Centro de Estudios de Consumo

NOTAS JURISPRUDENCIALES

http://www.uclm.es/centro/cesco/serviciosSanitarios/

EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO EN LA LEGISLACIÓN SOBRE TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS FAMILIARES

Vicente Lomas Hernández
Doctor en Derecho
Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas del Sescam
vlomas@sescam.jccm.es

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de junio de 2014, (caso Petrova contra Letonia)

1. La STEDH de 24 de junio de 2014: trasplante de órganos de paciente sin recabar previamente la autorización de la madre del donante fallecido.

A raíz de un accidente de coche, el hijo de la recurrente sufrió heridas mortales que finalmente desembocaron en su fallecimiento. Inmediatamente después de su fallecimiento, sus riñones y el bazo le fueron extraídos al objeto de trasplantar sus órganos. La demandante, que era su madre, no fue informada de ello y por tanto no pudo ejercer ciertos derechos presuntamente establecidos en virtud de la legislación interna (consentir o rechazar la extracción de órganos). Por este motivo, la parte recurrente considera que se ha violado el art. 8 del Convenio en el sentido, como ya he señalado anteriormente, de que la extracción de los órganos de su hijo se realizó sin su consentimiento.

La legislación letona tiene establecido el sistema de consentimiento presunto conforme al cual son los familiares quienes deben adoptar medidas activas si desean vetar cualquier extracción de órganos. El problema que se suscita es si la legislación letona es suficientemente precisa en el sentido de si contempla algún mecanismos que permita a los familiares del paciente fallecido ejercer tales derechos.

En el caso en cuestión, el paciente estuvo tres días ingresado en el hospital, inconsciente, sin que durante ese período de tiempo nadie del hospital se hubiera puesto

en contacto con la madre para mantenerla informada, lo que el Gobierno letón justifica porque:

1.- No había información de contacto registrada en la tarjeta.

2.- Conforme a la legislación letona, no existe obligación por parte del coordinador del centro de trasplantes de recabar el consentimiento de la madre. Según la legislación letona, la extracción de los órganos está prohibida en los casos en que se haya recibido una negativa o una objeción pero no en los casos en los que no se han establecido los deseos de los pacientes más próximos.

A juicio del Tribunal, la citada legislación estatal genera cierta incertidumbre sobre cómo opera en la práctica el consentimiento presunto, y constata que en este caso en concreto no se aplicó ningún mecanismo para que la demandante expresara sus deseos. Por este motivo, la falta de precisión de la legislación letona para proporcionar una protección legal adecuada frente a la arbitrariedad del Estado, la Sentencia le otorga a la demandante en concepto de daño moral una indemnización de 10.000 €.

2.- El consentimiento presunto en la legislación española sobre trasplante de órganos.

En nuestro país, al igual que en Letonia, rige el sistema de consentimiento presunto conforme a lo previsto en el art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos. Conforme a esta disposición, se podrá realizar la extracción de órganos siempre que el fallecido no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice dicha extracción.

En este mismo sentido se pronunciaba, como no podía ser de otro modo, el art. 10 del ya derogado RD 2070/1999, de 30 de diciembre, al señalar que la obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si la persona fallecida de la que se pretenda extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.

A su vez el Decreto 2/2011, de 25 enero por el que se crea la red de trasplantes de Castilla-La Mancha, en su art. 3 establece que "*se considera donante fallecido a aquella persona difunta de la que se pretende extraer órganos, tejidos, o células que, cumpliendo requisitos establecidos en el artículo 10 del Real Decreto 2070/1999,* ***no hubiera dejado constancia expresa de su oposición****".*
El vigente Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, establece en relación con los requisitos para la obtención de órganos de donante fallecido el cumplimiento entre otros, de los siguientes requisitos (art. 9):

Que la persona fallecida de la que se pretende obtener órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la obtención de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos y será respetada.

Siempre que se pretenda proceder a la obtención de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes , o la persona en quien delegue, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes sobre la voluntad del fallecido:

1º Investigar si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente.

2º Examinar la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario *información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.*

Es decir, de forma muy similar a como acontece en la legislación letona objeto de crítica por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en nuestro país el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes tiene el deber, si las

circunstancias lo permiten, de informar a los familiares del fallecido pero siempre que éstos estén presentes en el centro sanitario. Recordemos que en el caso enjuiciado por el TEDH, la madre del fallecido no estuvo en el centro sanitario ya que no pudo ser localizada.

3.- Responsabilidad patrimonial y falta de información a los familiares del fallecido.

El único caso en que un Tribunal ha condenado a la Administración ha sido en el enjuiciado por el **Tribunal Superior de Justicia de Valencia en sentencia de 28 de septiembre de 2000.** En este caso la hija de los demandantes había sufrido un accidente automovilístico falleciendo poco después. A petición de la coordinadora de trasplantes del hospital, los padres concedieron autorización para efectuar el trasplante del corazón, el hígado y los riñones. Días después se hizo la autopsia al cadáver en la que se señaló que faltaba el pulmón izquierdo. El Tribunal declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración por el daño moral infligido a los padres de la fallecida, al haber traicionado su confianza, basada en la promesa de no proceder a la extracción de más órganos del cadáver de su hija que los autorizados. El problema en este caso radica no en que el pulmón se extrajo para el beneficio de otra persona (conducta que sería perfectamente lícita), sino que simplemente había desaparecido.

Es cierto, sin embargo, que la práctica clínica habitual nos muestra una realidad que difiere por completo de la visión que se tiene de esta materia desde el mundo del Derecho, ya que la extracción de órganos de personas fallecidas no se realiza sin el consentimiento de los familiares, y por ello las voluntades anticipadas reguladas en el art. 11 de la Ley de Autonomía del Paciente, se han convertido en un cauce para evitar que finalmente sean precisamente los familiares quienes decidan contra la voluntad del fallecido. La citada regulación existente sobre voluntades anticipadas, tanto a nivel estatal como autonómico, comporta un riesgo, que es que se llegue a entender de forma errónea con total olvido de la legislación sectorial sobre trasplantes, que en ausencia de consentimiento positivizado de manera auténtica en un documento de voluntades anticipadas, no es posible realizar trasplante alguno.