille B. A., Argentina 1970, págs. 233 y 234.

(8)) JEAN GRAVEN, *Obra citada*, en pág. 6, nota en pág. 449.

a personas cuya eventual pérdida no sea excesivamente dañosa para la sociedad (ancianos, desahuciados, condenados a prisión perpetua); f) se realicen en el menor número posible y se condicione su repetición a los resultados obtenidos, y g) se trate de experiencias que hayan de significar un avance importante para la Ciencia y para la Humanidad.

No obstante su indiscutible beneficio, la licitud de estas actividades quedará siempre bajo impugnación, ya que la libre disposición de nuestro cuerpo no ha sido definida ni delimitada como derecho, y sí en cambio existen legislaciones como el Código penal español que declara irrelevante el consentimiento de la víctima en el delito de lesiones, artículo 428, criterio que sigue casi unánimemente la doctrina (9), prolongándolo al homicidio, si bien la muerte consentida o a petición (auxilio efectivo al suicidio), aparezca atenuada en algunas legislaciones, como la mejicana y la italiana entre otras, y a pesar de las discrepancias respecto a la punibilidad de la eutanasia.

Mientras no exista una legislación que regule la experimentación sobre seres humanos vivos, como sí existe respecto a la utilización de cadáveres no reclamados para fines científicos o didácticos, los médicos experimentadores del mundo, incluso los mejor intencionados, y no obstante contar con la autorización del sujeto, serán técnicamente criminales aunque nadie se entere, e independientemente de que los tribunales les absuelvan con argumentos laterales, socio-políticos más que legales.

Si los trasplantes de órganos fueran considerados como actividades de tipo experimental, no cabe duda que la problemática antes señalada les arrastraría por igual, pero es el caso que muchos de éstos entran, como ya señalábamos al citar a Mantovani, en una segunda categoría, la de terapia experimental, que se caracteriza por su naturaleza ecléctica, es decir, porque el beneficio curativo que se pretende es inmediato y personal, se aplica a un sujeto gravemente enfermo ante quien otros métodos tradicionales han fracasado, aunque la técnica y sus resultados no sean del todo conocidos por estar precisamente en fase experimental.

No creo, sin embargo, que se pueda generalizar sobre la naturaleza de estas intervenciones. Algunas hay que han alcanzado un éxito y una madurez científica indiscutible, como los trasplantes de córneas

(9) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA apunta que antes de la reforma de 1963 la situación doctrinal en España no era pacífica, ya que un sector negaba toda eficacia al consentimiento, argumentando la indisponibilidad de la integridad corporal y la salud, mientras que otro sostenía que el consentimiento excluye la antijuricidad de la conducta lesiva. La reforma no ha resuelto el problema, afirma el conocido penalista, sino que lo ha complicado innecesariamente, entre otras razones, porque declarar formalmente la irrelevancia del consentimiento de la víctima en el delito de lesiones nos puede conducir a la conclusión de que en los demás delitos en que no existe tal declaración, el consentimiento excluye siempre la antijuricidad, lo que es inadmisibile. Véase para abundar, la obra de este autor *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid 1977, págs. 136 y ss.

y riñones. Otras que de experimental sólo tienen el recuerdo de sus inicios, como el trasplante de corazón, a cuyo éxito total se opone solamente la barrera genética de que ya hemos hablado, pero que concuerda con las recomendaciones anticipadas por el mismo Pío XII, en su discurso del 30 de septiembre de 1954, ante un Congreso de médicos. Dijo entonces el Papa que, «en los casos desesperados, cuando el enfermo parece perdido y si no existe todavía un medio último de curarle que tenga alguna posibilidad, incluso mínima, de éxito, se debe admitir que el médico pueda, con la autorización explícita o tácita del enfermo, proceder a un tratamiento experimental. Pero tres condiciones son indispensables; la urgencia de la intervención «algunas posibilidades de éxito» y el consentimiento del enfermo.

Los actuales trasplantes, por otra parte, no deben calificarse como experimentos o como terapias, en función de oscuros criterios cuantitativos, derivados del cotejo de las probabilidades de vida sin la operación o a consecuencia de ésta, reconociendo solamente a aquéllos que garanticen una supervivencia mínima de un año, como sugería el profesor Hans Lütger en su conferencia. Esta posición no toma en cuenta la multitud de factores que intervienen, no todos favorables, ni sujetos a control, ni relacionados con el trasplante; pretende además dar un contenido material a la simple probabilidad de éxito, olvidando la historia y el difícil avance de la Humanidad en el campo de la medicina. Si hubiéramos impuesto estos criterios cuando se iniciaron los trasplantes de riñón, no hubieran obtenido ese merecido triunfo sobre una patología irreversible, triunfo que muy pocos discuten en la actualidad.

Es verdad que en esta materia existen intervenciones que podrían quedar en el campo de la experimentación o, si se quiere, en el de la fantacirugía, como son el trasplante de cerebro o el de las glándulas sexuales, ampliamente violatorias de la dignidad humana, pero este problema puede encontrar respuesta legislativa también, como la que surge del artículo 1.º de la Ley italiana del 2 de diciembre de 1975, sobre extracciones de parte de cadáveres con finalidad de trasplante terapéutico, que prohíbe, salvo casos de autopsia, extraer el cadáver el encéfalo y las glándulas de la zona genital y de la procreación, como también lo hace en forma menos radical la Ley sudafricana de 1970, que sólo prohíbe el uso de cualquier gonada, tomada del cadáver a fin de procreación, si no se cuenta con autorización ministerial escrita.

Cualquiera que sea la excluyente, el hecho es que las intervenciones terapéuticas no son punibles, como sí podrían serlo, eventualmente, las prácticas meramente experimentales sobre seres humanos vivos, aunque éstos hubiesen dado su consentimiento. De aquí la importancia de determinar doctrinal y legislativamente cuáles trasplantes merecen el carácter de terapéuticos.

Extracción de órganos y tejidos del cadáver

Venciendo los milenarios temores a la muerte, tan íntimamente ligados a la intangibilidad del cadáver y a una mala interpretación de la doctrina de la reencarnación, el cuerpo de los fallecidos empezó a enriquecer los conocimientos médicos desde hace siglos. Los cadáveres no reclamados fueron entregados a la experimentación e investigación científica de hospitales y universidades.

Esta tradición, que llega a nuestros tiempos con grandes deficiencias cuantitativas en cuanto a la disponibilidad de cuerpos humanos sin vida y las necesidades científicas, se ve angustiosamente agravada, ahora incluso en el aspecto cualitativo, ante la reciente posibilidad de injertar sustancias orgánicas todavía vivas para devolver la salud o prolongar la existencia de muchos seres humanos.

Después del aspecto médico, el ético-religioso fue el primero en manifestarse, con mayor firmeza y claridad que el jurídico.

Pío XII, en un discurso relativo a los trasplantes de córneas, hace casi veinticinco años, admitió que eran inobjetables en el aspecto moral, pues el cadáver ya no es sujeto posible de derechos. En opinión de este Papa, la utilización de algunos órganos del cuerpo humano, después de muerto, con fines utilitarios y caritativos «es un derecho del hombre que para nada atenta a la doctrina de la resurrección», con tal y que se respete hasta el último aliento de vida, mediante una correcta determinación de la muerte.

Muy pocas son las legislaciones sobre trasplantes que hayan cumplido la mayoría de edad. Las primeras conocidas regularon el aprovechamiento de cadáveres para fines terapéuticos o científicos, con todo tipo de cautelas. Ante las exigencias de quienes proponían la incautación del cadáver humano para fines terapéuticos, ignorando la voluntad del difunto o de sus herederos, por considerar que el beneficio social no podía quedar subordinado a la ingratitud, al egoísmo o a una equivocada veneración, el legislador sólo admitió el aprovechamiento de aquellos cadáveres respecto de los que hubiera una donación expresa, o una autorización, presumida a veces en la ausencia de oposición de la familia.

Es cierto que no escuchó las voces plañideras que se oponían a cualquier utilización del cadáver, esgrimiendo argumentos éticos y religiosos no totalmente superados en la actualidad, pero tampoco modificó el procedimiento tradicional para diagnosticar la muerte, limitando de hecho el número de las piezas aprovechables, impidiendo así un mayor desarrollo en la cirugía de los trasplantes orgánicos.

El nuevo fenómeno incidió de lleno en el tema del derecho a la disposición del cuerpo, como manifestación de ese amplio derecho a la personalidad que, según Joaquín Díez Díaz, camina hacia una universal aceptación. A pesar de que «nuestro Código civil carece de un reconocimiento ex profeso acerca de un derecho corporal subjetivo, característico e independiente... el cuerpo humano se presta innegable-

mente, y en mayor medida cada día, a una más amplia y complicada utilización» (10).

Las diversas legislaciones sobre trasplantes que admiten la donación de nuestros órganos para ejecutarse después de la muerte y, especialmente, las leyes más recientes que autorizan la cesión en vida de ciertos tejidos regenerables y de uno de los órganos dobles, parecen reconocer parcialmente ese derecho personalísimo que tiene el individuo sobre su propio cuerpo, siempre que no implique la privación de la existencia o afecte gravemente la integridad y funcionamiento del soma. El que estas condiciones sean ajenas a la cesión «post mortem» de piezas corporales para trasplante o del cadáver entero a fines de investigación, no quiere decir que la muerte sea un límite a la protección del derecho, pues en los casos de cesión parcial, el cadáver debe ser reconstruido cuidadosamente y entregado a su familia, para que se cumpla el destino bíblico, ético y jurídico de devolverlo a la tierra con la dignidad y respeto que se debe a la envoltura humana.

La voluntad del donante o su familia

La voluntad del donante parecía ser, hasta hace pocos años, el elemento que legitimaba la extracción o, en su caso, la autorización de su familia. Las condiciones y formalidades no aparecían normalmente en las leyes pioneras del trasplante orgánico, pero un natural reenvío a la legislación común nos daba la respuesta: mayoría de edad y plena capacidad mental, consentimiento expreso, libre y consciente, amén de la posibilidad de revocar la donación sin responsabilidad.

De las condiciones antes señaladas y de la especial naturaleza de la cesión de órganos del propio cuerpo, para ejecutarse en vida o después de la muerte, se desprende que este acto personalísimo y trascendental no admite representación. Nadie puede otorgar consentimiento por otro. Ningún poder, por amplio que sea, puede legitimar la donación corpórea del poderdante. La familia está llamada en muchas legislaciones a dar su consentimiento, expreso o tácito (cuando no muestra oposición), pero este derecho, desprovisto totalmente de carácter patrimonial, sólo puede ejercitarse cuando el sujeto ya haya fallecido y siempre que no hubiese hecho ninguna manifestación de voluntad a este respecto. Si se opuso expresamente a que se utilizara de su cuerpo, la autorización de sus parientes carecería de valor legal, como también en el caso opuesto, por tener ésta un carácter subsidiario.

No existe, sin embargo, uniformidad legislativa respecto de la validez o irrelevancia del consentimiento para la toma de tejidos, cuando se trate de muertes violentas o sospechosas que requieran la intervención judicial y la autopsia como método de diagnóstico sobre sus

(10) Véase JOAQUÍN DíEZ DíAZ, *El derecho a la disposición del cuerpo*, Edit. Reus, S. A., separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid 1967, pág. 16.

causas. La Orden del 17 de febrero de 1955 del Ministerio de Justicia español, dispone que los jueces de instrucción podrán autorizar la obtención de piezas anatómicas del cadáver... «siempre que el finado hubiese manifestado en vida por acto o documento auténtico su conformidad, o cuando requeridos sus familiares con quienes conviviere, concedan la oportuna autorización, o no conste su oposición cuando no sea posible practicar el requerimiento». El Reglamento de junio de 1977 de la Ley italiana sobre extracción de partes del cadáver con finalidad de trasplante terapéutico, dispone en cambio, en su artículo 9, que «en la extracción de un individuo sometido a diagnóstico de investigación, según la ley, o a operación de autopsia ordenada por la autoridad judicial, no se requiere la interpelación a los familiares, ni es válida la eventual denegación a la extracción expresada en vida del individuo.

Un último señalamiento resulta necesario; el término «parientes» no identifica necesariamente a los herederos, ni incluye al cónyuge superviviente que ningún parentesco guardaba con el difunto. La locución «familiares» en cambio, sí le incluye pero no resuelve el problema de prelación o la falta de acuerdo entre los miembros de la familia. La Ley italiana resuelve parcialmente el caso al reconocer efectos a la oposición del cónyuge no separado, a los hijos mayores de dieciocho años o a los padres, por este orden.

A reserva de volver sobre nuestros pasos cuando analicemos en concreto la Ley española, quede claro, sin embargo, que el interés del tema se pierde sustancialmente en aquellas legislaciones que, como ésta, presumen el «animus donandi» del difunto, a falta de oposición expresa, negando toda intervención a la familia.

El carácter oneroso o gratuito de la cesión de órganos humanos

Los criterios sobre la gratuidad de la cesión se presentan dispares, aunque legislativamente las simpatías se han inclinado por el altruismo, condicionado a que la extracción no resulte onerosa para el cedente o su familia.

Un sector importante de la doctrina se opone en forma radical a la retribución, argumentando que el cadáver es «res extra commercium» y que el ser humano no tiene un derecho de propiedad tradicional, ni sobre sus órganos en vida, ni sobre su cadáver, y que menos aún lo tiene su familia, la que no puede disponer onerosamente del mismo. Para algunos autores, el consentimiento o la oposición para que se aproveche altruistamente en fines terapéuticos o científicos no son ni siquiera manifestaciones de un verdadero derecho a la disposición extrapatrimonial del cadáver en favor de la familia, sino una manifestación delegada de la verdadera voluntad del occiso. Así, resultaría ilícito, o por lo menos inmoral, el consentimiento de los deudos, cuando éstos supieran a ciencia cierta que el difunto siempre rechazó la idea de ser utilizado en actividades de trasplante o investigación.

«Nos encontramos ante una situación totalmente nueva, dice en

cambio Novoa Monreal, que no puede ser resuelta sobre la base de esquemas tradicionales...». «Dentro del sistema de valores imperante y conforme a las bases del Derecho actual, no es posible formular censura, desde el punto de vista estrictamente jurídico, al deudo que demande un pago a cambio de su asentimiento para que se haga uso del cadáver o de una parte de él. Lo cual significa que no podría hablarse en tal caso ni de causa ni de objeto ilícito, ni de convención contraria al orden público y a las buenas costumbres, que sirviera de motivo de anulación o invalidez del pacto celebrado».

«Una exigencia pecuniaria de esta clase, concluye el autor en cita, podría estar originada en la codicia o en la necesidad. En el primer caso el problema se desplaza al campo ético y deja el jurídico. En el segundo, la sociedad no podría desaprobare el acto de quien por las circunstancias en que ella misma le hace vivir, se ve compelido a formular cobro» (11).

Como criterio formal sobre la validez jurídica de las cesiones orgánicas motivadas en el lucro, el maestro Quintano Ripollés admite que en puro Derecho penal, queda fuera de duda que, aun con la presencia de este afán lucrativo, el valor del consentimiento en las operaciones de tal clase no pierde virtualidad» (12).

El Dr. Martínez Selles después de admitir como lícita la cesión en vida de uno de los órganos pares, «siempre que no existan otros medios de lograr la finalidad curativa», añade que «el carácter oneroso o gratuito no altera esta licitud» (13).

En igual forma concluye Ruiz Vadillo al decir que «no parece que haya inconveniente en aceptar la existencia de un contrato oneroso de cesión del cadáver, siempre que se someta a una rigurosa disciplina normativa, con exigencia registral» (14).

José María Reyes Monterreal, ya citado, condiciona la disposición en vida, entre otros requisitos, a que «no suponga un tráfico constante ni motivo de repetido y constante lucro para el cedente. Esto no quiere decir, agrega este autor, que deba impedirse en absoluto la cesión onerosa o mediante contraprestación, en principio admisible y perfectamente lícita».

Lo más interesante, por no decir absurdo, de la polémica a propósito de la gratuidad o lucro de estas «donaciones», es que los autores de uno y otro bando se pertrechan en argumentos preponderantemente jurídicos. Así, según Repetto y Rey, «el cadáver, para el Derecho, está fuera del tráfico y comercio de los hombres. Por tanto,

(11) EDUARDO NOVOA MONREAL, *Obra citada* en pág. 5. La nota en págs. 62 y 63.

(12) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Edit. "Revista de Derecho Privado", Madrid 1962, página 683.

(13) MANUEL MARTÍNEZ SELLES, *Obra citada* en pág. 4. Notas en págs. 4 y 5.

(14) ENRIQUE RUIZ VADILLO, *El trasplante de órganos en el Ordenamiento jurídico español*, "Boletín Informativo del Ministerio de Justicia", 1968, núm. 777, pág. 11.

no puede ser objeto ni de incautación, ni de un destino que roce tan siquiera un beneficio de lucro».

La posición de Romeo Casabona viene acompañado de nuevos elementos de refuerzo, distintos de los jurídico-formales. «Es imprescindible, afirma este autor, la absoluta gratuidad en la obtención de órganos, para evitar así discriminaciones en el acceso a esta modalidad terapéutica; garantizar la espontaneidad en la operación y proteger, en suma, la dignidad humana. La obtención de sangre debe apartarse de esta prohibición, por sus características especiales de ser un tejido regenerable y por las grandes necesidades de la misma» (15).

Nosotros no creemos que el criterio de la necesidad sea válido para justificar la enajenabilidad de la sangre, pues idéntico argumento podía servir, atendiendo a la necesidad de los casos concretos, para cualquier otro tejido. Si las necesidades hemáticas fueran cubiertas merced a la extracción de sangre de cadáveres recientes, ¿se prohibiría entonces su enajenación entre vivos, o solamente disminuiría su valor como consecuencia de la mutación entre la oferta y la demanda? Su carácter regenerable, por otra parte, debería facilitar el «animus donandi» de quien quiera que posea un mínimo de civilidad y tuviera el vientre satisfecho.

La sangre, sin embargo, no es más que otro producto de ese gran mercado de la miseria que los Gobiernos no han podido clausurar. La ofrece por hambre el vendedor y la compra para sobrevivir el lesionado, como también sucede en la prostitución, la explotación de menores, la especulación alimenticia y la usura. No busquemos, pues, argumentos para justificar su venta, si no queremos convertirnos en cómplices de quienes sólo se ocupan en administrar la miseria moral y material de sus propios gobernados.

Independientemente de la calidad patrimonial de las partes ya desprendidas del cuerpo humano, más allá de los argumentos morales y religiosos contra el carácter oneroso de la cesión de tejidos, cuya finalidad terapéutica o curativa difícilmente compagina con el consentimiento retribuido de quien no es totalmente dueño de su cuerpo; la crítica mayor a ese vergonzoso comercio de refracciones anatómicas, es que sólo beneficiaría a la vida y a la salud de quienes pudieran pagarlas.

La cesión onerosa de órganos para ejecutarse post-mortem, no sólo atenta contra la dignidad del «donante», envolviendo en la duda su «libre voluntad», sino que, cuando sea la miseria el móvil profundo, el Estado habrá perdido su razón de ser.

¿De qué sirve una estructura política creada para proteger y beneficiar al ser humano, si no puede evitar que éste venda por hambre, y no en el aspecto sexual, su propio cuerpo? (*).

(15) CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, pág. 162.

(*) Enorme estupor produjo en todo el mundo, y especialmente en Francia, en los inicios del año 1948, el anuncio de un padre desesperado por no poder alimentar a su familia. Anunciaba que ponía en venta sus ojos.

Desde el punto de vista criminológico, la pregunta encuentra respuesta en un mayor número de «suicidios» y homicidios conectados con el tráfico clandestino de sustancias orgánicas.

En fin, para evitar la especulación, el fraude y la lesión, ¿el Estado llegará a la tasación catalogada de cada tejido?, ¿cuáles serán los criterios valorativos?, ¿qué legislador fijará las condiciones de esta categoría especial de negocios jurídicos...?, ¿cuál tribunal ordenará su ejecución en caso de incumplimiento, con criterios quizá más legales pero menos felices que los de Shakespeare? (*). El absurdo y la degradación del hombre serían las notas distintivas de ese «Mundo Feliz».

La gratuidad de la cesión de órganos no debe ser, sin embargo, un criterio obsesivo. El beneficio del receptor no debe repercutir en el donador o su familia. Los gastos de traslado, internamiento y extracción del órgano o tejido, tanto en vida como después de la muerte, correrán a cargo del beneficiario del órgano, como también, en tratándose de cesiones en vida, el pago de los perjuicios laborales, sin que esto pueda considerarse, de ninguna manera, un lucro.

Los riesgos quirúrgicos de la extracción y los post-operatorios son también a cargo del receptor, a menos que se contrate un seguro respecto de los mismos, cuya prima abonará igualmente el beneficiario del trasplante, a no ser que se cree un seguro obligatorio a cargo del Estado, como propone idealísticamente Romeo Casabona.

LA DETERMINACION DE LA MUERTE

Los conceptos de nacimiento y de muerte pertenecen a la obstetricia y a la tanatología. Deberían tener un contenido material e inmutable, y sin embargo, el legislador ha debido manejar esos términos en razón de ficciones y de valores socio-culturales en constante evolución.

Los conceptos de muerte orgánica total y muerte clínica no se identifican ni entre sí, ni con la noción tradicional de muerte legal. De aquí la importancia de diferenciar estos términos y referirlos al fenómeno de los trasplantes de piezas procedentes de cadáveres.

Muerte orgánica total

El nacimiento y la muerte no son fenómenos instantáneos, sino procesos que se prolongan en el tiempo y que poseen una secuela perfectamente caracterizada. Tozzini define a esta última desde el punto de vista biofisiológico como «la paralización progresiva que culmina en la destrucción del complejo químico vital, cuyos integrantes retornan, así, a lo inorgánico» (16).

(*) En su obra *El Mercader de Venecia*.

(16) CARLOS TOZZINI, *El problema del donante en los trasplantes de corazón*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Edit. Pannadille, Buenos Aires, Argentina 1970, págs. 246 y ss.

El profesor Rodríguez Devesa nos explica que la capacidad de los tejidos para resistir la falta de oxígeno no es igual, por eso «la muerte» de los diferentes órganos del cuerpo no se produce simultánea, sino sucesivamente. Esta diferencia cronológica entre la muerte del cerebro y la de los otros órganos que tardan más en «morir» es la que permite su utilización por otra persona. El hecho es conocido desde la más remota antigüedad, pues hay tejidos, como el pelo y las uñas, que continúan proliferando, aún después de varios días del fallecimiento (17).

Si tomáramos al hombre como un simple conjunto celular, y diferenciamos aquellos componentes que poseen capacidad de regenerarse (piel, uñas, pelo) de los que han perdido esta facultad (neuronas o células cerebrales), admitiendo que según las necesidades de oxigenación y la composición química, unos morirán antes que otros, comprenderemos mejor el fétido concepto de muerte total, en la que no queda ninguna célula viva, porque el proceso de degeneración biológica ha concluido.

Muerte legal

La cesación de las funciones y la necrosis de los tejidos siguen una secuela lógica. En la normalidad de los casos, los sistemas respiratorio y cardiovascular suspenden casi al unísono sus actividades y, por lo tanto, la irrigación cerebral, concluyendo así lo que se han venido denominando «reacciones vitales».

El proceso mortal afecta básicamente la actividad cerebral, toda vez que para este órgano la oxigenación es vital; su corteza no puede subsistir sin oxígeno más allá de tres a seis minutos. La muerte del cerebro significa una pérdida irreparable, no sólo porque sus células no tienen la capacidad de reconstruirse, sino porque en él radica la dirección de ese todo armonioso que es el hombre.

Los signos negativos de vida han sido adoptados por la mayoría de las legislaciones «tradicionales» para fijar el concepto de «muerte legal», es decir, una total insensibilidad en los centros nerviosos vitales, una paralización de la respiración y una detención de las funciones circulatorias.

Periodo de constatación en la muerte legal

Pero para dar mayor seguridad al diagnóstico y proteger a un individuo eventualmente vivo, la mayoría de las legislaciones prohíben la inhumación y la práctica de la autopsia antes de las veinticuatro horas de ocurrido el fallecimiento, ordenando que se le dé sepultura antes de cuarenta y ocho horas por razones de salubridad (*).

(17) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, séptima edición, Madrid 1977, pág. 29.

(*) El Código Sanitario Mejicano dispone en sus artículos 107 y 108 que ninguna inhumación podrá efectuarse antes de que transcurran veinticuatro horas del fallecimiento, salvo que el médico que expida el

Es decir, la muerte legal opera, cuando constatados «los signos negativos de vida», han transcurrido más de veinticuatro horas del fallecimiento. En esto se diferencia de la muerte total que se caracteriza por el paso de los «signos positivos de muerte» como la rigidez cadavérica, las manchas hipostáticas y, sobre todo, la descomposición químico-física del cadáver en sus variantes de saponificación, momificación o putrefacción simple. La muerte legal tradicional no espera ni exige estas últimas manifestaciones, pero no se conforma con el solo diagnóstico médico.

Se prohíbe la práctica de la autopsia y de la inhumación dentro de las primeras veinticuatro horas del supuesto fallecimiento, como garantía de quien en alguna manera duerme, de que si estuviera vivo a pesar del diagnóstico médico, no sería matado por enterramiento o disección antes de un plazo prudente.

De esto podemos concluir que los médicos que han realizado trasplantes, tomando repuestos anatómicos de cadáveres dentro del plazo prohibido por sus respectivas legislaciones, no serán responsables de homicidio si ya se hubiese verificado y certificado la muerte, pero sí de un ilícito administrativo por inobservancia de normas reglamentarias.

La supresión de este período, atendiendo a las necesidades de trasplantes, ha seguido una solución legislativa que muestra por lo menos dos variantes: pueden derogarse las disposiciones administrativas que se refieran al período de observación, conservando sólo el primero de los requisitos; la comprobación de la muerte, o se puede reducir el período en comentario a un mínimo de seis o de doce horas. Lo que no debe hacerse es olvidar la existencia de este segundo requisito al momento de crear leyes que fijen condiciones para el diagnóstico precoz de la muerte, porque nacerán enfrentadas a este requisito administrativo de la mayor estima y justificación, el que seguirá vigente, aun en el caso de que una ley de trasplantes lo derogue ex-

certificado de defunción exprese, en dicho documento, que es urgente la inhumación del cadáver por considerar que peligre la salubridad pública, o bien, cuando las autoridades sanitarias lo determinen. Los cadáveres no deberán permanecer más de cuarenta y ocho horas sin ser inhumados, salvo que lo exijan investigaciones judiciales o que, con autorización de las autoridades sanitarias respectivas, se proceda a embalsamar el cuerpo o a conservarlo en las condiciones que fijen las mismas autoridades. Estas disposiciones se repiten en el Reglamento Federal de Cementerios, inhumaciones, exhumaciones, conservación y traslación de cadáveres en sus artículos 15 y 16.

El Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal dispone por su parte en su artículo 117, que ninguna inhumación se hará sin autorización escrita dada por el oficial del Registro Civil, quien se asegurará suficientemente del fallecimiento. No se procederá a la inhumación sino hasta después de que transcurran veinticuatro horas del fallecimiento, excepto en los casos en que se ordene otra cosa por la autoridad que corresponda.

En fin, el Reglamento del Cuerpo Médico Legista del Distrito Federal, señala en su artículo 10 que las órdenes de autopsia se cumplirán a más tardar al día siguiente de aquél en que se reciban y, en todo caso, después de veinticuatro horas de acaecido el fallecimiento.

presamente, para todos los casos de muerte que no vayan acompañadas de extracción de órganos.

Muerte clínica o cerebral

Una tercera acepción de muerte es la vinculada al carácter clínico de su comprobación. Hasta hace muy poco se consideraba la detención del corazón como criterio infalible de fallecimiento, cuando iba acompañado de otros signos aparentes de muerte (opacidad corneal, inmovilidad respiratoria, ausencia de pulsaciones, pérdida de la conciencia, disminución de la temperatura corporal, etc.). Sin embargo, los parámetros clásicos de cesación de las funciones cardíacas y respiratorias resultaron pronto desmentidas por el testimonio de muchos «resucitados» (electrocutados, catalépticos y otros), que reclamaron con pleno derecho un mejor diagnóstico para el futuro.

Se presentó, por otra parte, el problema de los «descerebrados», es decir, personas con graves e irreversibles traumatismos encefálicos, total y eternamente inconscientes, pero que mantenían excepcionalmente sus funciones vegetativas.

Los trasplantes de órganos entraron además en la polémica. La utilización de tejidos humanos debe realizarse después de la muerte del donador, en la forma más precoz posible. En pocas horas y a veces en minutos, la mayoría de los órganos han quedado inútiles para su trasplatación en otros seres humanos, por haberles alcanzado el proceso mortal.

Se hizo necesario entonces detectar un estadio en el que la recuperación del sujeto fuese imposible, admitiendo que el daño a ciertas funciones vitales debía ser tomado como signo definitivo de muerte, no obstante la persistencia de vida sectorial o biológica en ciertas partes del cadáver y, sobre todo, derogar el período de confirmación del diagnóstico.

El concepto de muerte real se modifica, dice Novoa Monreal, ya no es necesario esa «cesación total de la vida», sino la detención de ciertas funciones vitales en forma irreversible, es decir, la muerte clínica o cerebral. «En realidad la muerte debe admitirse cuando cese la vida cerebral, o mejor aún, cuando terminen definitivamente las funciones del sistema nervioso central, independientemente de que persistan otros fenómenos de vida biológica en el resto del cuerpo, o *en forma natural o artificial*, se mantenga la circulación y la respiración».

El criterio compartido por muchos médicos (18) y juristas es que «frente a la cesación de la función respiratoria, o de la falta de las llamadas reacciones vitales, nociones correspondientes a formas culturales y científicas superadas, la tanatología tiende hoy a situar el límite de la muerte en el comienzo de un proceso de claudicación de

(18) CÉSAR AUGUSTO GIRALDO y otros, *Definición de la muerte y sus implicaciones médico legales*, "Revista Universitas", Facultad de Derecho y Ciencias Socio-Económicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, junio 1973, núm. 44, págs. 23 y ss.

los centros ordenadores y mantenedores del estado de equilibrio dinámico que llamamos vida» (19).

Pocos son ya los que se oponen a esta nueva concepción. La resistencia viene más bien de moralistas y religiosos, aunque no falte la voz acusadora de algún destacado penalista que tachando de deleznable los conceptos de «muerte encefalográfica», «muerte intermedia» o «muerte anticipada», ponga en duda su aceptación bajo el imperio de un Derecho fundado en las más estrictas concepciones naturalísticas y tecnológicas, pues se introduciría en la vida social una inseguridad insoportable, fecunda en errores y, sobre todo, en iniquidades y abusos».

Lo que sucede es que «se crea un concepto nuevo de «muerte», distinto del hasta ahora imperante en la Biología y el Derecho, cuando se intenta transformar el realístico fenómeno de muerte fisiológica integral, y sustituirle por otras ideas sofisticadas, como son las que encierran los artificiosos y ajurídicos conceptos de «muerte cerebral...» o «muerte anticipada». Pues si el fenómeno de la muerte implica la cesación o término de la vida, y ésta se extingue mediante un proceso lento y progresivo que se inicia en los centros vitales y cardíacos y se propaga progresivamente a todos los órganos y tejidos, es evidente que sólo puede afirmarse que el fenómeno de la muerte ha acaecido cuando termina dicho proceso» (20).

Quien así hablaba, el profesor mejicano Jiménez Huerta, estaba movido por un exceso de indignación ante un hecho que parece formar parte de la opinión pública, y que no concuerda con la realidad, a saber: que la necesidad de obtener corazones todavía activos para realizar los trasplantes cardíacos, había motivado la sustitución de la muerte integral por un concepto de «muerte anticipada», que permitía extraer el corazón todavía palpitante de la víctima en una ofrenda sangrienta al dios de la investigación experimental.

El concepto de muerte fisiológica integral para el maestro, sólo se produce cuando cesan las interrelaciones orgánico-funcionales de aquellos órganos que hacen posibles las condiciones físicas y químicas del medio interno, esto es, cuando dejan de funcionar completamente el corazón, los pulmones y el cerebro».

También Ruiz Vadillo parece compartir la idea de una supervivencia cardio-vascular al momento del trasplante, como una condición técnica, pues refiriéndose a la determinación del momento de la muerte dice que el criterio tradicional no sirve cuando se trate de una operación del trasplante de corazón, porque la extracción ha de hacerse in-

(19) FRANCISCO FELIPE OLESA MUÑIDO, *Inducción y auxilio al suicidio*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1958, pág. 29.

(20) MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Los trasplantes de corazón y la tutela penal del bien jurídico de la vida*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, E. Pannadille, Buenos Aires, Argentina 1970, págs. 529 y 530.

mediatamente después de comprobada la muerte, cuando todavía sin embargo, está latiendo (21).

Los criterios confusos que vagan tropezando en la doctrina, hacen obligatorio un esclarecimiento del tema.

El verdadero contenido de la muerte cerebral

Todas las legislaciones, incluyendo la española, rodeaban al fenómeno de la muerte, antes que surgieran los trasplantes de órganos provenientes de cadáveres, con dos garantías; el diagnóstico médico certificando la realidad de la muerte, atendiendo a los síntomas tradicionales, y un período de observación, normalmente de veinticuatro horas, en el que obviamente no pueden realizarse sobre el cadáver ninguna actividad que pudiera coadyuvar a producir la muerte, en caso de que ésta no se hubiera realmente verificado.

Para poder eliminar esta barrera que impedía la toma oportuna de tejidos y órganos, la técnica tanatodiagnóstica ofreció reforzar la primera garantía, de forma tal que la determinación médica de la muerte revistiera un mayor grado de certeza y no fuera necesario esperar ese período de constatación. La nueva técnica consistió en comprobar la cesación de las funciones vitales, especialmente la inactividad eléctrico-cerebral, mediante el encefalograma plano, incluso bajo estimulación, repitiendo la prueba a intervalos.

El argumento básico es que un individuo con las funciones respiratorias y cardíacas paralizadas, cuyo cerebro no responda ni siquiera a los estímulos eléctricos, no requiere de ningún período de observación prolongado, pues las células de la corteza cerebral, por su extrema delicadeza, empiezan a morir a los cinco minutos siguientes a la detención de la circulación.

En relación con la muerte cerebral, los más calificados criterios médicos y las últimas legislaciones en materia de trasplantes, coinciden en exigir varios signos negativos de vida además de la inactividad encefálica, entre los que destaca la falta de respiración espontánea.

Así, el Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, en su reunión de Ginebra el 15 de junio de 1968, convocada por la Organización Mundial de la Salud, declaró que la determinación de la muerte debe basarse en las siguientes circunstancias:

- a) Pérdida de toda conexión entre el cerebro y el organismo.
- b) Incapacidad muscular total.
- c) Cesación de la respiración espontánea (*).
- d) Ausencia de presión sanguínea.
- e) Absoluta cesación de la actividad del cerebro, comprobada eléctricamente y aun bajo estímulo.

(21) Tomado de JEAN GRAVEN, *Obra citada* en pág. 6. Notas en páginas 241 y 242.

(*) Se entiende que la respiración en el cadáver es sostenida artificialmente.

Los criterios de diagnóstico sobre la muerte cerebral aprobados por la Conferencia de los Reales Colegios y Facultades de Médicos del Reino Unido, incluyen entre otras pruebas diagnósticas, además de «la ausencia de respuesta de los nervios craneales ante una estimulación adecuada de cualquier área somática, que no se produzcan movimientos respiratorios al ser desconectado el paciente del ventilador mecánico, durante el tiempo suficiente para asegurar que la tensión de dióxido de carbono arterial alcance el umbral para la estimulación de la respiración».

Entre las conclusiones del Symposium Internacional de Trasplantes de Organos, celebrado en Madrid en julio de 1969, se dijo que en el diagnóstico precoz de la muerte debe tomarse en cuenta, entre otros factores, la falta de respiración espontánea.

El artículo 4 de la Ley italiana sobre trasplantes, exige la presencia de las siguientes condiciones:

- 1) Un estado de coma profundo acompañado de:
 - a) Atrofia muscular.
 - b) Arreflexia tendinosa de los músculos del esqueleto enervados por los nervios craneales.
 - c) Indiferencia de los reflejos plantares.
 - d) Midriasis paralítica con ausencia del reflejo corneal y de reflejo pupilar de la luz.
- 2) Ausencia de respiración espontánea, después de suspensión durante los dos minutos anteriores, de la artificial.
- 3) Ausencia de actividad eléctrica cerebral, espontánea y provocada.

«El inicio de la coexistencia de las condiciones citadas, determinará el momento de la muerte, pero ésta deberá ser comprobada a través de su ininterrumpida presencia, durante un sucesivo período de al menos doce horas, en ausencia de administración de fármacos depresivos del sistema nervioso central y de condiciones de hipotermia producida artificialmente».

En fin, la moderna legislación española sobre extracción y trasplante de órganos establece, por Decreto Real de febrero de 1980, que «los órganos para cuyo trasplante se precisa la viabilidad de los mismos, sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo de coma, de los siguientes signos:

- 1) Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia.
- 2) Ausencia de respiración espontánea.
- 3) Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis.

4) Electroencefalograma «plano» demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral.

Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central (artículo 10)».

Podemos afirmar por lo tanto, que la llamada muerte cerebral que tanta polémica ha despertado, no es otra cosa que un nuevo sistema de constatación de la muerte, mediante aparatos sofisticados que miden como parámetro básico y definitivo, pero no único, la inactividad cerebral. Su consecuencia más saliente es que hace innecesario el período de observación o constatación de la muerte.

En beneficio de la confusión, más de un autor dio a este término una amplitud totalmente errónea. Se dijo que en aquellos raros casos en que la muerte atacara directamente al cerebro, por destrucción o por anoxia específica, provocada por traumatismos, congestión, trombosis u otro fenómeno letal cerebralmente localizado, en que no obstante se mantuvieran en forma autónoma las funciones respiratorias y cardiacas, bastaba el diagnóstico de muerte cerebral para aprovechar el cuerpo aún con vida fisiológica.

Debemos aclarar esta equivocación y dejar firmemente establecido que, cuando las actividades respiratoria y circulatoria se prolonguen en forma independiente, los cuidados médicos deben también mantenerse, porque bien podría ocurrir que la unidad bio-psíquica no estuviera realmente perdida a pesar del diagnóstico de «muerte cerebral» (in dubio pro vita); porque la premura de la extracción no se da, ya que un cuerpo en funcionamiento es el mejor depósito para mantener los órganos utilizables y, además, por el respeto que nos debe producir esa importante manifestación de vida en un cuerpo que fue depositario de una conciencia personalísima.

La supresión de la vida residual autónoma como homicidio

Aclarado así el concepto de muerte cerebral, como síntoma o manifestación principal, pero no aislada, del fenómeno mortal, cabe una conclusión de tipo jurídico; el Derecho penal, protector de los más altos valores del ser humano, castiga la privación de la vida, cuyo contenido conceptual no puede ser menor que los elementos contrarios a la muerte cerebral. Ante esta situación, la extracción de órganos de un cuerpo que respira por sí mismo todavía, aunque su cerebro se haya perdido irremisiblemente, no puede ser otra cosa, si la intervención destruye esta última función, que un típico homicidio.

La ortotanasia y los trasplantes de órganos

Una nueva situación puede presentarse cuando la función respiratoria no es capaz de mantener su autonomía y el anestésico o el médico especializado se ven obligados a recurrir a un pulmón artificial para prolongar la vida del paciente. A este método para posponer, mediante

cuidados y técnicas extraordinarios, el momento de la muerte, se llama Distanasia.

Pues bien, cuando la falla respiratoria ocurra en el curso de una intervención quirúrgica, o por cualquiera otra causa descienda esta capacidad vital del individuo, pero se tenga la confianza en que, superado el problema, el paciente recuperará su respiración autónoma, entonces el recurso estará preordenado por la ciencia y la deontología médica.

En cambio, cuando el individuo irreversiblemente inconsciente sea incapaz de respirar por sí mismo, dependiendo la prolongación de esta función y por lo tanto de su «vida», de un proceso de reanimación artificial costoso e inútil, porque no ofrece ninguna esperanza de restablecer la normalidad, como sucede en el ejemplo de los descerebrados, entonces debemos concluir usando las palabras de Cuello Calón, que «no consideramos que haya un específico deber jurídico de prolongar artificiosamente la vida más allá de las posibilidades naturales».

La tesis de suprimir la animación artificial —«ortotanasia»— en estos casos, defendida por el profesor de Medicina de la Universidad de Lieja, Roskam, es también adoptada por el mismo Quintano Ripollés, quien niega la posibilidad de incriminación porque «a la ausencia de un efectivo deber jurídico de prolongar la vida, hay que añadir la falta de intención de matar, suplida por la de que no sobreviva, cosa bien distinta, y que, en todo caso, no sería engarzable en la mecánica del nexo de causalidad preciso para tolerar calificaciones de homicidio por omisión propia o impropia, dado que la muerte se produciría de todos modos, no siendo, pues, determinada por la conducta del omitente» (22).

Entendido el término en razón de su contenido etimológico, resultará fácil distinguir entre «muerte natural» que se produce cuando se desconectan los medios mecánicos de reanimación, llamada ortotanasia, ortanasia y también eutanasia por omisión (*), y la verdadera eutanasia, tan ampliamente conocida, en donde el motivo piadoso (evitar sufrimientos a un desahuciado) va unido a una actividad, solicitada expresamente por la víctima, que destruye directamente una vida no necesitada de ninguna técnica de reanimación.

El dilema es simple en su planteamiento, de fácil solución cuando se trata de extraños, de grave y dramática respuesta cuando involucra a nuestros seres queridos y de difícil predicción cuando afecta a nosotros mismos. ¿Qué debemos hacer frente a un ser privado para siempre de su conciencia, cuya supervivencia fisiológica depende solamente del artificio de un aparato corazón-pulmón...? «La muerte está virtualmente presente, decía Cottier, citado por Graven, pero unos medios artificiales permiten mantener por tiempo indefinido una vida

(22) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Obra citada* en pág. 14. Nota en pág. 36.

(*) Si bien el término eutanasia por omisión, no se identifica en todos los casos con la ortotanasia, pues no siempre se deja morir al enfermo que sufre, sino en muchas ocasiones, al que nada siente, precisamente por estar cerebralmente muerto.

vegetativa, sin que esta situación permita restituir la salud. Digamos en consecuencia, desde ahora, que no hay culpa moral en el médico que interrumpe por una causa proporcionada, la práctica de la reanimación que había comenzado.

Este mismo punto de vista fue absuelto en 1957 por el Papa Pío XII (23), al hablar a los miembros del Instituto Italiano de Genética Gregorio Méndel. Dijo entonces el Sumo Pontífice: «si la lesión del cerebro es tan grave que resulta muy probable e incluso prácticamente cierto que el paciente no sobrevivirá, se plantea la cuestión angustiosa de valorar las maniobras de resucitación. El problema total puede formularse en tres preguntas: ¿se tiene derecho, o hasta la obligación de utilizar los aparatos modernos de respiración artificial en todos los casos, aun en aquéllos en que a juicio del médico se consideran como completamente desesperados?; en segundo lugar, ¿se tiene el derecho o la obligación de retirar el aparato respiratorio cuando, después de varios días en estado de inconsciencia profunda, no se mejora, mientras que si se prescinde de él, la circulación se detendrá en algunos minutos?; en tercer lugar, un paciente que cae en la inconsciencia por parálisis central, en el cual la vida —es decir, la circulación sanguínea— se mantiene gracias a la respiración artificial y sin que sobrevenga ninguna mejoría después de varios días, ¿debe considerarse como muerto de «facto», o también de «jure»?... El Pontífice en el mismo discurso manifestó: «En estos casos obliga habitualmente sólo el empleo de medios ordinarios; una obligación más severa sería demasiado pesada para la mayor parte de los hombres».

Las técnicas de conservación de órganos «intra-corpore»

Una última situación, macabra si se quiere, puede presentarse a propósito del trasplante de órganos y la necesidad de su conservación hasta el momento de la intervención.

Cuando la muerte psico-física se ha producido y el cadáver reciente ingresa en un hospital bien equipado, nada se opone, desde el punto de vista científico, a que se le apliquen técnicas de reanimación que hagan funcionar de nuevo los órganos motores, subsistiendo, como es lógico, la inactividad cerebral. En estos casos, como la muerte integral se ha producido, la desconexión posterior del respirador se convierte en un problema de oportunidad, por la necesidad de mantener los riñones, el corazón y otros órganos, en las mejores condiciones posibles antes de ser estirpados, o por la obligación de llenar ciertos trámites legales y exámenes médicos a fin de proceder al trasplante.

Ningún problema de ortonasia puede plantearse en este caso, la muerte se ha producido, no sólo en su aspecto cerebral, sino respiratorio y cardiaco. La respiración y el sistema vascular fueron reactivados y están siendo mantenidos únicamente por medios mecánicos. La

(23) ANUARIO PETRUS, *La Voz del Pío XII*, Ed. Barcelona, 1957, páginas 211-213.

muerte se dio con total autonomía de la intervención médica y antes de que se considerara la posibilidad del trasplante.

La cuestión moral que puede surgir en esta hipótesis, no puede vincularse con la vida o la muerte, pues no se trata de prolongar la «vida» de un descerebrado, sino de reanimar artificialmente a un cadáver. Puede plantearse únicamente respecto de la dignidad que éste nos merece, disminuida quizá cuando le utilizamos como almacén de sus propios órganos.

Ante esta visión panorámica del problema, la toma de piezas anatómicas y la realidad de la muerte adquieren una diáfana claridad. Puede tratarse de un muerto cerebral cuya vida fisiológica se mantiene artificialmente sin que se hubiese producido la muerte natural, como sucedió en el primer trasplante sudafricano de corazón. La técnica consistió entonces en retirar el respirador, esperar a que se produjera esa muerte natural (ortotanasia) y extraer.

Puede en cambio suceder que se aproveche la reanimación post-mortem, como en el segundo trasplante cardíaco de Ciudad del Cabo. En este caso Clive Haupt, el donante, un joven mestizo de veinticuatro años, fue atacado por una congestión cerebral a las 16 horas del 1.º de enero de 1968. Mientras era conducido de la playa al Hospital Victoria, su corazón cesó de latir. Se logró volver a ponerlo en marcha por medio de la respiración artificial. Se avisó entonces al Groote Schuur Hospital, pero no fue sino hasta las 11 horas del día siguiente cuando se inició la operación de trasplante. Los especialistas querían tomar el máximo de precauciones. Era necesario además consultar a la señora de Haupt, y todo con la mayor calma.

Las técnicas modernas de reanimación evitan, pues, la premura de la extracción y permiten, como ha quedado claro, cubrir los requisitos legales, más prolongados aún cuando el cuerpo está a disposición judicial, anulando las críticas que muchos autores han dirigido contra el excesivo burocratismo y la innecesaria repetición del diagnóstico de muerte por más de un equipo especializado.

Estas técnicas colocan al diagnóstico de muerte cerebral de nuevo a la cabeza, pues la respiración y la actividad cardíaca existen, pero sostenidas artificialmente, de forma tal que sólo puede exigirse para la práctica de un trasplante, la ausencia de actividades muscular (el corazón es un músculo) y respiratoria espontáneas, además, claro, de la inactividad cerebral constatada en diversas ocasiones por la desaparición de todas las señales electroencefalográficas.

La donación para ejecutarse en vida

La necesidad de resolver, en lo posible, los problemas de compatibilidad histológica que se presentan en los trasplantes humanos, y la oportunidad de obtener el donante preciso en calidad y tiempo hizo surgir los trasplantes entre vivos, abriendo una brecha en los ya no tan sólidos principios del Derecho y la Medicina.

La extracción consentida en seres humanos, de órganos que serán injertados en otros individuos, lesionando previa y voluntariamente

el cuerpo del donante, aunque no se provoque la muerte ni una verdadera incapacidad funcional, ¿podría pasar desapercibida para un Derecho penal que niega radicalmente eficacia al consentimiento del lesionado?

Los criterios sobre el contenido de la culpabilidad, por otra parte, no han sido suficientes para excluir la responsabilidad penal del médico, además de que la conducta aparece plenamente tipificada, por lo que sólo en el ejercicio legítimo de un derecho podría ubicarse la exigente. Pero la licitud de los derechos profesionales, del médico en este caso, sólo es reconocida por la jurisprudencia cuando éstos se atemperen al correcto ejercicio demandado, siendo hecho conocido que los trasplantes de órganos provenientes de personas vivas o muertas no tenían, hasta hace muy poco tiempo, ningún reconocimiento médico y menos jurídico de su carácter terapéutico. Situación que aún subsiste en algunas legislaciones.

Esta deficiencia fue observada, entre otros, por Rómeo Casabona, al señalar la necesidad en España de una ley de trasplantes que, reconociendo el carácter terapéutico de la intervención, diera a ésta la licitud que en muchos países se le niega. «Es preciso recordar además, dice el autor en cita, la situación caótica existente en el capítulo de lesiones a partir de su reforma de 1963, cuando se introdujo el artículo 428... Se impone, por consiguiente —si no se acomete una revisión total de este capítulo—, la modificación del artículo 428 y la supresión de los artículos 425 y 426, causa directa de la polémica en torno al consentimiento en las lesiones».

El problema de la licitud de ciertos trasplantes y, por lo tanto, de la actividad médica respectiva, había quedado ya resuelto con la Ley española de 1950 por lo que toca al aprovechamiento de cadáveres. Actualmente es la Ley de 1979 la que autoriza la extracción tanto de vivos como de muertos y fija las condiciones de cada caso, dejando a las disposiciones reglamentarias los requisitos del personal técnico y los centros especializados para efectuar trasplantes, el procedimiento para comprobar la muerte cerebral y las medidas informativas.

El artículo 428, por su parte, quedó establecido en el proyecto de Ley Orgánica del Código penal, presentado a las Cortes Españolas en enero de 1980, con el número 177, en los siguientes genéricos términos: «salvo en los supuestos en que expresamente se establezca otra cosa, las lesiones castigadas en este título que sean producidas con el consentimiento del ofendido, sólo se sancionarán cuando se estimen socialmente reprobables, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la señalada para las lesiones de que se trate».

Por lo que respecta al campo de la medicina, Mantovani señala que «la ablación hecha en un ser viviente para trasladar uno de sus órganos a otra persona, impone una revisión del tratamiento médico-quirúrgico, pues resulta evidente que este concepto ha ampliado sus dimensiones a esa relación médico-donador no contemplada en el binomio tradicional médico-enfermo, lo que ha puesto en crisis la misma regla áurea de «*primum non nocere*», que desde siempre había cons-

tituido el criterio guía de la medicina tradicional» (24). Y esto es así, porque el donante no necesita ni obtiene beneficios curativos de una extracción que le es técnicamente lesiva.

Esta manifestación del derecho a la personalidad, tiene como primer límite, el de no poner en peligro la vida ni la normalidad funcional del organismo. Es decir, sólo podemos afectar la integridad anatómica cuando el beneficio del receptor sea mayor que el daño consentido.

No existe uniformidad en este tema. La Ley venezolana de 1972 y la italiana de 1967, sólo permiten la extracción y trasplante de riñones, excluyendo tácitamente la donación de piel, córnea o pulmón. Otras, como la española vigente, no limitan el tipo de órgano, pero queda claro que sólo podrán donarse órganos «cuya extracción sea compatible con la vida del donante y no disminuya gravemente su capacidad funcional».

El consentimiento del donante es la piedra angular que abre con uno de sus filos el propio cuerpo. Pero debe ser prestado en forma directa, la doctrina no admite delegación ni representación para un acto de esta naturaleza.

Debe poseerse mayoría de edad. Así lo requiere las leyes venezolana, húngara, brasileña y española, entre otras que siguen el criterio de edad fija, sin excepciones, aunque Mantovani señala la existencia de otras soluciones legislativas que admiten no sólo excepciones, sino la variación de la edad según el tipo de toma y otras que verifican el discernimiento del donador, caso por caso, pues los que sufran graves perturbaciones psíquicas están impedidos para realizar este acto.

La legislación francesa de 1976 autoriza la donación de menores de edad no enajenados, siempre que el receptor fuese hermana o hermano del donante, y se obtenga autorización de un comité formado por tres expertos, como sucede también en Dinamarca, cuya Ley del 9 de junio de 1967 permite la cesión aunque no se tengan los veintiún años, cuando condiciones particulares lo aconsejen, y siempre que el tutor dé su aprobación.

Salvadas las condiciones generales de edad y sanidad mental, tenemos que el consentimiento debe ser expreso, libre y consciente. Es decir, debe externarse, normalmente por escrito y ante una autoridad competente del área registral, sanitaria o judicial; no debe existir ningún tipo de error o coacción, y debe ser reforzado por una amplia y completa información al donante, a propósito de las consecuencias que sobre su persona podría tener la cesión, tanto en el aspecto somático como psíquico, y sobre el beneficio que puede producir al receptor.

Algunas de estas legislaciones exigen que la donación se haga en favor de persona determinada dentro del área familiar. Otras, como la española, la alemana de 1975 (República Democrática), la italiana y la francesa, ya citadas, imponen una absoluta gratuidad de la cesión.

La utilidad del órgano cedido y su aprovechamiento conforme a la

(24) FERRANDO MANTOVANI, *Obra citada* en pág. 7. Nota en pág. 44.

naturaleza, la moral y las buenas costumbres, son condiciones no siempre escritas pero igualmente imperativas en esta discutida materia.

El receptor

Poca atención han merecido los beneficiarios del trasplante. Su situación entra de lleno en el tratamiento médico-quirúrgico, puesto que sus lesiones están justificadas en el ejercicio legítimo de una profesión y beneficia por igual a médicos y a auxiliares. Las modernas corrientes, sin embargo, prefieren excluir la tipicidad de aquellas intervenciones coronadas por el éxito, argumentando que no dañan a la salud ni a la integridad, sino todo lo contrario.

Cuando el paciente muera o no se logre el fin terapéutico, se recurre entonces a la ausencia del elemento subjetivo, puesto que ni el cirujano ni sus ayudantes tenían intención de lesionar, tesis bastante discutible, pero útil en aquellos países que no cuentan con una legislación legitimadora de los trasplantes. Si ésta existe, volveremos a nuestra cómoda y amplia exclusión de la antijuricidad por ejercicio de la medicina, por ser una actividad profesional autorizada por el Estado.

Antes de que se legislara en España sobre la cesión de órganos entre vivos, Romeo Casabona, uno de los impulsores de la legislación actual, criticaba esta laguna legal, señalando como imprescindibles para legitimar dichas intervenciones, que se realizarán por médico-cirujanos especializados, con las máximas garantías técnicas y científicas y que contarán siempre con la eficaz voluntad del donador. Creemos que estas mismas condiciones deben exigirse en beneficio del receptor.

Una de las garantías ya recogida por la legislación vigente, es que existan perspectivas fundadas de mejorar sustancialmente la duración o las condiciones de vida del donatario. Una inyección a ciegas, sin la debida experimentación en animales o con tecnología inadecuada, caería en el campo de la experimentación, y sus resultados lesivos podrían ser incriminados a título culposos.

Deben haberse realizado los correspondientes estudios inmunológicos y de compatibilidad histológica, tanto del receptor como del dador, y prepararse en beneficio de ambos las instalaciones y fármacos que requiere este tipo de cirugía (quirófano bien instrumentado, sustancias inmunológicas, sala de aislamiento, etc.).

Es necesario que la autorización del receptor sea igualmente expresa, libre y consciente. Sin embargo, y siendo que el trasplante le beneficia, es posible recabar la autorización de sus representante legales cuando se trate de menores de edad o de incapaces mentales o, incluso, aunque no sea una opinión ampliamente condividida porque no existe un reconocimiento universal del carácter terapéutico de los trasplantes, presumirse su voluntad en los casos de inconsciencia en que sea urgente la intervención, y sea imposible recabar la autorización de su familia.

En fin, una última garantía de contenido ampliamente social, crea-

da también para el receptor, es la gratuidad que la mayoría de las legislaciones imponen a la recepción del órgano trasplantado.

Sanciones

Una vez legitimados los trasplantes provenientes de cadáveres en el carácter terapéutico que el Estado les ha reconocido, siempre que se realicen en las instituciones o por profesionistas autorizados, sólo nos queda para evitar la extracción de órganos de cadáveres con violación de los requisitos reglamentarios, la amenaza de sanciones administrativas, ya que no todos los autores concuerdan en la tipificación del delito de profanación de cadáveres por ausencia de dolo específico.

Por lo que se refiere al trasplante entre vivos, una vez reconocido el carácter legitimante del consentimiento por el fin altruista que se persigue, queda por calificar la omisión de los requisitos formales que impone la Ley, a no ser que se considere igualmente como una infracción administrativa.

Por la trascendencia del tema y reconociendo la mayor firmeza de las normas penales, algunos autores han propuesto bajo diversas perspectivas, modelos de delitos que, adoptados legislativamente, vendrían a reforzar las garantías reglamentarias que impone la ley de trasplantes (25).

La legislación de Dinamarca castiga con multa a quien tome tejido o material biológico sin llenar los requisitos de ley, suponiendo que la conducta no tipifique un delito más grave, pero la mayoría de las legislaciones no han incluido disposiciones penales, considerando quizá que la normativa general cubriría cualquier hipótesis, lo que salta a la vista como un criterio erróneo, pues ¿qué delito comete el intermedio, por ejemplo, que obtiene la autorización de una persona para que done a otra uno de sus órganos dobles, obteniendo un lucro sin engaño ni aprovechamiento del error?

Bancos de órganos humanos

En fin, un último aspecto que merece señalamiento, es la necesidad de conservar órganos humanos para hacer frente a los requerimientos locales, estatales y a veces internacionales, como los depósitos o «bancos» de sangre y de ojos tan ampliamente conocidos y los de nervios, huesos, esperma y piel que no han entrado todavía en el dominio público.

Algunos tejidos son de imposible conservación fuera de un organismo en funcionamiento, por eso se pensó, al inicio de los trasplantes cardiacos, en almacenar el corazón del recién fallecido en los cuerpos de grandes primates, para extraerlo cuando fuese necesario, una vez que se hubiesen hecho los estudios histológicos e inmunológicos de

(25) Así, ENRIQUE RUIZ VADILLO y CARLOS ROMEO CASABONA en sus obras ya citadas. Nota en págs. 10 y 165-174, respectivamente.

rigor y se tuviese al receptor idóneo. La actual técnica de reanimación artificial de cadáveres tiene este mismo propósito, pero sólo resulta de utilidad a corto plazo, pues independientemente del problema de conciencia que origina el aprovechamiento del cadáver también como depósito, éste debe entregarse a la familia que espera para proceder a su inhumación.

De ahí la importancia actual de las instituciones encargadas de recabar, centralizar, conservar y distribuir órganos humanos procedentes de cadáveres, como las que operan en beneficio de la mayoría de los países europeos: Scandiattrasplant, Eurotrasplant, etc., o la Navy Tissue Bank of Bethesde y el Banco de Tejidos de California, estos últimos en los Estados Unidos, para mencionar algunos.

No se crea, sin embargo, que estas instituciones son meros depósitos de huesos, córneas o nervios irradiados con electrones. Una parte importante de su actividad es de tipo coordinador: relacionan a los posibles donantes con los receptores que esperan un respuesto orgánico, mantienen comunicación con los principales hospitales y, llegado el caso, conciertan la donación y el traslado inmediato del órgano al receptor, en una labor de verdadero contenido humanitario.

Hasta aquí un bosquejo matizado, definitivamente incompleto pero realizado con la sana pretensión de dar una visión general, un panorama entendible de la apasionada problemática de los trasplantes de órganos humanos. Podemos ahora apreciar con mayor seriedad el enorme avance de la legislación española en esta materia y criticar con mayor sensatez sus defectos y excesos.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN ESPAÑA

La Ley del 18 de diciembre de 1950, fue la primera en España que reguló la obtención de piezas anatómicas para injertos, procedentes de cadáveres.

El mérito de esta Ley, una de las primeras en el mundo, es el haber derogado expresamente el período de observación (*) para confirmar el diagnóstico de muerte, permitiendo que «la exeresis se realizara dentro de las veinticuatro horas del fallecimiento, antes de iniciarse cualquier alteración capaz de aminorar o destruir la integridad fisiológica de los tejidos», legitimando, al mismo tiempo, cierto tipo de trasplantes humanos que en aquella época habían probado su carácter terapéutico.

La Ley en comentario dejó en manos del ministro de Gobernación, la elaboración de una lista de establecimientos, correctamente equipados, que serían autorizados para «obtener, preparar y utilizar injertos y trasplantes de tejidos y órganos, como huesos, cartílagos, piel y ojos procedentes de cadáveres».

(*) Este período sigue siendo obligatorio para las muertes no seguidas de trasplante en acatamiento del artículo 83 de la Ley del Registro Civil española.

Tanto el profesor Rodríguez Devesa, como Romeo Casabona consideran que el término «como» ha de entenderse en un sentido meramente indicativo, es decir, que no se trata de un catálogo exhaustivo y cerrado, por lo que abarca todo tipo de extracciones (26).

Ruiz Vadillo señala en cambio, que «la Ley del 18 de diciembre de 1950 se refiere a la obtención, preparación y utilización para injertos y trasplantes, de tejidos y órganos, como huesos, cartílagos, piel y ojos procedentes de cadáveres, en una enumeración que, al menos desde el punto de vista práctico, es exhaustiva. Ahora se trata de injertos y trasplantes de riñón, hígado, corazón e incluso de cerebro» (27).

Comulgo con este último autor en cuanto al limitado contenido de esta legislación. Basta colocarnos en la época, ante los incipientes avances de la cirugía del trasplante, frente a las dudas eclesiásticas sobre la legitimidad de los trasplantes viscerales y el gran temor a provocar la muerte por extracción precipitada de órganos básicos, para comprender que esta ley sólo autorizó la toma de tejidos no vitales, «como» los expresamente señalados en ella. Así se desprende con diáfana claridad de su exposición de motivos: «ante la dificultad de obtener material que reúna estas condiciones, y teniendo en cuenta que para las indicadas aplicaciones es suficiente practicar lo más pronto posible en el cadáver la simple extracción de ojos, huesos, cartílagos, piel y, en general, *de elementos no vitales* y cuya utilización llena fines altamente humanitarios, como devolver la visión o convertir a un impedido en un ser útil, se hace necesario salvar los obstáculos ahora existentes, mediante las normas indispensables para adaptar las actuales a los sucesivos avances de la ciencia médica».

No obstante el manifiesto propósito de reducir el tiempo entre el fallecimiento y la extracción, por Orden del Ministerio de Gobernación del 30 de abril de 1951, se fijaron las bases de un «severo criterio tanatológico», ordenando la constatación de quince manifestaciones negativas de vida derivadas de tres factores esenciales: paralización de los centros nerviosos vitales, paralización de la respiración y detención de las funciones circulatorias, todas ellas constatadas por dos médicos del establecimiento, de los cuales uno hubiera asistido al fallecido en su última enfermedad.

En los casos de muerte violenta, se hacía necesario trasladar a la víctima hasta el Instituto Anatómico Forense, en donde se le practicaba un nuevo reconocimiento para ratificar el fenómeno mortal.

El carácter terapéutico de estos trasplantes se puso de manifiesto, al facultar esta Ley a los directores de los establecimientos y a los jueces, cuando las *necesidades terapéuticas* lo exigieran, para autorizar la intervención.

No se regularon las condiciones que debía llenar el receptor, ni se hacía declaración alguna sobre el carácter gratuito u oneroso de

(26) CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Obra citada* en pág. 15, nota en pág. 44.

(27) ENRIQUE RUIZ VADILLO, *Obra citada* en pág. 17, nota en pág. 11.

la donación, pero se exigió para todos los casos, que el finado hubiese manifestado en vida, por acto o documento auténtico, su conformidad.

Cuando no hubiese hecho ninguna manifestación al respecto y se tratara de muerte natural, la ley en comentario sólo requirió que no hubiese oposición de los familiares con quienes el difunto convivía. Se reconoció así un simple derecho de oposición en favor de los miembros de la familia, fuesen o no herederos, con tal de que hubieran convivido con el finado, pero no se indicó ninguna prelación, como sí hacen otras legislaciones, ni se solucionó la falta de acuerdo entre los miembros de la familia (en la que se incluye al cónyuge superviviente), de forma tal que la oposición de alguno podía impedir la extracción.

La Orden del 17 de febrero de 1955, ahora del Ministerio de Justicia, señaló que los Jueces de Instrucción podrán autorizar, en los casos de muerte violenta, en vista de las circunstancias del hecho y las necesidades terapéuticas, la obtención de piezas anatómicas del cadáver, siempre que el finado hubiese manifestado en vida, por acto o documento auténtico, su conformidad, o cuando requeridos los familiares con quienes convivía, concedieran la oportuna autorización, o no constase su oposición en caso de no ser posible la práctica del requerimiento. Como puede verse, esta orden sí reconoció a la familia un derecho activo a conceder la autorización y no sólo para manifestar su oposición, a pesar de que no existe una diferencia sustancial en sus relaciones y derechos respecto al difunto por razón de la muerte natural o violenta de éste.

No dejó de producir polémicas el hecho de que las autorizaciones para el trasplante debieran provenir de los directores de los centros oficialmente reconocidos, o del juez instructor en su caso, como si ellos no estuvieran intrínsecamente legitimados para otorgar dicha autorización.

Creo que la crítica pierde contenido si se observa la decisión de estas autoridades en razón de las necesidades terapéuticas y procesales, y no se confunde su aprobación con la voluntad de ceder u oponerse a la extracción de piezas anatómicas.

En efecto, es el propio donante o su familia (expresa o tácitamente), los que autorizan la toma del órgano, pero no siempre las condiciones son apropiadas para efectuar el trasplante, sea del punto de vista médico: falta de urgencia en la injertación, incompatibilidad histológica del receptor, etc., como judicial: falta de comprobación de las causas de la muerte, necesidad del cadáver íntegro para la realización de pericias, etc., de donde resulta que la autorización del director no es más que un simple requisito administrativo de supervisión y la del juez una condición de procedibilidad para liberar el cadáver de la instrucción (*).

Estas son las líneas generales de una legislación que señaló una

(*) Indebidamente se autorizaba al Juez para analizar las "necesidades terapéuticas" al momento de dar su autorización para el trasplante.

época, aunque sólo autorizara la utilización de ciertas partes del cadáver. De una ley que resolvió con su sola publicación, una serie de interrogantes médico-legales, abriendo una nueva posibilidad de recuperación para muchos hermanos en desgracia.

LA LEGISLACION ESPAÑOLA VIGENTE

A finales de 1979, surge en España una ambiciosa ley que pretende regular la cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos para fines terapéuticos, derogando la Ley de 1950 antes analizada.

Su primer acierto fue imponer la más absoluta gratuidad a la donación de órganos, preocupándose sin embargo porque no resultase gravosa para el donante vivo o su familia, y porque el carácter gratuito se prolongara a los «Bancos» de órganos que permitan esta modalidad de conservación.

El Ministerio de Sanidad y Seguridad Social será ahora el que autorice los centros sanitarios en que podrán efectuarse las extracciones de órganos humanos, y el que dicte las normas reguladoras de los citados «bancos» de órganos.

Las autorizaciones determinarán a quien corresponda dar la conformidad para cada intervención, cualquiera que sea el tipo de muerte, dejando a salvo, pero limitada, la facultad del juez de la causa para otorgar su autorización en los casos de muertes accidentales, «el cual deberá otorgarla cuando la obtención de los órganos no obstaculice la instrucción del sumario, por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte».

La autoridad judicial no podrá analizar las necesidades terapéuticas como antaño, porque son circunstancias que le son totalmente ajenas, ni podrá negar la autorización cuando la causa de la muerte haya sido constatada y el cadáver no sea útil a la investigación. En este último caso de muertes accidentales, serán necesarias la autorización del juez de la causa y la conformidad de la autoridad hospitalaria designada.

La donación entre vivos

Un segundo acierto de la Ley en comentario fue el regular, y por lo tanto autorizar implícitamente, con todas las consecuencias jurídicas ya apuntadas, la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, rodeándole de una serie de garantías:

a) El donante debe ser mayor de edad. No se admite por lo tanto el consentimiento de menores de veintiún años, atendiendo al carácter civilista, solemne y grave de este tipo de donación.

b) El donante debe gozar de plenas facultades mentales. Esta situación debe constatarse por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción, y quedar debidamente certificada según ordena el Real Decreto del 22 de febrero de 1980, que reglamenta la Ley en comentario.

Este reglamento exige, además, que el donante posea un grado de salud física adecuado para la extracción, el que será también certificado, y que se trate de un órgano cuya extracción sea compatible con la vida del donante y no disminuya gravemente su capacidad funcional.

c) El donante debe otorgar su consentimiento en forma expresa, libre, consciente y desinteresada, agrega el reglamento, siguiendo la nota característica de la Ley que desarrolla.

La expresión del consentimiento debe manifestarse por escrito 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, en presencia del médico que certifica el estado de salud física y mental, y de la persona a quien corresponde dar la autorización para el trasplante. El documento de cesión será firmado por el interesado y los demás asistentes, ante el encargado del Registro Civil que dará fe, pudiendo cualquiera de ellos oponerse eficazmente a la donación, si albergara dudas sobre la libre, consciente y desinteresada voluntad del donante.

Entre la firma del documento y la extracción deberán transcurrir, al menos, veinticuatro horas. El donante puede revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención, sin sujeción a formalidad alguna y sin ninguna obligación de indemnizar.

El médico que certifique la salud, deberá constatar la ausencia de presiones externas sobre el donador y que las motivaciones han sido libremente expresadas por el interesado, de forma tal que este requisito y su presentación ante el Registro Civil acompañado de las tres personas antes apuntadas, dan una garantía de libertad a su voluntad.

El carácter consciente del acto se logra, cuando el donador es informado en forma amplia sobre las consecuencias de su decisión, tanto en el orden somático como el psicológico, además de las repercusiones que pueda tener la donación sobre su vida personal, familiar y profesional, así como sobre los beneficios que se esperan del trasplante en favor del receptor.

El carácter desinteresado del consentimiento, como garantía de sinceridad del acto jurídico y barrera a la especulación económica, considerada inmoral, discriminatoria y peligrosa desde el punto de vista criminológico, se ve aparentemente reforzado por una condición muy poco clara, no prevista en otras legislaciones: la garantía del anonimato del receptor, cuando en realidad el conocimiento del beneficiario, las ligas de parentesco, conyugales y de amistad íntima, son la razón directa de la donación.

Esta condición, sin embargo, debe entenderse como obligación de tipo administrativo, a cargo de quienes intervienen oficial o profesionalmente en el trasplante, «evitando cualquier información que relacione directamente la extracción y el ulterior injerto o implantación», es decir, un deber profesional de silencio en relación con terceros, pero nunca como un requisito previo entre donante y receptor, o entre ellos y sus respectivas familias, pues una de las razones para procurar y autorizar la cesión de órganos procedentes de personas vivas, es la iden-

tificación histológica que se da, precisamente, entre parientes por consanguinidad, por lo que resultaría absurdo que este tipo de trasplantes, seguramente desinteresados, no pudieran aprobarse porque el anonimato no estuviera garantizado, como sucede cuando se trata de los miembros de una misma familia. Este requisito es, en realidad, un límite a la publicidad, la que se ha mostrado gravemente perjudicial no sólo para el paciente, sino para la misma ciencia médica.

Esto resulta claro cuando se exige legalmente que «el destino del órgano sea su trasplante a una persona determinada», es decir, la donación en vida debe hacerse «intuitu personae» y no en forma genérica o «erga omnes», como sucede normalmente en las donaciones «post-mortem», y debe servir a mejorar la esperanza o las condiciones de vida del receptor. Sólo las intervenciones terapéuticas son admitidas en las donaciones entre vivos, a diferencia de lo que sucede en la extracción de piezas anatómicas de cadáveres que pueden realizarse, según la Ley, tanto para fines terapéuticos como científicos.

La extracción y trasplante de órganos procedentes de fallecidos

Otra sorpresa grata de la legislación española, fue el haber adoptado expresamente y reglamentado en forma exhaustiva el concepto de «muerte cerebral», basada en la constatación del carácter irreversible de las lesiones que afecten a este órgano, entre otros síntomas negativos de vida.

El certificado de defunción debe ser firmado por tres médicos, incluido un neurólogo o neurocirujano y el jefe de la unidad médica correspondiente o su sustituto, estando prohibido que estos facultativos formen parte del equipo que vaya a proceder a la extracción del órgano o a efectuar el trasplante. El decreto reglamentario antes citado desarrolla en su artículo 10 el sistema de comprobación de la muerte cerebral, cuyos signos ya han sido señalados en otra parte de este trabajo, y ordena que la constatación se haga durante treinta minutos al menos, y que los signos persistan en plena concurrencia, seis horas después del comienzo del coma.

No existe limitación expresa, como sí en otras legislaciones, respecto de los órganos o piezas anatómicas que pueden extraerse de cadáveres. Puede excluirse, sin embargo, la toma del cerebro, porque su implantación no puede considerarse una intervención terapéutica sino experimental, y porque no se trata de un órgano, sino de la persona misma, pues suponiendo que esta injertación tuviera éxito algún día, tendríamos que concluir que lo que se trasplanta es el cuerpo completo de un muerto a un cerebro humano con vida, único y verdadero receptor.

El injerto de glándulas sexuales tampoco está prohibido, ni como materia de la donación entre vivos ni como injerto proveniente de cadáver. Debió merecer, a pesar de su eventual y discutido carácter terapéutico, si no una prohibición expresa, sí una mayor atención, por sus graves consecuencias sobre la filiación, y por ser, siguiendo

un criterio generalizado, contrario a la moral y a las buenas costumbres.

El mayor impacto, sin embargo, producido por esta Ley, a todos los niveles de opinión, es su determinación de que «la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos, podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, *en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición*, incluyendo en esta presunción a las personas aparentemente sanas que hubieran fallecido en accidente sin haber manifestado su deseo al respecto (artículo 5.º, párrafo 2 y 3).

Todo parece indicar que la reacción social a esta disposición no ha sido favorable. A pesar de la Ley y de sus términos tan claros, se siguen haciendo campañas radio-televisivas y mediante carteles con «slogans», para concientizar a la población de que debe donar sus ojos o sus riñones. «No te los lleves», rezan estos últimos medios de convencimiento; «dónalos», agregan, cuando en realidad podrían decir desde un punto de vista jurídico formal, «no te pongas»... «no hagas ninguna manifestación a propósito de la utilización de tus órganos cuando mueras»... «muere en silencio».

El profesor alemán Hans Lüttger, al responder a nuestra pregunta de «si en su país se había considerado una presunción de voluntad a cargo del difunto para que se utilizara de su cuerpo», contestó: Sí, existe un proyecto con estas características en el Ministerio de Justicia, pero no tiene ninguna probabilidad de éxito; de hecho ha sido archivado, porque había producido graves críticas su carácter flagrantemente inconstitucional».

Quizá fuese el caso de contrastar el derecho fundamental de todo ser humano a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículos 15 y 18 de la Constitución española de 1978), con esta presunción legal de carácter excepcionalmente restrictivo y perjudicial, cuando la naturaleza de las presunciones es el de reconocer un derecho o proteger un interés. En este caso, las pretensiones del cedente, no las del receptor, quien ningún derecho posee respecto del cadáver, y que, bien analizadas en función de los valores sociales imperantes, sólo permiten concluir que es la oposición a que se disponga del cadáver, lo que puede realmente presumirse.

Ya Reyes Monterreal había criticado ásperamente un primer intento de presunción, localizado en la Ley de 1950, a propósito de la autorización de los directores de los establecimientos hospitalarios, para que se efectuara la extracción y el trasplante, cuando el difunto no hubiese hecho ninguna manifestación al respecto y no constara oposición de la familia. Este «requisito, decía, constituido por un hecho puramente negativo y excluyente de toda expresa autorización o consentimiento del acto, tiene indebidamente el mismo valor que un deseo preexistente del causante. La concesión, por otra parte, de facultades dispositivas a los directores, para autorizar el trasplante, no se justifica

en ninguna norma jurídico-sucesoria, ni siquiera por el carácter de autoridad de esas personas que, por supuesto, carecen de ella» (28).

La indignación de este autor es válida por lo que respecta a tan extrema presunción, pero no se hace justicia al acusado. Es el legislador de 1950 el que presumió la voluntad de la familia, representante y vocero natural del fallecido, cuya no oposición fue incorrecta, pero legalmente interpretada. Los pobres directores, blanco de más de una crítica, sólo daban su aprobación a la intervención quirúrgica en un segundo momento, cuando constataban que las condiciones técnicas y fisiológicas eran apropiadas. No era su voluntad la productora de esta especialísima «donación», repetimos, sino la interpretación legislativa que se daba a la ausencia de manifestación expresa del difunto y a la no oposición de su familia.

Novoa Monreal, en su obra tantas veces citada, expuso una opinión realmente valiosa a propósito de un hipotético futuro que, en España, es ya una preocupante realidad. Decía el profesor chileno... «En atención a las nuevas perspectivas que cada día va abriendo la ciencia actual, no dudo que en el futuro podría llegarse a declarar como «bienes de utilidad pública» a los despojos humanos. Pero implantar esa medida desde luego y con alcance general, constituiría ciertamente una violencia para ideas y sentimientos muy respetables, ampliamente difundidos, que la ley debe tomar en consideración si quiere reflejar en sus normas la disposición con que la sociedad por ella regida va a recibirlas».

«En el momento actual, los requerimientos médicos y científicos de elementos de cadáveres, que no son tan grandes, pueden ser satisfechos —aparentemente— con los restos de seres cuyos deudos autorizan su aprovechamiento médico, conscientes de que las realidades vivientes y sufrientes valen más que los símbolos, y de que no hay falta alguna de respeto en permitir que lo que no sirve ya para la vida en un ser que se extinguió, sea empleado en dar salud a quien lucha penosamente por sobrevivir».

«Las nuevas realidades médicas y científicas traerán nuevos conceptos que, convenientemente difundidos por la educación social, modificarán los criterios de la generalidad, alejándolos de ideas que en buena parte —especialmente si está de por medio el interés de otros hombres necesitados— podrían ser tenidas objetivamente como fetichistas o supersticiosas. Cuando ello ocurra, será posible adoptar medidas que determinen casos en que ciertos cadáveres deben ponerse obligadamente al servicio de la ciencia o de la salud de otro. Pero entretanto, mantengámonos en un equilibrio pleno de respeto a los sentimientos profundos y arraigados, y demos graduales concesiones a las necesidades del progreso científico».

Un ejemplo ya legislativo (*) podría ilustrar mejor el método de

(28) JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, *Problemática jurídica de los trasplantes de órganos*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1969, pág. 417.

(*) La legislación italiana, como ya se dijo, niega trascendencia a la oposición en los casos de autopsia.

selección natural o gradual a que se refería el autor antes citado. En los casos en que proceda la autopsia obligatoria, que son muchos, casi todas las muertes accidentales o violentas de donde surgen los mejores proveedores de órganos, no hay ninguna razón para discutir la intangibilidad del cadáver, la autorización previa del finado o la posterior de la familia. La autopsia es una actividad quirúrgica exploradora que requiere de la disección respetuosa del cadáver para descubrir o constatar las causas de la muerte. Esta pericia es obligatoria. Se impone por su naturaleza a la voluntad de los particulares, ignorando nacionalidades, religiones y súplicas. ¿Qué mal adicional podría causarse entonces al cadáver o a la familia, si se aprovecha la pericia tanatológica para la extracción de algún órgano?

Desde el punto de vista procesal, por otra parte, debe quedar sentado que el silencio que legitima la donación de órganos es una presunción legal que no parte, como en las presunciones humanas, de un conjunto de indicios o hechos conocidos que producen convicción respecto a la existencia de un hecho desconocido.

Si el legislador hubiera exigido algunas manifestaciones positivas por parte del presunto donador, a propósito de estar en conocimiento de la normativa vigente, en posibilidad de expresar oposición y haber mantenido no obstante un voluntario silencio, poco habría que criticar a esta disposición legal, por la similitud que guardaría con las presunciones humanas fraguadas en la realidad. Pero es el caso que el real decreto sólo impone la obligación de informar directamente a los pacientes de los centros sanitarios autorizados, con el propósito de «garantizar a todos los ciudadanos que en ellos ingresen, y a sus familiares, el pleno conocimiento de la regulación sobre donación y extracción de órganos con fines terapéuticos o científicos».

Para estos casos, la oposición expresa del interesado a que después de su muerte se realice la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de su propio cuerpo, podrá hacerse constar en la ficha de entrada, en un registro especial que existirá obligatoriamente en el centro para este tipo de declaraciones, en la autorización o conformidad para la intervención quirúrgica o por cualquier otro medio, sin sujeción a formalidad alguna.

La oposición del interesado, dice el reglamento, así como su conformidad, si la desea expresar, podrán 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, científico 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.

No cabe duda que un individuo hospitalizado puede ser informado directamente de la normativa vigente y de su derecho para oponerse a que se aproveche su cuerpo cuando muera, poniendo inclusive a su

disposición un registro especial, y que, si a pesar de esta práctica macabra no hace ninguna manifestación, por haber enmudecido a consecuencia de la desagradable impresión o por convencimiento altruista, bien puede presumirse su autorización a que se tomen piezas de su propio cuerpo después de la muerte. Pero es el caso que la gran mayoría de las defunciones ocurren en centros hospitalarios no autorizados, en el propio hogar, en las carreteras y lugares de trabajo, o a consecuencia de la lesión homicida en cualquier rincón de las grandes urbes. Estos, ¿pueden considerarse suficientemente informados por la restringida y elitista publicación de la ley en el «Boletín Oficial», o por los eventuales y no siempre amables comentarios que ésta haya producido? ¿No se habrá negado a estos últimos «la garantía de la libre y consciente decisión en esta materia»?

Entre los proyectos alemanes (República Federal) en materia de trasplantes, según nos informa Romeo Casabona, el que cuenta con más posibilidades de convertirse en texto legal, y que ha merecido elogios por parte del Ministro Federal de Justicia, porque «...al mismo tiempo que facilita la realización de trasplantes, respeta los derechos individuales, es el que pretende que ningún ciudadano alemán se quede sin haber tenido la oportunidad de expresar su voluntad afirmativa o negativa haciéndola constar en el documento personal de identificación. Al igual que en Inglaterra se está estudiando la introducción de una cláusula parecida en el permiso de conducir.

La Ley española, sin embargo, no adoptó esta inteligente solución, perfectamente aplicable en la Península previa campaña de concientización ciudadana, no obstante tener conocimiento del caso a través del autor citado, quien ejerció indudable influencia en la creación de la normativa vigente.

Esta Ley no otorga trascendencia a la voluntad de la familia del difunto, a no ser que se trate de un menor o de un deficitario mental y sólo para oponerse, aunque se discutió en el seno de la comisión redactora del proyecto de Decreto-Ley, en el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, la posibilidad de llamar a la familia, con fines probatorios, para conocer «a posteriori» la voluntad del difunto. Esta idea no fue reglamentada, pero ha quedado como válvula de escape utilizable de hecho o como materia de futuras adiciones, para el caso de que la opinión pública muestre una decidida oposición a esta especial legislación administrativa.

También se discutió el tema de los extranjeros. Los derechos personales que acompañan a más de un turista, transeúnte o residente, no le excluyen de la aplicación de las disposiciones locales sobre autopsia, inhumación, exhumación, traslado de cadáveres y otros temas de Derecho sanitario y policía mortuoria, entre las que se incluyen las normas sobre donación presunta de órganos de la legislación española. Sin embargo, el reglamento que nos ocupa dispuso como última voluntad, al concluir el capítulo de disposiciones finales, que quedaban «excluidos del ámbito de aplicación del presente Real Decreto las

personas que no tengan la nacionalidad española, salvo que realicen manifestación expresa en contrario».

Esta sanitaria disposición requirió profundos debates que abarcaron, no sólo el campo de la solidaridad social, sino incluso el turismo y la economía nacional.

Todavía en el tema de trasplantes de piezas anatómicas procedentes de cadáveres, llama la atención la ausencia de una disposición que prohíba el revelar la identidad del cadáver, en caso de que éste sea el donante, mucho más comprensible que la garantía de anonimato del receptor, prevista sólo para los trasplantes entre vivos. Tampoco se previó sanción alguna contra quien violara las normas reglamentarias de esta disciplina, no obstante que los tipos penales tradicionales han mostrado su incapacidad para proteger totalmente esta novísima materia.

El donatario o receptor

Por lo que respecta al receptor, la ley que nos ocupa requiere también su manifestación escrita, libre y consciente de voluntad, o la de sus representantes legales en el caso de pacientes con déficit mental o menores de edad.

Las consideraciones sobre las características que debe llenar la voluntad del donante y las garantías técnicas de seguridad a que tiene derecho, valen igual para el receptor, incluyendo el tema de la gratuidad.

El reglamento respectivo regula las condiciones y requisitos que han de reunir el personal, servicio y centros sanitarios, en orden a la extracción y trasplantes de órganos humanos, además de excluir, como ya lo había hecho la Ley, todo lo referente al aprovechamiento terapéutico de sangre humana y sus derivados, asimilando en esta situación a los trasplantes de médula ósea. Delega también en la Secretaría de Estado para la Salubridad, al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, entre otras obligaciones, la de «promocionar la constitución de organizaciones a nivel de comunidad autónoma y nacional y colaborar con entidades internacionales que hagan posible el intercambio y rápida circulación de órganos para el trasplante, fijando los requisitos técnicos para el correcto funcionamiento de los «bancos» de órganos.

En fin, ya para despedirse, el reglamento en comentario autoriza la extracción de córneas y otros tejidos como huesos, piel y vasos, en los propios lugares del fallecimiento. Para acreditar éste, dice la disposición primera final, no será indispensable constatar los signos de muerte cerebral en la forma establecida en el artículo diez.

Esta reminiscencia de la Ley de Trasplantes de 1950 no es fácil de explicar. El no exigir los signos de muerte cerebral sólo encuentra comprensión en la dificultad de trasladar los aparatos al lugar del fallecimiento, y en el hecho de que los tejidos por extraer no son de los considerados vitales. Sin embargo, no se entiende la premura en retirar piezas orgánicas que se caracterizan, precisamente, por su pro-

longada conservación en el mismo cadáver. Esto resultaría lógico si se tratara de órganos viscerales de rápida necrosis. Tampoco nos parece justificado que se disminuyan las garantías de certificación tanatológica, independientemente de las características vitales o no de los órganos extraídos, pues el diagnóstico que no se base en la encefalografía eléctrica, permite dudar de la realidad de la muerte, facilitando el deceso por hemorragia o, por lo menos, que el paciente vuelva de las sombras de la muerte, sólo para encontrar que ya no tiene ojos para gozar el espectáculo de la vida.

La legislación, como obra humana, es siempre perfectible. A veces nos resulta exasperadamente avanzada, poco técnica y, en casos aislados, inmoral, pero nace siempre con una presunción en su favor: la de pretender la paz y el progreso social.

Sin embargo, más valiosas que muchas legislaciones nos resultan las palabras del que fue Sumo Pontífice del Catolicismo, Pío XII: «Es necesario educar al público y explicarle con inteligencia y respeto, que consentir expresa o tácitamente que se atente de modo serio contra la integridad del cadáver en beneficio de los que sufren, no ofende la piedad debida al difunto cuando hay en ello razones válidas».

¿No es acaso un noble gesto, transcribía Graven, para un moribundo, al igual que para los suyos, el ofrecer sus órganos más preciosos para que en el momento en que hayan cesado de servirle permitan el salvar otra vida humana? Para expresar el fervor de la amistad que le mostraban los primeros cristianos de Galicia, San Pablo decía: «Si hubiera sido posible, os hubiérais arrancado los ojos para dármelos». Lo que no era entonces más que una figura retórica, se convierte hoy en realizable por la virtuosidad de nuestros cirujanos. Se pueden dar los ojos para que, después de la muerte —; no antes!— sirvan todavía para iluminar una vida humana. Se puede hoy dar, físicamente, hasta el corazón. La solidaridad humana como la caridad cristiana, encuentran en el trasplante de órganos una expresión nueva y grandiosa.