

**El Protocolo adicional al Convenio Europeo sobre trasplante de órganos y tejidos de origen humano.  
Cuestiones fundamentales.**

CHRISTIAN BYK\*\*

*¿Son justas las aplicaciones científicas?*

Pierre Legendre

Se presenta el Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina, y se ofrece evidencia de que este instrumento es, como el modelo de ley de 1986 adoptado por la Liga Árabe, una ilustración de la preocupación presente compartida por las sociedades actuales respecto de las ambigüedades del desarrollo científico y las tecnociencias. Si bien se reconoce que las razones y el grado de temor de que la ciencia pueda poner en peligro la libertad e integridad humanas puede diferir entre Europa y otros continentes, se sostiene que la necesidad de un debate social, ético y jurídico se muestra hoy por doquier como la contraparte que permitirá balancear el impacto potencialmente destructivo de la ciencia y la tecnología en la cultura y las normas sociales.

Palabras claves: *trasplante de órganos - servicios de trasplante - consentimiento - tráfico de órganos - legislación europea*

The Protocol on organ transplant to the European Convention on Biomedicine and Human Rights is presented, and some evidence provided that this instrument is, like the 1986 model law adopted by the Arabic League, an illustration of the present preoccupation shared in current societies about the ambiguities of scientific development and techno-sciences. Although it is acknowledged that the reasons and the degree of the fear that science may put liberty and integrity in danger may differ in Europe and other continents, it is claimed that the necessity of a social, ethical and legal debate appears now everywhere as a counterpart to balance the potential destructive impact of science and technology on culture and social norms.

Key Words: organ transplant - transplant services - consent - organ trafficking - European legislation

La cuestión de la legitimidad y la justicia surge en cada etapa del proceso de trasplante de un órgano. ¿Es legítimo recolectar dicho órgano? ¿Es justo implantarlo para beneficio de una persona?

Dicha cuestión, por lo tanto, crea un fuerte compromiso en el derecho de decir cuál es el verdadero [real] lugar de la ciencia en la sociedad.

Es interesante mencionar que el primer modelo de legislación para trasplante de órganos en los países islámicos fue adoptado durante la década de 1980, mientras que los países europeos sólo firmaron en 1997 el Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina<sup>1</sup> que incluye un ejemplo de armonización jurídica en este ámbito.

Por supuesto, los dos enfoques legales no tienen la misma historia, y remiten a contextos socioculturales diferentes. Sin embargo, esta pregunta por la problematización de la legitimidad, las elecciones y los límites en el procedimiento de trasplante de órganos también constituye evidencia de la existencia de realidades comunes.

Una de estas realidades es meramente antropológica, y muestra cuán universal y atemporal es la simbología de la práctica de trasplantes de órganos.

Como en *Antígona*, la tragedia griega escrita por Sófocles en el siglo V antes de Cristo, lo que está en juego aquí es el respeto que se debe a la muerte y a las relaciones de parentesco consanguíneas.

La práctica del trasplante de órganos desafía, ciertamente, el modo en que consideramos el cadáver humano. Los rituales de inhumación constituyen una tradición básica e importante, común a todas las

---

\* Secretario general (Asociación Internacional de Derecho).

sociedades; negar dichos rituales constituiría una grave violación de la dignidad humana y de la naturaleza humana.

Extender la vida como resultado del trasplante de un órgano también pone en aprietos la distinción previamente clara entre el poder humano y el poder divino, entre el reino de la muerte y el reino de los vivos. Con este ejemplo de artefacto científico, el orden material del mundo, la antigua cosmología, colapsa.

Por último, entendemos que las nuevas tecnologías nos fuerzan a considerar estas preguntas: ¿pueden las leyes de la sociedad estar en contradicción con lo que se ve como la “ley natural”, el respeto por la tradición incluyendo los lazos familiares y los valores culturales y religiosos?

Las respuestas nos son fáciles, y a menudo se dice que la ley en este tipo de ámbitos concentra más preguntas que las que responde.

Al presentar el Protocolo adicional,<sup>ii</sup> querría ofrecer cierta evidencia de que este instrumento es, como el modelo de ley de 1986 adoptado por la Liga Árabe, una ilustración de la preocupación presente que compartimos en todas nuestras sociedades sobre las ambigüedades del desarrollo científico y las tecnociencias.

Si bien las razones y el grado de nuestro temor de que la ciencia pueda poner en peligro nuestra libertad e integridad puede diferir en Europa y otros continentes, la necesidad de un debate social, ético y jurídico se muestra hoy por doquier como la contraparte que permitiría balancear el impacto potencialmente destructivo de la ciencia y la tecnología en la cultura y las normas sociales.

Lo que resulta interesante en la filosofía del Protocolo es la búsqueda de una posición ecuatoriana que reconozca el progreso médico que han proporcionado los trasplantes de órganos y que considere la necesidad de asegurar el respeto de la dignidad humana y de la libertad individual.

Sin embargo, los principios adoptados para tales regulaciones en el nivel europeo dejan en algunas cuestiones fundamentales un amplio margen de apreciación para la legislación nacional. Por lo tanto, la armonización legal no implica un enfoque culturalmente homogéneo.

Esto ocurre particularmente en cuestiones como la definición de ‘muerte’ o el consentimiento a trasplantes de órganos, incluyendo el estado legal de los menores de edad y el papel de la familia.

Hay un último punto relacionado con el Protocolo sobre el que debe ponerse énfasis: su falta de eficiencia en lo concerniente a una cuestión relegada pero importante: el tráfico de órganos.

### **Promover los servicios de trasplante**

El Consejo de Europa tiene a esta altura una larga tradición en la promoción de la cooperación entre los países miembros en el área de los servicios de trasplante de órganos. Ha facilitado las reuniones entre expertos en el área y producido, en 1978, una serie de indicaciones. Con el Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina y su Protocolo adicional se ha dado un nuevo paso: las reglas sugeridas a los gobiernos se están volviendo vinculantes.

Un aspecto de estas reglas es particularmente recurrente. Intentan incentivar y facilitar el trasplante de órganos humanos para propósitos médicos. Existe, sin embargo, una especificación adicional: el Protocolo, como la recomendación anterior, está considerando que los órganos deberían extraerse preferentemente de las personas ya fallecidas y no de órganos vivientes.

Un segundo aspecto, que puede tener consecuencias de mayor importancia por ser un instrumento vinculante, es que las partes miembros deberán proveer los servicios de trasplante. Antes de echar una mirada a estos dos aspectos, es importante recordar que el Protocolo tiene un alcance amplio pero no ilimitado. Cubre el trasplante de órganos y tejidos humanos para propósitos terapéuticos, excluyendo los xenotrasplantes. Tampoco se aplica a la sangre o a los órganos o tejidos reproductivos.

### *El deber de proveer servicios de trasplantes*

Esto es el claro reconocimiento de que el trasplante de órganos se ha vuelto una práctica médica corriente y, en cierto sentido, familiar, apoyada por estándares profesionales y reglas de seguridad.

Es también evidencia de que la práctica del trasplante de órganos debe ser accesible a todos los pacientes que la necesitan.

## 1. Estándares profesionales y seguridad

Las medidas del Protocolo remiten principalmente a los principios expresados en recomendaciones previas así como en el trabajo realizado por los expertos del comité *ad hoc* sobre trasplante de órganos.

a) El artículo 4 recuerda que “[t]oda intervención en el ámbito del trasplante de órganos o tejidos deberá efectuarse en conformidad con las obligaciones y los estándares profesionales relevantes”.

Las obligaciones y estándares relevantes aluden a leyes y reglas de conducta en vigencia en los Estados miembros con referencia específica a los criterios de alocaión acordados.

Si bien la competencia de un profesional de la salud para participar en un procedimiento de trasplantes debe ser de los máximos estándares profesionales, no impide al profesional elegir entre métodos y técnicas, si ello está en los mejores intereses y la seguridad del paciente.

Los estándares profesionales también exigen, tal como se señala en el Informe explicativo,<sup>iii</sup> que el implante de órganos y tejidos sólo sea realizado en conformidad con una prescripción médica clara y específica y no “para algún supuesto beneficio social” (§ 45).

b) El artículo 6 trata los aspectos relativos a la salud y a la seguridad del procedimiento de trasplante. Reconoce la existencia de riesgos pero impone en los profesionales la obligación de “tomar todas las medidas razonables para minimizar los riesgos”.

Los riesgos en cuestión son aquellos relacionados con el manejo y el almacenamiento de órganos, pero especialmente se refiere al riesgo de transmisión de enfermedades (VIH, mal de Creutzfeldt Jacob). Excepcionalmente, dicho riesgo puede admitirse cuando las consecuencias de no implantar son más serias. En todas las circunstancias el órgano que será transplantado deberá estar acompañado de información sobre el donante (que será sometido a exámenes) y el implante.

Indicaciones adicionales sobre salud y seguridad son preparadas por el Comité Europeo de Salud, si bien el último párrafo del artículo 3 reconoce el principio de trato, cuando afirma que “[e]l sistema de trasplantes deberá asegurar la recolección y el almacenamiento de la información requerida para garantizar que los órganos y tejidos puedan ser rastreados”.

En lo que se refiere a los órganos y tejidos extraídos de un donante vivo, el artículo 11 exige que “se efectúen investigaciones e intervenciones médicas apropiadas para evaluar y reducir los riesgos físicos y psíquicos a la salud del donante”.

Debemos lamentar, sin embargo, que la decisión sobre el riesgo sea vista como una cuestión en la que quien cuide del donante sea el equipo de trasplantes y no un equipo médico diferente que sólo considere los intereses del donante.

Por último, el artículo 7 trata del seguimiento médico que deberá ofrecerse a los receptores y donantes vivos luego del trasplante.

Éste es un requisito importante por dos razones. En primer lugar, muestra la continuidad necesaria del tratamiento médico, desde la cirugía hasta el seguimiento médico posterior. En segundo lugar, es esencial garantizar el derecho a la salud del donante vivo.

Sin embargo, me temo que esto será difícil de poner en vigencia en aquellos países en los que el acceso justo a los servicios de salud es limitado.

## 2. Acceso equitativo a los servicios de trasplante

a) El Protocolo simplemente no toma en consideración la realidad de las prácticas de trasplante de órganos en los diferentes países europeos. En su Informe explicativo, expresa también la postura según la cual “[l]as partes del Protocolo toman medidas para asegurar que un sistema de trasplantes existe en sus respectivos Estados, dentro de los cuales operan los servicios de trasplantes.” (§ 35)

Es, ciertamente, de la máxima importancia para aquellos a quienes preocupan las consecuencias prácticas de las tecnologías biomédicas que las reglas expresadas en instrumentos internacionales puedan aplicarse a una realidad concreta.

Por supuesto, un gran número de países miembros tienen programas de trasplantes de órganos establecidos desde hace tiempo y de hecho cooperaron con el Consejo de Europa sobre los estándares clínicos y éticos. Pero insistir en la existencia de un sistema de trasplantes tiene otro significado. Es un recordatorio del derecho a la asistencia médica promovida por el artículo 13 de la Carta Social Europea<sup>iv</sup> y por el artículo 3 del Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina. Pero va mucho más allá de un derecho al cuidado médico primario u ordinario. Tal como se afirma en el Preámbulo, “el trasplante de órganos y tejidos es una parte establecida de los servicios de salud que se ofrecen a la población”.

Si bien el Protocolo deja a los Estados individuales la cuestión de definir la naturaleza o la organización de este sistema, esta obligación puede ser onerosa especialmente para los (nuevos) Estados miembros de Europa oriental debido a que “[c]omo se indica en el párrafo 9 del Preámbulo, las instituciones deben ser instrumentales para asegurar que se respeten las condiciones que protegen los derechos y libertades de los donantes, de los donantes potenciales, y de los receptores”. (§ 35)

b) El sistema reconocido por el Estado también será responsable de asegurar un acceso justo a la evaluación de los trasplantes y de las listas de espera.

Esto significa que los órganos extraídos de personas fallecidas sólo deben alocarse a pacientes registrados en una lista de espera oficial (una recomendación que Rec. (2001) 5 trata específicamente la cuestión del manejo de la lista de espera para trasplantes de órganos).

La objetividad, la transparencia y la responsabilidad son los tres principios fundamentales. Los órganos y los tejidos deben ser alocados según criterios médicos, y estos criterios deben determinarse por anticipado.

Los organismos responsables de la asignación de órganos y tejidos deben poder rendir cuentas por sus decisiones.

En todos los casos, el factor más importante es maximizar la igualdad de oportunidad para los pacientes y hacerlo tomando en cuenta criterios médicos objetivos.

El concepto de justicia también se extiende a la cooperación internacional. En casos de acuerdos internacionales de intercambio de órganos, el Informe explicativo insiste en el hecho de que “los procedimientos de distribución entre países participantes deben considerar el principio de solidaridad dentro de cada país”. (§ 37) De modo que ningún país debe ser usado como un reservorio de donantes de órganos mientras los demás países se benefician de los órganos recolectados.

Mantener un sistema justo sería, por tanto, extremadamente difícil sin promover un sistema que involucre en la procuración de órganos y tejidos no sólo a los profesionales de la salud sino también a la sociedad en su conjunto.

### *¿Cómo maximizar la eficiencia del sistema de trasplantes de órganos?*

Los trasplantes de órganos salvan vidas y contribuyen enormemente a mejorar su calidad. Consecuentemente, “en vista de la escasez de órganos y tejidos, deben tomarse medidas apropiadas para incrementar la donación de órganos y tejidos, en particular informando al público de la importancia del trasplante de órganos y tejidos y promoviendo la cooperación europea en este ámbito” (Preámbulo). La elección de usar donantes cadavéricos en lugar de donantes vivos ha sido considerada como la respuesta adecuada para atender tanto los intereses del paciente como la necesidad de proteger los derechos individuales y prevenir la comercialización del cuerpo humano.

#### 1. El uso de órganos de donantes fallecidos como una prioridad

a) El artículo 9 del Protocolo que trata sobre la extracción de órganos y tejidos de personas vivas, aunque también el artículo 19.1 del Convenio mismo expresan claramente que “sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable”.

La razón para extraer órganos de personas vivas como una alternativa terapéutica de último recurso es entendible. “Extraer órganos o tejidos de donantes vivos para implantación siempre tiene consecuencias y puede acarrear cierto riesgo para el donante” (§ 59), y “[e]n vista del riesgo involucrado [...] no existe ciertamente justificación alguna para recurrir a esta alternativa si existe otro modo de lograr el mismo beneficio para el receptor” (§ 60). Sin embargo, se admite que el tratamiento de diálisis no ofrece resultados similares en términos de la calidad de vida del paciente.

Algunos autores, sin embargo, han criticado esta elección prioritaria demostrando que sus consecuencias han sido precisamente facilitar la práctica existente, que se vio beneficiada de los efectos positivos en la obtención de órganos de los criterios de muerte cerebral.

b) Como consecuencia de esta elección, la promoción de donaciones de órganos extraídos de personas fallecidas resulta estimulada por el artículo 19 “debido a la escasez de órganos disponibles” (§ 105).

Las medidas “apropiadas” mencionadas en este texto no están definidas, pero deberían incluir, según recuerda el Informe explicativo, “la información que ha de ser suministrada a los profesionales de la salud y al público (artículo 8), la necesidad de establecer un sistema de trasplantes (artículo 3) y de contar con medios reconocidos para dar el consentimiento o la autorización (artículo 17)” (§ 106).

Por supuesto, “[t]ambién es importante recordar que debe darse prioridad a la extracción de órganos y tejidos de personas fallecidas” (§ 107).

## 2. Información y cooperación

a) La necesidad de información mencionada en el artículo 8 se dirige a los profesionales de la salud y también al público en general.

El propósito de la información no sólo se vuelca a los individuos sobre las consecuencias y riesgos para los receptores así como para los donantes –un artículo en particular, el artículo 12, trata precisamente de la información que debe darse a un donante vivo–, sino que es también un modo de promover en el público general la donación de órganos y tejidos, y de publicitar sus beneficios y niveles de éxito, y permitir a las personas adoptar una decisión propia sobre la cuestión con pleno conocimiento de los hechos. Por lo tanto, “[l]a información debería cubrir todas las cuestiones médicas, legales, sociales, éticas y de otro tipo, particularmente cuestiones delicadas como los medios de certificar la muerte” (§ 57).

Habida cuenta de la escasez de órganos, los profesionales de la salud deben también beneficiarse con la información, incrementando su capacidad para informar al público.

En todos los casos, “[l]as partes tienen un deber específico de asegurar que las normas que regulan el consentimiento y/o la autorización para la obtención y trasplante de órganos y tejidos sean bien conocidas y aceptadas por la sociedad” (§ 58), debido a que “[e]s importante establecer una relación de confianza entre los donantes potenciales y el sistema de trasplantes” (§ 58).

b) La cooperación entre las partes, que es ya efectiva mediante el comité *ad hoc* de expertos del Consejo de Europa cubre dos grandes áreas como lo recuerda el artículo 27: el intercambio de información y el transporte de órganos y tejidos desde y hacia el territorio.

La información sobre la organización y la efectividad de los servicios, métodos y programas de educación es considerada como un modo mediante el cual todos los Estados pueden alcanzar los servicios de trasplantes más efectivos posibles dentro de los recursos disponibles.

Las dificultades de combinar tejidos compatibles o la urgencia de cierta condición clínica justifican que se espere de los Estados parte que establezcan vínculos a través de las fronteras nacionales para facilitar el transporte de órganos y tejidos entre los Estados, pero sin que ello redunde en un perjuicio para la salud pública y la necesidad de confidencialidad.

### Armonización y enfoques culturales

Si bien considera en el Preámbulo “los problemas éticos, psicológicos y socio-culturales inherentes al trasplante de órganos y tejidos”, el Protocolo pone mayor énfasis en el proceso de armonización jurídica europea –que es un instrumento legal vinculante– que en el enfoque cultural.

Sin embargo, este proceso de armonización es muy respetuoso de la legislación nacional existente, que toma en consideración el enfoque socio-cultural frente a los trasplantes de órganos, en particular en lo relativo a los criterios de muerte y al procedimiento de obtención del consentimiento.

### *Acerca de la muerte*

El Protocolo ha optado por no definir la muerte, sino exigir que la muerte sea establecida apropiadamente. El Protocolo, sin embargo, toma en consideración el respeto del cuerpo humano luego de la muerte.

## 1. Establecer la muerte

El artículo 16 del Protocolo dispone que “[l]os órganos o tejidos no serán extraídos del cuerpo de una persona fallecida a menos que se haya certificado su muerte en conformidad con las normas jurídicas vigentes”.

Siguiendo el Informe explicativo (§94), “[e]s responsabilidad de los Estados definir legalmente el procedimiento específico de declaración de muerte cuando las funciones esenciales se mantienen artificialmente”.

El Informe, sin embargo, no explica por qué esta responsabilidad es considerada como una responsabilidad de los Estados y no de Europa. Existen probablemente dos razones para esta actitud. Una es “técnica”, y se relaciona con la eficiencia del sistema de trasplantes de órganos. Puesto que se supone que el sistema es nacional, se considera que los Estados son los órganos más apropiados para regularlos con eficiencia. La segunda razón es la conciencia de las dificultades de acordar políticamente una serie de criterios comunes. Existe una tendencia habitual en las sociedades europeas liberales de acuerdo con la cual el Estado no debe interferir en las definiciones de vida y muerte, que son vistas como cuestiones de autonomía individual y creencias personales. En la biomedicina y el trasplante de órganos, significa que los profesionales de la salud sólo proporcionarán una definición práctica.

Como señala el Informe explicativo, “[e]n este respecto, puede señalarse que en la mayoría de los países, el derecho define el concepto y las condiciones de muerte cerebral” (§ 94).

Al concentrarse en el procedimiento de certificación, y considerar que es posible certificar la muerte de manera análoga al modo en que es posible certificar la seguridad de un producto biológico, el Protocolo trata la muerte como una cuestión técnica y minimiza el enfoque socio-cultural.

El segundo párrafo del artículo 16 adopta un enfoque similar. Exige a los médicos que certifiquen que la muerte que “no sean los mismos médicos que participan de manera directa en la extracción de órganos o tejidos de una persona fallecida, o de procedimientos de trasplante subsiguientes”. Este es un resguardo importante para la persona declarada muerta y un buen ejemplo de conflicto de interés.

Pero es imposible en la práctica eludir todos los asuntos sensibles, como el Protocolo ha intentado hacer. El párrafo 97 del Informe explicativo constituye una buena ilustración de esta ambigüedad. Conciernen una cuestión sustantiva que no se encuentra en el Protocolo. Afirma que “los recién nacidos, incluyendo los anencefálicos, reciben la misma protección que cualquier persona, y las reglas de certificación de muerte se aplican a ellos”.

## 1. Proteger la dignidad del cuerpo humano

Para la familia del fallecido, a menudo es psicológicamente difícil considerarlo una persona muerta mientras sus funciones esenciales continúan en actividad. Extraer un número excesivo de órganos priva también a la familia de una reapropiación del cuerpo en el momento del funeral.

El propósito del artículo 18 es tomar en consideración estas observaciones. El artículo afirma que “[d]urante la extracción el cuerpo humano debe ser tratado con respeto y deben tomarse todas las medidas razonables para restaurar la apariencia del cuerpo”. Si bien el cuerpo no es legalmente una persona, continúa investido de dignidad humana, y ello implica que debe ser tratado con respeto. Luego de que el procedimiento mecánico ha tenido lugar, debería abrirse alguna alternativa para que se celebren el funeral y los rituales correspondientes.

### *Consentimiento*

El Protocolo contiene una serie de regulaciones detalladas y estrictas sobre los donantes vivos, pero sólo una regla muy general sobre los donantes cadavéricos.

## 1. Donantes vivos

Sobre la necesidad de proteger los derechos y la libertad individuales, el proceso de obtención del consentimiento está estrictamente regulado, y el Protocolo prosigue con garantías adicionales para aquellas personas incapaces de consentir.

### a) Consentimiento del donante vivo

El artículo 13, que se basa en el artículo 5 del Convenio, nos recuerda los principios del consentimiento libre e informado. La provisión es, sin embargo, más exigente, pues exige que el consentimiento sea también específico y que se lo haya dado en forma escrita o ante un órgano oficial —un juez o un escribano oficial, por ejemplo. El consentimiento puede ser retirado en cualquier momento, sin ninguna condición de por medio. Sin embargo, el artículo recuerda en el Informe explicativo que los estándares y obligaciones profesionales pueden exigir que el equipo médico continúe con el procedimiento cuando no hacerlo pudiera poner seriamente en riesgo la salud del donante.

Una vez que el órgano ha sido extraído, el Protocolo no dice nada acerca de las consecuencias del acto de retirar el consentimiento, pero el Informe explica que “el derecho nacional o los estándares profesionales deben proveer un modo de resolver estos problemas” (§ 78).

#### b) La protección de las personas incapaces de consentir

Si bien en principio “no podrá efectuarse ninguna extracción de órganos o tejidos en una persona que carece de la capacidad para consentir”, el artículo 14.2 dispone, repitiendo la redacción del artículo 20 del Convenio, que “[e]xcepcionalmente [...] la extracción de tejidos regenerables [...] podrá autorizarse”. Se exigen luego cinco condiciones:

- no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento;
- el receptor es hermano o hermana del donante;
- la donación tiene el potencial de preservar la vida del receptor;
- se ha dado específicamente y por escrito la autorización de un representante o de una autoridad especificada por ley y de acuerdo con la autoridad competente;
- el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.

Los niños relacionados y sus familiares están, por lo tanto, involucrados en esta medida, que puede cubrir no sólo los trasplantes de médula, sino otros tejidos regenerativos, entre los cuales el de hígado no se menciona con claridad.

El derecho, sin embargo, puede hacer una excepción general para todos aquellos trasplantes que involucren paternidad y situaciones en las que la vida está en peligro si la práctica sólo involucra un riesgo y una carga mínimas para el donante (artículo 15).

## 2. Donantes fallecidos

Los requisitos del artículo 17 se refieren o bien al consentimiento o bien a la autorización, dejando a la legislación nacional la tarea de decidir qué es exactamente lo que hace falta y cómo ha de ser obtenido.

Una vez más, este enfoque mínimo se basa en la idea de que los miembros de los Estados tienen la obligación de crear un sistema nacional de trasplantes. Y ello se halla dentro del marco del sistema de que las condiciones bajo las cuales la extracción de órganos o tejidos se autoriza deben especificarse.

#### a) En consecuencia, el Protocolo no dice nada sobre el consentimiento explícito o presunto

En la formulación actual, es incluso posible que ningún tipo de consentimiento sea necesario si la legislación local (sólo) exige la autorización de un tercero.

Tampoco el Protocolo menciona las personas sin la capacidad de consentir. Hay una referencia implícita al artículo 6 del Convenio, que establece medidas específicas pero deja a la legislación nacional la tarea de definir cuál ha de ser el papel de la familia si es que ha de tener alguno.

Por supuesto, como se indica en el Informe explicativo, los deseos de una persona de dar o rehusar consentimiento deben respetarse.

Pero el Protocolo no obliga a expresar tales deseos. No establece que los profesionales de la salud tienen el deber de solicitar a la persona que los exprese. Ni siquiera menciona cómo estos deseos deberían expresarse. Si bien el Informe hace alguna referencia a los lugares en los que se registrará la voluntad de la persona, señala también que “[n]o ha de considerarse la única manera de establecer los deseos de la persona fallecida a menos que el registro sea obligatorio”. Esta es, ciertamente, la razón por la cual el Comité de Ministros adoptó en junio de 2000 una recomendación exigiendo que se establezcan sistemas de donación de órganos en relación con personas que no han tenido la capacidad de consentir, incluyendo los

niños. La extracción, por lo tanto, será posible en la medida en que se hayan obtenido todas las autorizaciones requeridas por la ley.

Por último, la única obligación estricta que el Protocolo estableció en esta cuestión es la exigencia, en el artículo 8, de que “[L]as partes deberán proveer información [...] al público [...], incluyendo cuestiones relativas al consentimiento o autorización, en particular con relación a la extracción en personas fallecidas”.

b) A fin de aclarar algunos aspectos fundamentales debemos leer el Informe explicativo

Allí se afirma que el artículo 17 “establece que si se duda en algún grado de los deseos de la persona fallecida, deberá ser posible recurrir al derecho nacional para obtener alguna indicación acerca del procedimiento apropiado” (§101).

Lo dicho significa que la referencia que hizo el artículo 17 al consentimiento o a la autorización requeridas por ley deben interpretarse como si dieran prioridad al consentimiento cuando los deseos son claros y a hacer uso de la legislación nacional para interpretar los deseos cuando éstos no resultan claros o no han sido expresados. Ésta es la referencia que se hace al llamado sistema de consentimiento presunto, o a los procedimientos que prescriben consultar a parientes o amigos del donante.

A juicio del Informe explicativo, “[s]ea cual fuere el sistema, si los deseos del fallecido no han sido suficientemente establecidos, el equipo a cargo de la extracción de órganos debe intentar con anterioridad obtener un testimonio de relativos del fallecido” (§102), con el propósito de determinar los deseos expresados o presuntos de la persona fallecida y no la voluntad de los familiares.

El Informe explicativo sugiere que “[l]as partes deben aclarar si la extracción de órganos o tejidos puede tener lugar si los deseos de una persona difunta no se conocen y no pueden determinarse recurriendo a parientes o amigos” (§102).

Por último, el Informe discute otra cuestión sustantiva y propone que “[c]uando una persona muere en un país del que no es residente regular, el equipo de ablación deberá tomar todas las medidas razonables para determinar los deseos de la persona fallecida. En caso de dudas, el equipo de ablación debe respetar las leyes aplicables del país del que la persona fallecida es residente regular o, en su defecto, las leyes del país del que la persona fallecida es ciudadana” (§103).

Es obvio que la elección que el Protocolo ha hecho de manera recurrente de referirse a la legislación nacional en lugar de al derecho sustantivo suscita en este caso un problema de conflicto de leyes. Enfrentado a esta dificultad, el Informe explicativo intenta llenar el vacío del Protocolo, si bien extralimitarse de este modo está fuera del ámbito de un documento de este tipo. El Informe explicativo no es un documento legalmente vinculante, y la solución relevante puede encontrarse de ordinario en los términos del derecho privado internacional.

El único punto sustantivo con el cual el Protocolo acuerda es que “[l]a extracción no se efectuará si la persona fallecida ha presentado objeciones al respecto”.

Si el Protocolo sugiere la adopción de reglas sustantivas limitadas para regular el consentimiento, la cuestión de la comercialización del cuerpo humano se muestra como un área de consenso para afirmar principios europeos fuertes.

### **El consenso sobre la no-comercialización del cuerpo humano**

El Protocolo transmite un mensaje sobre el valor específico inherente a cada ser humano. Éste es el concepto de la dignidad, y que el Protocolo tiene como objeto proteger, tal como se desarrolla en el artículo 1. Por lo tanto, el capítulo VI sobre la prohibición de la obtención de un rédito económico provee una aplicación de tal protección en el ámbito de los trasplantes. No obstante, si bien el principio según el cual el cuerpo humano y sus partes no darán lugar, como tales, a algún rédito económico es parte del *legal acquis* del Consejo de Europa; un informe de 2003 elaborado por la Asamblea Parlamentaria ofrece evidencia de la existencia de tráfico de órganos.

#### *La prohibición de toda forma de todo rédito económico*

El Protocolo contiene dos indicaciones específicas: una sobre el rédito económico; la otra, sobre el tráfico de órganos.

1. La prohibición del rédito económico

El artículo 21 recuerda que el cuerpo humano y sus partes, como tales, no darán lugar a réditos económicos o ventajas comparables.

La regla es bastante estricta. Incluso un tercero involucrado en el proceso de trasplante, como el profesional de la salud o el banco de tejidos no puede obtener provecho económico de los órganos, tejidos u otros productos desarrollados para tal fin. Y el segundo párrafo deja bien en claro que cualquier intento de publicitar algo relacionado con el trasplante de órganos o tejidos con el propósito de obtener un rédito económico o algún otro rédito equivalente de cualquier parte se halla prohibido.

También ofrece cierta precisión en los pagos que no redundan en un rédito económico, en particular, compensación a los donantes vivos por pérdidas, el pago de una suma justificable por los servicios médicos legítimos y la compensación en casos de daños indebidos.

En general, este tipo de compensaciones se realizan para evitar desventajas económicas posibles que de otro modo podrían ocurrir.

## 2. La prohibición del tráfico de órganos y tejidos

La prohibición de obtener un rédito económico establecida en el artículo 21 es muy amplia e implica que cualquier comercio de órganos y tejidos para rédito económico directo o indirecto está prohibido.

Pero el tráfico de órganos es un importante ejemplo de este tipo de comercio ilegal, y justifica medidas específicas. Más aún, las medidas que establece el artículo 22 se refieren a prácticas coercitivas, ya sea por añadidura, al uso de incentivos económicos o como alternativa a ellos. “Tales prácticas”, advierte el Informe explicativo, “son objeto de especial preocupación debido a que explotan a personas vulnerables y pueden deteriorar la confianza en el sistema de trasplantes.”

Se recomienda que en conformidad con el artículo 26 (concerniente a las sanciones) “las partes provean sanciones apropiadas para disuadir el tráfico de órganos y tejidos o cualquier intento de intercambio comercial de órganos y tejidos” (§121).

Sin embargo, en un informe de 2003 elaborado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa muestra la dificultad de dar fuerza legal a la prohibición y pone de manifiesto cuestiones de gravedad sobre la eficiencia del Protocolo de no tomarse serias medidas al respecto.

### *La existencia del tráfico de órganos y la cuestión de la puesta en práctica del Protocolo*

#### 1. Tráfico de órganos en Europa

En el mundo, la cuestión del comercio de órganos no es nueva. La venta de órganos todavía existe en la India, a pesar de las leyes que vuelven ilegal dicha práctica; y el uso comercial de órganos de las personas ejecutadas ocurre en China. El progreso de las técnicas de trasplante de órganos, en conjunción con una población envejecida en los países industrializados, ha creado un abismo cada vez más profundo entre la oferta y la demanda de órganos. Se estima que entre el 15 y el 30 % de los pacientes en Europa mueren en listas de espera como resultado de una escasez crónica de órganos.

Si bien se observaron algunos casos en Europa hacia fines de la década de 1980, se creyó que un sistema de trasplante de órganos marcadamente no-comercial, instituido en la mayoría de los países europeos, constituiría la mejor medida para prevenir el tráfico. Sin embargo, parece que la reunificación política europea y la creciente demanda de donaciones de órganos ha abierto las puertas a un mercado negro europeo de órganos humanos. Las organizaciones criminales han identificado esta oportunidad lucrativa, que hace de los habitantes de los países empobrecidos de Europa del Este las más frecuentes víctimas del comercio ilícito.

El informe elaborado en 2003<sup>v</sup> considera que “[m]ientras que las estimaciones actuales muestran que el tráfico de órganos permanece en una escala modesta en Europa, la cuestión es de seria importancia, puesto que es altamente probable que el progreso en la ciencia médica continúe incrementando la brecha entre la oferta y la demanda de órganos”.

Durante su visita realizada principalmente en Moldova, que tuvo el propósito de recabar información sobre la cuestión, la Informante se reunió con personas que vendieron sus riñones a través de las redes de tráfico que se extienden entre Moldova, Turquía, Ucrania e Israel. El informe señala que “el Informante es consciente de que algunos otros países europeos enfrentan problemas similares, que hacen del tráfico de órganos un problema regional, si es que no europeo”.

La Informante agrega que “[e]l tráfico de órganos parece ser extremadamente bien organizado y extremadamente móvil, e involucrar una red de *brokers*, médicos calificados y personal de enfermería especializado”. Concluye que existe un compromiso político europeo en esta área: “[c]ombatir este tipo de crimen no debería seguir siendo sólo responsabilidad de los países de Europa del este”.

Hace falta, por lo tanto, un sistema de cooperación multilateral en el nivel europeo. En particular, la Informante llamó la atención sobre una preocupante tendencia en algunos países europeos (por ejemplo, Alemania y Suiza) en dirección a leyes menos restrictivas que admiten un mayor espacio para las donaciones con donantes vivos. Considera que “[s]i bien la prohibición del tráfico de órganos está legalmente establecida en los Estados miembros del Consejo de Europa, la mayoría de los países todavía cuentan con vericuetos legales en esta cuestión”.

Luego de la publicación del informe, el 25 de junio de 2003 la Asamblea Parlamentaria adoptó una recomendación que desarrolla propuestas para prevenir y combatir el tráfico de órganos.

## 2. Poner en práctica la prohibición

Los Estados miembros europeos deberían dejar de hacer de la cuestión un tabú, y enfrentar la cuestión de abiertamente, a fin de establecer mecanismos de cooperación en este ámbito.

### a) Se proponen diferentes áreas de acción

#### - Ética profesional

Los cirujanos de trasplantes y otros profesionales de la salud involucrados deberían cerciorarse de que los órganos y tejidos han sido obtenidos en conformidad con las indicaciones éticas y jurídicas, que prohíben la venta de órganos.

#### - Reducir la demanda y mejorar los mecanismos de cooperación

El fin de los mecanismos de cooperación es lograr que los órganos de cada donante sean recibidos por el receptor mejor compatible entre todos los pacientes en lista de espera.

#### - Marco legal

Se invitará a los Estados miembros a adoptar, firmar y ratificar los textos internacionales relevantes, incluyendo el Protocolo, y a intensificar con urgencia la cooperación bajo la dirección de Interpol y Europol.

### b) Se sugieren, asimismo, medidas específicas en relación con un Estado que podría ser considerado un “país ofertante” o un “país demandante”.

#### Se invita a los llamados “países ofertantes”

- a mejorar su sistema primario de prevención y cuidado médico;
- a tomar medidas para identificar los donantes ilegales y proveer un seguimiento médico;
- a fortalecer los sistemas de trasplantes existentes;
- a reformar su código penal a fin de asegurar que los responsables del tráfico de órganos sean adecuadamente castigados;
- a restringir la donación de órganos y tejidos a prisioneros y otras personas en custodia;
- a tomar medidas efectivas para combatir el tráfico en general;
- a implementar programas nacionales anticorrupción;
- a implementar estrategias nacionales de reducción de la pobreza y crear condiciones de inversión.

#### Se invita a los llamados “países demandantes”

- a mantener leyes estrictas en relación con el trasplante de donantes vivos no relacionados;
- a negar cobertura médica nacional con reintegro para trasplantes ilegales en el exterior;
- a generar conciencia sobre las donaciones;
- a tomar medidas para incentivar a los individuos a que expresen su deseo de donar sus órganos luego de su muerte;
- a asegurar control estricto y transparencia de los registros de órganos y listas de espera;
- a armonizar la información y fortalecer los mecanismos de cooperación;
- a tomar medidas para rastrear las publicidades de *brokers*.

Traducción: Pablo Stafforini<sup>1</sup>

---

## Notas

<sup>i</sup> Council of Europe. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/164.htm>. Traducción castellana disponible en <http://www.unav.es/cdb/coeconvenccion.html>. [Nota del traductor.]

<sup>ii</sup> Council of Europe. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin. <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/186.htm>. [nota del traductor]

<sup>iii</sup> Council of Europe. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin. Explanatory Report. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/186.htm>. [nota del traductor]

<sup>iv</sup> Council of Europe. European Social Charter. <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/035.htm>. Traducción castellana disponible en [http://www.ilo.org/public/spanish/employment/skills/recomm/instr/coe\\_1.htm](http://www.ilo.org/public/spanish/employment/skills/recomm/instr/coe_1.htm). [Nota del traductor.]

<sup>v</sup> Parliamentary Assembly. Trafficking in Organs in Europe. <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/EDOC9822.htm>. [Nota del traductor.]