



CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
GILBERTO BOSQUES
ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN



LA LEY DE DONACIÓN DE ÓRGANOS EN PAÍSES BAJOS: LOS DEBATES SOBRE EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

26 DE MARZO DE 2018

MONITOR LEGISLATIVO INTERNACIONAL



El 13 de febrero de 2018, el Senado de los Países Bajos aprobó la Ley de Donación de Órganos por una estrecha mayoría a favor (38 votos a favor frente a 36 en contra). Esta norma recoge el mecanismo establecido por el proyecto original, redactado e impulsado por Pia Dijkstra, Diputada integrante de la bancada del partido liberal de centro izquierda Demócratas 66 (D66) en 2012. La nueva disposición adopta un sistema de “consentimiento presunto” en la donación de órganos de fallecidos, mediante el cual los holandeses mayores de 18 años serán donantes de órganos cuando mueran, a menos que en vida hayan manifestado su rechazo explícito en un registro oficial. Es de señalar que esta nueva ley nace de la preocupación por incrementar las tasas de donación de órganos de fallecidos en ese país, especialmente luego de que el sistema español que ha adoptado este mismo proceso sea un éxito regional y mundial. No obstante, los expertos, las voces médicas y los propios españoles sugieren que este tipo de leyes deben respetar la decisión mayoritaria entre los ciudadanos y beneficiarse de una campaña informativa y organizativa para que la implementación sea exitosa.

The Organ Donation Act in The Netherlands: the debates on the principle of presumed consent

On February 13, 2018, the Senate of the Netherlands approved the The Organ Donation Act by a narrow majority in favor (38 votes in favor versus 36 against). This bill includes the mechanism established by the original project, drafted and promoted by Pia Dijkstra, member of the center-left liberal party Democrats 66 (D66) in 2012. The new provision adopts a system of "presumed consent" in the donation of organs of the deceased, through which the dutch citizens and residents over 18 years will be organ donors when they die, unless in life they have expressed their explicit rejection in an official record. It should be noted that this new law is born of the concern to increase the donation rates of deceased organs in that country, and after the Spanish health care system has adopted this same process in what is called a regional and global success. However, the experts, the medical voices and the Spanish society have suggested that this type of laws must respect the will of the majority among citizens

Introducción

El 13 de febrero, el Senado holandés aprobó con 38 votos a favor y 36 en contra la nueva Ley de Donación de Órganos (*The Organ Donation Act*), mediante la cual Países Bajos adopta un sistema de “consentimiento presunto” en la donación de órganos de fallecidos. Esto quiere decir que todos los holandeses mayores de 18 años serán donantes de órganos cuando mueran, a menos que en vida hayan manifestado su rechazo explícito en un registro oficial. Asimismo, la norma también prevé que, en caso de duda, la familia del fallecido tendrá la última palabra. Es de mencionar que esta legislación reemplaza a la Ley del 24 de mayo de 1996¹ en la que el sistema holandés de donación de órganos de fallecidos se regía bajo el “consentimiento expreso”, el cual señala que si la persona no manifiesta en vida su voluntad de ser donador al momento de su muerte, cuando ocurre el fallecimiento la donación no puede llevarse a cabo.

De conformidad con la Ley de 1996, y bajo el sistema de “consentimiento expreso”, se considera que todo holandés mayor de 12 años tiene la edad suficiente para tomar decisiones respecto a la donación de sus órganos. De tal forma, cada persona, cumplidos 18 años, recibe por correo un formulario de parte del Ministerio de Salud, y si la persona acepta dar su consentimiento a la donación, se inscribe en el registro de donantes. Existen cuatro opciones de registro: 1) consentimiento, 2) objeción, 3) decisión delegada a los familiares, y 4) decisión delegada a una persona específica. En caso de silencio del donante fallecido y de los menores de edad, la familia decide. Para el mayor de 12 años y menor de 16, la voluntad de la familia es primero.²

La nueva Ley de Donación de Órganos fue propuesta por la Diputada Pia Dijkstra del partido Demócratas 66 (D66) en 2012 en la Cámara Baja, y derivó de la preocupación por incrementar e incentivar la donación de órganos de fallecidos para trasplantes en Países Bajos. Luego de que en ese país el rechazo ciudadano a ser donador de órganos tras la muerte se incrementa cada año,³ y debido a esta falta de órganos anualmente mueren alrededor de 150 pacientes de las listas de espera.⁴ A esta situación se suma el que Países Bajos, siendo parte de la red *Eurotransplant*, es considerado uno de los países europeos donde menos donaciones se realizan.⁵

¹ Ministerio de Justicia, “Ley de donación de órganos”, 24 de mayo de 1996. Consultada el 22 de marzo de 2018 en: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0008066/2012-08-27>

² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Sistemas de donación de órganos en el Derecho Comparado”, 16 de febrero de 2011. Consultado el 16 de marzo de 2018 en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15473/5/Sistemas%20de%20donacion%20de%20organos%20en%20el%20Derecho%20Comparado_def_v4.pdf

³ En 2016, el Centro de Estadísticas de Países Bajos también publicó que el número de holandeses que rechazaron ser donantes por escrito aumentó a 1,71 millones. Otros 3,6 millones dieron su permiso para donar sus órganos, y 700,000 personas más dejaron la decisión en manos de sus familiares. Isabel Ferrer, “Holanda convierte a todos sus ciudadanos en donantes de órganos”, *El País*, 13 de febrero de 2018. Consultado el 16 de marzo de 2018 en: https://elpais.com/internacional/2018/02/13/actualidad/1518540850_988332.html

⁴ En 2015, el Centro de Estadísticas de Países Bajos publicó que 132 personas incluidas en las listas de espera fallecieron por falta de la escasez de órganos donados. *Idem*.

⁵ Esta organización internacional fue creada en 1967 con la finalidad de administrar y promover el intercambio internacional de órganos, garantizando su óptima distribución y mediando entre los hospitales de donantes y los centros de trasplantes en beneficio de los pacientes que se encuentran en sus Estados miembros – Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovenia, Hungría, Luxemburgo y Países Bajos- y que en la mayoría de los casos no tienen una posibilidad en la lista de espera nacional. Es de mencionar que, la población de los ocho Estados miembros de esta red suma casi 135 millones de personas, y dentro de esta región hay 1,601 hospitales de donantes y 77 centros de trasplante. En tanto, en la lista de espera hay 16,000 pacientes que necesitan un órgano donante, y cada año, casi 10,000 nuevos pacientes se integran a la misma. Mientras *Eurotransplant* asigna anualmente más de 7,000 órganos.

Y es que a pesar de que una gran parte de la ciudadanía holandesa está a favor de la donación de órganos de fallecidos, una cifra considerable sigue negándose a aceptar dicha práctica. Tan sólo a mediados de 2017, seis millones de holandeses mayores de 12 años se habían inscrito en el registro de donantes. Del total de esta cifra, el 60% otorgó su consentimiento a la donación, mientras un 29% lo rechazó y se negó entregar su cuerpo a la medicina pidiendo ser enterrado por completo, en tanto un 11% más otorgó su decisión a otra persona para decidir por él cuando fallezca, dependiendo en este caso lo que la donación signifique para sus familiares.⁶

De tal forma, los impulsores de esta nueva norma indican que con la adopción del sistema de “consentimiento presunto” en Países Bajos, las donaciones holandesas no sólo se incrementarán y ayudarán a sus ciudadanos, sino también a enfermos de los países que conforman dicha red europea y con quienes se comparten los órganos.⁷ No obstante, destacados miembros de la comunidad médica continúan abogando por la adopción del “consentimiento expreso” donde se respete la voluntad explícita de la persona y, en detrimento del “consentimiento presunto”, han reiterado en diversas ocasiones que este sistema no garantiza el incremento en la donación de órganos de fallecidos debido a que en los diversos sistemas de donación existentes, se observa que al momento de la muerte de una persona, la voluntad familiar ha tendido a ser negativa. Como solución, las voces médicas señalan que el incremento en la donación de órganos de fallecidos sólo se alcanzará mediante la implementación de políticas públicas que sensibilicen, a partir de la difusión de información, la perspectiva cultural en cualquier sociedad.

Fue precisamente esta discusión sobre la voluntad familiar la que dificultó el debate en el Senado holandés, porque la iniciativa original presentada por la Diputada Pia Dijkstra no contemplaba otorgar la última palabra a los familiares. No obstante, la votación senatorial condicionó la aprobación de la ley a la posibilidad de que sean los familiares los que al final aprueben o rechacen la donación de órganos del fallecido. Se espera que la nueva legislación holandesa sobre donación de órganos entre en vigor a partir del 1° de julio de 2020, de la mano con una campaña de información que promueva y exponga las nuevas disposiciones.

Este Monitor Legislativo presenta los contenidos y mecanismos fundamentales de la nueva legislación sobre donación de órganos en Países Bajos, sus antecedentes con la Ley de 1996, el debate legislativo al respecto, así como las principales posiciones políticas, sociales y médicas en torno a una de las normas más polémicas en la historia holandesa. Posteriormente se analizan los sistemas de donación de consentimiento expreso y presunto, así como sus variantes en los sistemas legales de donación, con la finalidad de exponer los principales elementos que centran el debate entre ambos sistemas, y presentar la opinión médica al respecto. Finalmente, se refieren otros sistemas legales, con el caso particular de España, un país donde el sistema de “consentimiento presunto” ha sido un éxito.

Eurotransplant International Foundation. Consultado el 21 de marzo de 2018 en: <https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=organexchange>

⁶ Imane Rachidi, “Holanda aprueba la polémica ley que convierte en donantes de órganos a todos sus ciudadanos”, *El Mundo*, 14 de febrero de 2018. Consultado el 20 de marzo de 2018 en: <http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2018/02/13/5a83399de2704ec2648b45c0.html> y Isabel Ferrer, “Holanda convierte a todos sus ciudadanos en donantes de órganos”, *op.cit.*

⁷ Imane Rachidi, “Holanda se rebela contra la donación de órganos por ley”, *El Mundo*, 15 de febrero de 2018. Consultado el 21 de marzo de 2018 en: <http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2018/02/15/5a846509268e3ea9448b461f.html>

La Ley de Donación de Órganos: contenidos y mecanismos fundamentales

La iniciativa denominada como Ley de Donación de Órganos (*The Organ Donation Act*) concluyó su proceso legislativo al avalarse por una estrecha mayoría a favor en el Senado de los Países Bajos (*Eerste Kamer der Staten-Generaal*)⁸ el 13 de febrero de 2018. La Ley, que fue aprobada por 38 votos a favor frente a 36 en contra, recoge el mecanismo establecido por el proyecto original, redactado e impulsado por Pia Dijkstra, Diputada integrante de la bancada del partido liberal de centro izquierda Demócratas 66 (D66).⁹

De acuerdo con el proyecto, aprobado en la Cámara Baja el 12 de septiembre de 2016 por también una estrecha mayoría de 75 votos contra 74, se incorpora la fórmula de que todos los ciudadanos holandeses e inclusive los ciudadanos extranjeros registrados como residentes permanentes serán donantes de órganos, a no ser que registren explícitamente y por escrito su rechazo a ello. Fue tal el nivel de controversia que alcanzó la discusión en el Senado, donde el debate estuvo centrado en la última decisión que corresponde a los familiares para avalar o no la donación, que las bancadas votaron divididas y al final los Senadores otorgaron a la familia la última palabra. Por ejemplo, un total de seis miembros del ultraderechista VVD votaron a favor y siete en contra, cuatro a favor del democristiano CDA y ocho en contra, y cinco a favor del socialdemócrata PvdA y tres en contra.¹⁰ Hubo incluso un caso, el de la Senadora del Partido Socialista (SP) Arda Gerken, quien no votó por sentirse confundida entre la decisión a favor de su partido y sus convicciones personales más bien en contra y otro más donde la controversia terminó en la remoción de la Senadora Marleen Barth como lideresa del PvdA en el Senado por no estar presente en la sesión de debate y aprobación de la iniciativa y encontrarse precisamente ese día de vacaciones.¹¹

En términos generales, existieron dos razones principales que dividieron la votación senatorial. La primera, algunos de los Senadores consideraron que el Gobierno no puede decidir sobre los órganos de un ciudadano, mientras otros hablaron de los altos costes y problemas que la norma generará, al

⁸ La Cámara Alta o Senado holandés (*Eerste Kamer der Staten-Generaal*) está compuesto por 75 escaños y los Senadores son elegidos por los miembros de los Consejos Provinciales cada cuatro años, normalmente dos años después de las elecciones generales. Esta Cámara, es importante precisar, no tiene facultades para iniciar legislación ni atribución alguna sobre las tareas de gobierno. Sus facultades se limitan exclusivamente a aprobar o vetar la legislación emitida por la Cámara Baja. Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, Monitor Electoral “[Las elecciones generales en Países Bajos: la batalla contra el ascenso del nacionalismo](#)”, Senado de la República, 8 de marzo de 2017, en: http://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/ME_EleccionesPaísesBajos_080317.pdf

⁹ El partido D66 cuenta con 19 asientos de 150 en la Cámara Baja y 10 de 75 en la Cámara Alta del Parlamento de los Países Bajos lo cual lo ha vuelto un importante promotor de legislación en su carácter de tercera bancada más numerosa en ambas y parte fundamental de la actual coalición de gobierno encabezada por el Primer Ministro Mark Rutte (John Henley, “Dutch parties agree coalition government after a record 208 days”, *The Guardian*, 9 de octubre de 2017, consultado el 20 de marzo de 2018 en: <https://www.theguardian.com/world/2017/oct/09/dutch-politicians-ready-form-government-election-coalition>). Para saber más sobre el origen y la plataforma del partido así como sobre su importancia en el sistema político holandés véase el Monitor Electoral “[Las elecciones generales en Países Bajos: la batalla contra el ascenso del nacionalismo](#)”, op.cit.

¹⁰ Miriam Heijenga, “Nieuwe donorwet aangenomen in de Eerste Kamer”, *EenVandaag*, 13 de febrero de 2018, consultado el 20 de marzo de 2018 en: <https://eenvandaag.avrotros.nl/item/nieuwe-donorwet-aangenomen-in-de-eerste-kamer/> Para ver el récord completo y pormenorizado de la votación véase: https://www.eerstekamer.nl/id/vkm0e7uizonx/document_extern/33506_s_hoofdelijke_stemming/f=vkm0e8g2wxu7.pdf

¹¹ Matthijs van Schie, “Meer dan 100,000 keer “nee” in eerste week nieuwe donorwet”, *Elsevier Weekblad*, 20 de febrero de 2018, consultado el 22 de marzo de 2018 en: <https://www.elsevierweekblad.nl/nederland/achtergrond/2018/02/588392-588392/>

tiempo que mencionaron que el nuevo sistema no es una garantía para mejorar las condiciones actuales de donación en el país.¹² Así, durante la discusión el líder del Partido por la Libertad, Geert Wilders, fue uno de los principales críticos. En su moción presentada ante el Senado, el partido de extrema derecha enfatizó en que “el cuerpo de los holandeses no es propiedad del Estado, sino suyo”, y añadió que “no tomar una decisión ya era una forma de decidir”. En el mismo tenor, el Partido Laborista (PvdA), el Partido Socialista (SP), el Partido 50PLUS, el Partido Verde (GL) y el Partido por los Animales, fueron los que se negaron a respaldar la ley y exigieron que fueran introducidas “garantías serias” de que se consultarían las objeciones de amigos o familiares que rechacen el uso de los órganos de la persona fallecida, aun cuando la persona afectada haya pedido en vida ser donante. Estos grupos pidieron una especie de guía para los médicos que explique en detalle los procedimientos que se deben seguir y, en especial, las exigencias éticas que deberán respetar los doctores en torno a esta cuestión cuando haya un claro rechazo de la familia.¹³

El mecanismo establecido por la nueva ley, denominado como “consentimiento presunto” operará, en términos generales, de la siguiente manera: a todos los mayores de 18 años se les enviarán en un plazo de seis meses dos cartas de advertencia, en las que se les preguntará si quieren ser donantes y si desean donar o no su cuerpo a la ciencia o la medicina. Al no contestar a ninguna de ellas, se les registrará en un sistema electrónico bajo el apartado “sin objeciones”. En cualquier caso, y esta fue una de las disposiciones clave para su aprobación en el Parlamento, los familiares del fallecido tendrán siempre la última palabra, aún en el caso de que hayan consentido donar sus órganos.¹⁴ Esto implica, por ejemplo, respetar la decisión de los parientes en duelo de no permitir la donación de órganos de sus seres queridos recientemente fallecidos especialmente si en opinión de los médicos de atención intensiva proceder con la voluntad del difunto podría afectar psicológicamente a algún familiar superviviente.

Después de la entrada en vigor de la ley, aproximadamente en el verano de 2020, todos los holandeses deberán elegir entre 4 opciones a partir de las cartas recibidas para su eventual incorporación al Registro de Donante Activo (ADR, por sus siglas en holandés) a saber: 1) dar permiso para la donación de sus órganos, lo cual a su vez implica decidir si ofrecerlos todos en donación o sólo alguno(s) de ellos 2) no otorgar ese permiso, 3) determinar que la pareja o bien la familia lo decidirá en su momento y 4) determinar a otra persona a fin de que llegado el momento haga esa elección.¹⁵ En este momento, bajo el sistema vigente, que funciona precisamente al revés, sólo 24% de las personas en posibilidad de hacerlo, han registrado su voluntad de ser donantes a pesar de que el 63% de los holandeses, en sondeos de opinión recientes, han planteado la posibilidad de ser donantes bajo el principio de que ellos mismos podrían necesitar un órgano en donación.¹⁶ Peor aún, mientras alrededor de 1,300 personas se encuentran anualmente desde hace una década en la lista de espera para recibir órganos en donación, existen solamente unos 200 donantes *post mortem* al año.¹⁷

¹² Imane Rachidi, “Holanda aprueba la polémica ley que convierte en donantes de órganos a todos sus ciudadanos”, *op.cit.*

¹³ Isabel Ferrer, “Holanda convierte a todos sus ciudadanos en donantes de órganos”, *op.cit.*

¹⁴ Enzo van Steenbergen, “De nieuwe donorwet: wat verandert er voor u?”, *NRC*, 13 de febrero de 2018, consultado el 21 de marzo de 2018 en: <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/02/13/de-nieuwe-donorwet-wat-verandert-er-voor-u-a1592049>

¹⁵ Rijksoverheid, “Wat houdt de nieuwe donorwet (Actieve donorregistratie) in?”, sección preguntas y respuestas.

¹⁶ Pia Dijkstra, “¿Qué significa la nueva Ley de Donantes?”, 13 de febrero de 2018, página electrónica del partido D66, consultada el 21 de marzo de 2018 en: <https://d66.nl/wat-houdt-nieuwe-donorwet-in/>

¹⁷ Remco Coppen, “Organ donation, policy and legislation with special reference to the Dutch Organ Donation Act”, tesis doctoral, Universidad de Tilburg, 2010, p. 129.

Tras la aprobación senatorial, la Diputada Dijkstra aseguró que "el sector de Sanidad estaba esperando la aprobación de esta ley y creo que es importante para las personas que tienen que lidiar con el fallo de uno de sus órganos y que están en lista de espera", y agregó que el proyecto debía ir acompañado de una buena campaña de información que explique el significado de la ley.¹⁸

Precisamente otro de los dispositivos interesantes de la ley tiene que ver con la información como premisa para tomar decisiones. De ahí que el Estado holandés, bajo la dirección del Ministerio de Salud y la participación de la Fundación Holandesa de Trasplantes (NTS, por sus siglas en holandés), prepare una campaña masiva de información sobre el funcionamiento del nuevo mecanismo, los recordatorios para llenar los formularios electrónicos -mismos que se harán efectivos ante la tramitación de cada solicitud de pasaporte, licencia de conducir o documentos de identidad- las posibilidades de cambiar una decisión ya tomada o bien la forma en que se pondrá especial atención a las personas con bajos niveles educativos e inmigrantes a fin de que cuenten con toda la información necesaria de manera previa a su decisión.¹⁹ La Directora de la NTS, Bernadette Haase, señaló que intentarán resolver dudas sobre de qué va la ley, qué pasa hasta que entre en vigor y qué supone si una persona no registra su elección.²⁰ Más aún, la ley establece que en el caso de las personas con discapacidad intelectual y algunos otros padecimientos o enfermedades que les impiden tomar la decisión por ellos mismos, serán de nuevo los familiares quienes decidan, en su momento, sobre el particular.

El largo proceso legislativo iniciado con la presentación de la iniciativa el 18 de diciembre de 2012 y hasta su aprobación definitiva el 13 de febrero de 2018 en el Senado, estuvo acompañado por múltiples reuniones con expertos, la publicación de amplios informes sobre perspectivas éticas, jurídicas y de salud pública del problema, y numerosos debates tanto al interior de los respectivos Comités, especialmente el Comité de Salud Pública, Bienestar y Deporte de la Cámara Baja, como en el pleno de ambas Cámaras del Parlamento. De acuerdo con una carta enviada al Parlamento por el Ministro de Salud holandés, Burno Bruins, el gobierno estima que el costo de implementación de esta nueva legislación ascenderá a 20 millones de euros, especialmente en lo relativo a la difusión informativa sobre el funcionamiento y las mecánicas establecidas, y que entrará en vigor el 1° de julio de 2020.²¹

¹⁸ Isabel Ferrer, "Holanda convierte a todos sus ciudadanos en donantes de órganos", *op.cit.*

¹⁹ "De Telegraaf", "Wachten op climax van debat over donorwet", 6 de febrero de 2018, consultado el 21 de marzo de 2018 en: <https://www.telegraaf.nl/nieuws/1633644/wachten-op-climax-van-debat-over-donorwet>

²⁰ Imane Rachidi, "Holanda se rebela contra la donación de órganos por ley", *op.cit.*

²¹ Ministerie van Volksgezondheid Welzijn en Sport, "Aangenomen initiatiefwetsvoorstel tot invoering actieve donorregistratie", 13 de febrero de 2018, carta consultada el 21 de marzo de 2018 en: [file:///C:/Users/arturo.magana/Downloads/kamerbrief-over-invoering-actieve-donorregistratie%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/arturo.magana/Downloads/kamerbrief-over-invoering-actieve-donorregistratie%20(2).pdf)

Donación de órganos: el debate entre consentimiento expreso y consentimiento presunto

A pesar de que diversos países en el mundo han normado la donación y el trasplante de órganos, el debate persiste respecto a ciertos aspectos de las donaciones de órganos hechas cuando una persona fallece siendo el principal obstáculo, de entre estos aspectos, el que deriva del consentimiento de las personas involucradas, pudiendo ser el propio donante o sus familiares. Y es esta misma dificultad a la que se han enfrentado la mayoría de las legislaciones cuando han buscado incentivar la donación de órganos de fallecidos.

El trasplante de órganos humanos empezó con una serie de estudios experimentales a comienzos del siglo XX. En tanto, el trasplante quirúrgico de órganos humanos de donantes fallecidos o vivos a personas enfermas o moribundas comenzó después de la Segunda Guerra Mundial. Debido al incremento de esta práctica mundial, en 1991 la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprobó los Principios Rectores sobre Trasplante de Órganos Humanos, con la finalidad de proporcionar un marco ordenado, ético y aceptable para la adquisición y trasplante de células, tejidos y órganos humanos con fines terapéuticos. Y para su implementación, la OMS señaló que cada jurisdicción debía determinar los medios para poner en práctica dichos Principios.²²

En cuanto al consentimiento otorgado por una persona para consentirse o negarse a la donación una vez que fallece, el Principio Rector 1 de la OMS establece lo siguiente:²³

“Podrán extraerse células, tejidos y órganos del cuerpo de personas fallecidas para fines de trasplante si: a) se obtiene el consentimiento exigido por la ley; y b) no hay razones para pensar que la persona fallecida se oponía a esa extracción”.

Más tarde, del 30 de abril al 2 de mayo de 2008, se celebró en Estambul, Turquía, la Cumbre Internacional sobre Turismo de Trasplantes y Tráfico de Órganos, convocada por *The Transplantation Society* (TTS) y la Sociedad Internacional de Nefrología. Derivado del consenso de este encuentro, los participantes acordaron que “todos los países necesitaban un marco jurídico y profesional para administrar la donación de órganos y las actividades de trasplantes, así como un sistema normativo de supervisión transparente que garantizara la seguridad del donante y del receptor y la aplicación de normas y prohibiciones sobre prácticas no éticas”. Respecto a las prácticas no éticas, se consideró que las mismas eran consecuencia no deseada de la escasez mundial de órganos para trasplantes, por lo que se sugirió que cada país y las regiones debían tomar las medidas necesarias para aumentar la donación de órganos de personas fallecidas, levantando los obstáculos existentes para la misma. Para ello, se convino que cada gobierno debía luchar por eliminar los obstáculos y la falta de incentivos en la donación de órganos de fallecidos.²⁴

²² Organización Mundial de la Salud, “Principios Rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos”, aprobados por la 63ª Asamblea Mundial de la Salud en su Resolución WHA63.22, mayo de 2010. Consultado el 20 de marzo de 2018 en: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf

²³ *Idem*.

²⁴ Academia Nacional de Medicina de México, “La Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes”, Estambul, Turquía, celebrada del 30 de abril al 2 de mayo de 2008. Gac Med Méx, Vol. 145, no. 3, 2009. Consultado el 20 de marzo de 2018 en: https://www.anmm.org.mx/GMM/2009/n3/62_vol_145_n3.pdf

Además, los participantes del encuentro en Estambul también propusieron a los países que carecían de un sistema establecido de donación o trasplante de órganos de fallecidos, promulgar leyes nacionales para incentivar la donación de órganos de fallecidos y crear una infraestructura de trasplantes, con el fin de aprovechar el potencial de donantes fallecidos de cada país. Mientras que aquellos que ya habían iniciado la donación de órganos de personas fallecidas, debían maximizar el potencial terapéutico de la donación o trasplante del órgano.²⁵

Existen en el mundo básicamente dos formas legales de consentimiento para la donación de órganos y tejidos: 1) consentimiento expreso y 2) consentimiento presunto. Ambas, a su vez, presentan variantes en los diversos ordenamientos jurídicos, según el valor que la norma le dé a la participación de terceros en la decisión final de la extracción de órganos y su posterior trasplante. El consentimiento expreso parte del supuesto de que la donación sólo puede ocurrir si la persona autoriza su consentimiento en vida, o bien, la aprobación se delega a la familia del fallecido. En el segundo caso se respeta también la voluntad de la persona en vida quien puede manifestarse a favor o en contra de la donación, así como la voluntad de la familia que en último caso puede oponerse a la donación, pero a diferencia del primer sistema, en el consentimiento presunto el silencio de la persona en vida puede ser interpretado por la ley como un consentimiento a favor de la donación una vez que la persona fallezca.²⁶

Derivadas del consentimiento expreso y el presunto, existen en las diversas legislaciones alrededor del mundo una serie de variantes las cuales dependen del valor que la norma le dé a la participación de terceros en la decisión final de la extracción de órganos y su posterior trasplante. Estas variantes se enlistan en el siguiente cuadro:²⁷

Cuadro 1. Variantes en los sistemas legales de donación

Sistema de manifestación de voluntad o consentimiento directo	Las personas deben manifestar en vida si desean o no convertirse en donadores al momento de su muerte. Si fallecen sin haberse pronunciado, no cabe la donación, aun cuando los parientes estuvieren de acuerdo en ello.
Sistema de consentimiento expreso ampliado	Al igual que en el caso anterior, el fallecido también debió haber manifestado su consentimiento en vida, pero debe existir algún documento que lo pruebe, como podría ser una identificación de donante. Si esto no existiera, son los familiares los que deciden sobre la donación.
Sistema de consentimiento indirecto o presunto	En este sistema, ante el silencio en vida del donante, la ley presume su condición de donante.
Sistema de consentimiento presunto, con oposición de los parientes	Es una variante del sistema anterior, pues no habiendo consentimiento expreso, se presume la voluntad de donar, pero se otorga a los parientes el derecho a oponerse.
Sistema de la extracción informada	Al igual que en el caso anterior, se presume la disponibilidad para la donación, en el caso que la persona no haya declarado su voluntad en vida. Sin embargo, en este caso, los familiares son instruidos sobre la extracción planeada, sin que se les conceda el derecho a oponerse.

Fuente: Elaboración propia con información de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

²⁵ *Idem.*
²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *op.cit.*
²⁷ *Idem.*

Sin perjuicio del sistema adoptado, es importante mencionar que la comunidad médica aboga por el consentimiento expreso. De acuerdo con el artículo 17 del Protocolo Adicional de la Convención de Biomedicina, concerniente al Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano del Consejo de Europa de 2002, los órganos y tejidos sólo pueden ser extraídos del cuerpo de una persona muerta cuando existe consentimiento o autorización expresa y conste que no ha existido objeción en vida del donante.²⁸

Aun así, y como se ha mencionado, existe un consenso médico internacional que ha venido buscando incentivar la donación de órganos de fallecidos. Pero para alcanzar esta finalidad, algunas legislaciones han adoptado el consentimiento presunto y no el expreso, enfrentando como consecuencia un arduo debate legal y nacional respecto a la dignidad y la libertad del donante al momento de su muerte. De tal forma, los expertos señalan que el consentimiento presunto no necesariamente incrementará o ha incrementado las tasas de donación de órganos de fallecidos, pues en todo caso la voluntad final de la familia tiende a ser negativa. En su opinión, lo que incidiría en elevar las tasas de donación son el fomento de políticas públicas que apunten al cambio cultural y a una mayor información y educación respecto del fenómeno de la muerte y de los efectos en la extracción de los órganos en el cadáver y el sistema mismo de obtención de órganos: recursos e infraestructura para el mantenimiento de los cuerpos, para el traslado de órganos y una entidad coordinadora central.²⁹

Otras legislaciones sobre donación de órganos en el mundo

Países Bajos ha adoptado una legislación similar a la de otros países en el mundo, siendo España el caso más equiparable. España es líder mundial en trasplante de órganos, y en 1979 aprobó la Ley de Trasplantes de Órganos (Ley 30/1979), mediante la cual se respeta la voluntad de la persona fallecida a la par de la de su familia. Los expertos opinan que el éxito español radica precisamente en respetar la última palabra de los familiares; además de que las campañas de concienciación y sensibilización son fundamentales para las donaciones. "Es importante que se eduque a nuestros niños y adolescentes, así como realizar campañas desde los hospitales. El objetivo es que todo el mundo diga 'sí' a donar".³⁰

De tal suerte, "la ley española sobre donación de órganos es exactamente igual a la que ahora ha aprobado Países Bajos". Sin embargo, la diferencia entre ambas, además del éxito probado de la primera, está en aspectos de la puesta en práctica de la ley. En Países Bajos, en términos generales, de no existir una negativa formal, la persona será donante; en España, se respeta la afirmativa o el rechazo, ya sea formal o bien asumida y declarada luego de una conversación con la familia. "La población tiene que creer en el sistema y, para ello, tiene que ser libre a la hora de decidir. Que la persona se vea presionada para tomar una decisión no es lo más recomendable, pues se pueden volver en contra". "España ha optado por un modelo ético y legal donde ha primado el interés colectivo y esto explica, en gran parte, el éxito de ser líderes mundiales, las soluciones a temas

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ Imane Rachidi, "Holanda se rebela contra la donación de órganos por ley", *op.cit.*

biomédicos, tanto éticas como legales, deben tener en cuenta el contexto de la sociedad".³¹ En este país, "de cada 100 familias a las que se les pregunta, dicen que sí 88".³²

Otro caso es el de Francia, que ha optado por una legislación similar a la holandesa y a la española, sumándose así a la lista de países como Austria, Bélgica, Croacia, Noruega, Portugal, y República Checa que implementan el "consentimiento presunto" y se sitúan entre los líderes mundiales de pacientes trasplantados.³³ Más aún, es de señalar que este sistema es propio y original de países católicos del sur de Europa, en los que se prioriza el bien común de la sociedad sobre el individuo. Por el contrario, los países anglosajones, centroeuropeos y nórdicos, predominantemente protestantes priorizan el derecho individual a decidir por encima del Estado, lo que en materia de trasplantes se traduce en la necesidad de un consentimiento expreso de la persona que va a donar sin que el Estado decida presuntamente por él. Ejemplos de ellos son los sistemas de donación en Alemania, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Suiza, y en el continente asiático, Japón.³⁴

Respecto a América Latina y El Caribe, razones de diverso tipo, fundamentalmente organizativas hicieron que países, particularmente aquellos localizados en el sur del Continente, adoptaran el modelo español, con lo que alcanzaron niveles de donaciones muy superiores a los de los países nórdicos, pero inferiores a los europeos. Los países donde se producen más donaciones de órganos son Argentina, Brasil y Cuba; mientras que los países donde no se ha logrado una donación eficaz bajo normas jurídicas semejantes son México,³⁵ Perú y Venezuela, y en un lugar intermedio se encuentran Chile, Colombia y Costa Rica. En el caso de la ley holandesa, ésta es muy similar a la que se aplica en Argentina, Chile, Colombia y Uruguay.³⁶

³¹ *Idem.*

³² Rafael Matesanz, "Se conoce como 'consentimiento presunto', aunque recalca que se sigue preguntando a la familia", *Corporación de Medios de Andalucía IDEAL*, 14 de febrero de 2018. Consultado el 16 de marzo de 2018 en: <http://www.ideal.es/sociedad/espanola-sobre-donacion-20180214101437-ntrc.html>

³³ Isabel Ferrer, "Holanda convierte a todos sus ciudadanos en donantes de órganos", *op.cit.*

³⁴ Rafael Matesanz, fundador y ex director de la Organización Nacional de Trasplantes, "Donación a golpe de ley", *Redacción médica*, 15 de febrero de 2018. Consultado el 22 de marzo de 2018 en: <https://www.redaccionmedica.com/opinion/donacion-a-golpe-de-ley-1800>

³⁵ En México, la Ley General de Salud, en su Título Decimocuarto, regula la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos mediante el "consentimiento tácito o expreso". A la par de la disposición legal, pero más recientemente, México ha buscado incentivar la donación de órganos, a través de diferentes instrumentos institucionales. No obstante, el país tiene un índice de apenas 2.8 donantes por millón, mientras que la media en América Latina alcanza 6.5, según la Tercera Consulta Global sobre Donación de Órganos y Trasplantes elaborada por la OMS. Más aún, la encuesta de *Parametría* publicó en abril de 2012 diversas cifras que confirman que en México un poco más de la mitad de la población (57%) estaría dispuesta a donar sus órganos y una cifra similar (59%) está a favor de la donación, lo cual significa que la cultura de la donación en el país tiene una buena aceptación en comparación con otros países. Con la finalidad de fortalecer la cultura de la donación de órganos por causa de muerte, recientemente, la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados aprobó una [iniciativa de reforma a la Ley General de Salud](#) que, de aprobarse, México pasaría del método de consentimiento expreso al presunto. "El dictamen de reforma a la ley, aprobado en el seno de la Comisión de Salud, considera relevante la modificación porque contribuiría a la disposición de órganos para la donación". Roberto Garduño, "Reforma permitirá donación de órganos si una persona no se opuso a ello en vida", *Diario La Jornada*, 3 de marzo de 2018. Consultado el 26 de marzo de 2018 en: <http://www.jornada.unam.mx/2018/03/03/politica/012n1pol>

³⁶ Daniella Páez Otey, "Holanda y la donación de órganos", *Latin American Post*, 19 de febrero de 2018. Consultado el 22 de marzo de 2018 en: <https://latinamericanpost.com/index.php/es/politica/19701-holanda-y-la-donacion-de-organos>

Consideraciones finales

La nueva legislación holandesa sobre donación de órganos nace por diversos factores. Países Bajos es uno de los países europeos donde menos donaciones se efectúan, lo que impacta no sólo a las personas holandesas en lista de espera sino también a otros pacientes europeos, al ser parte este país de la red *Eurotransplant*;³⁷ muchos de sus ciudadanos fallecen sin dejar claro su deseo y las campañas no habían logrado incentivar las donaciones en los últimos años. Sin embargo, parece que hay segmentos de la sociedad holandesa que no están de acuerdo con las nuevas disposiciones. Una vez que el Senado holandés aprobó la ley, apenas habían transcurrido doce horas cuando el Ministerio de Sanidad de ese país informó que más de 30,000 ciudadanos se habían sumado al sistema oficial para indicar que no querían ser donantes y que deseaban que su cuerpo fuera enterrado en su totalidad, y otros 6,200 que ya estaban registrados como donantes cambiaron su decisión y expresaron su negativa. Contrario a estas cifras, otras 3,000 personas se inscribieron para otorgar su permiso a la donación y 2,000 más indicaron que la decisión estaría en manos de un familiar tras su muerte.³⁸ Según las encuestas, los holandeses que están en contra de la nueva legislación opinan que “el holandés es dueño de su propio cuerpo y el hecho de que el Estado pueda decidir sobre los órganos de la gente simplemente porque la persona no haya avisado de su deseo antes de morir es entrometerse demasiado en la vida del ciudadano”.³⁹

Lo cierto es que no sólo hay grupos de la sociedad holandesa que mantienen el rechazo a las nuevas disposiciones. Como se mencionó anteriormente, existen numerosas voces repartidas casi a partes iguales en todos los grupos políticos y que sostienen que la ley lesiona el derecho de las personas a decidirse por algo tan íntimo y trascendente. También alegan que puede resultar confuso para las personas la noción misma de que son donantes mientras no se diga lo contrario, tal y como dicta la nueva norma.⁴⁰ A estas voces se suman algunas entre el personal médico que advierten que la adopción del “consentimiento presunto” no incrementará las tasas de donación de órganos de fallecidos, si no se impulsa el cambio a través de una campaña de información. Ello a pesar de que otros tantos médicos holandeses de gran reputación, organizaciones médicas y científicas y diversas fundaciones que trabajan para incentivar la donación de órganos de fallecidos se congratularon por la norma porque consideran que salvará muchas vidas y ayudará a generar conciencia en la sociedad a favor de una decisión positiva.⁴¹

³⁷ Con información del Registro Mundial de Trasplantes, en la Unión Europea crecen ligeramente los trasplantes, y en 2016 sumaron un total de 33,385. En tanto, los donantes fallecidos se elevan a 10,893, con una tasa de 21,5. Al finalizar 2016, más de 59,000 europeos estaban en lista de espera para un trasplante. Por otro lado, los trasplantes aumentan en aquellos países como Portugal, Italia, Reino Unido, Australia o Canadá que han adoptado el modelo español de trasplantes o algunas de las medidas que en él se contemplan. Mientras que en todo el mundo, la cifra del total de órganos trasplantados se elevó en 2016 a 126,670, lo que representa un aumento histórico del 5,8% respecto del 2015 (119,873). Estos trasplantes fueron posibles gracias a 31,812 donantes fallecidos, frente a los 27,397 contabilizados en el 2015, lo que representa un incremento de un 16,1%. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España, “El Registro Mundial de Trasplantes, que gestiona la ONT, eleva a 126,670 los trasplantes realizados en el mundo en 2016, con un aumento histórico de un 5,8%”. Consultado el 22 de marzo de 2018 en: http://www.ont.es/Documents/08.09.2017%20NP%20Datos%20Registro%20Mundial%20de%20Trasplantes_.pdf

³⁸ Imane Rachidi, “Holanda se rebela contra la donación de órganos por ley”, *op.cit.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Isabel Ferrer, “Holanda convierte a todos sus ciudadanos en donantes de órganos”, *op.cit.*

⁴¹ Imane Rachidi, “Holanda se rebela contra la donación de órganos por ley”, *op.cit.* y “Holanda aprueba la polémica ley que convierte en donantes de órganos a todos sus ciudadanos”, *op.cit.*

Para la Directora de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), Beatriz Domínguez-Gil, la oposición ciudadana holandesa podría desatar un efecto negativo en la implementación de la nueva norma. "Muchos ciudadanos pueden percibirlo como un intento de fiscalización de los órganos por parte del Estado y esto puede tener un efecto negativo", alertó.⁴²

Finalmente, a pesar de que el caso español sea un éxito bajo el sistema de "consentimiento presunto", los expertos señalan que otros países que han optado por este método no han alcanzado las cifras españolas, como es el caso de Grecia y Chile, y reiteran que los resultados positivos dependen de una buena organización que implique informar y concienciar a los ciudadanos indicando que, este tipo de normas no deben aplicarse de forma estricta porque los efectos podrían ser contraproducentes. Asimismo, los españoles recuerdan que, en un inicio, la adopción de esta ley en su país también generó conflicto entre la población, por lo que aconsejan que las disposiciones en otros países reflejen la opinión mayoritaria de la población.⁴³ En el caso de los Países Bajos la adopción de la iniciativa por una estrecha mayoría en ambas Cámaras augura nuevos y encendidos debates entre la opinión pública. En cualquier caso, resulta evidente que de la implementación de la misma dependerá su éxito y eventualmente el cambio de cultura general en materia de donaciones de órganos.

⁴² Médicos y Pacientes, "La ONT advierte del 'efecto negativo' de la ley de Holanda sobre donación de órganos", 16 de febrero de 2018. Consultado el 22 de marzo de 2018 en: <http://www.medicosypacientes.com/articulo/la-ont-advierte-del-efecto-negativo-de-la-ley-de-holanda-sobre-donacion-de-organos>

⁴³ Rafael Matesanz, *op.cit.*



CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
GILBERTO BOSQUES
ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN

Coordinadora General
Adriana González Carrillo

Coordinación y revisión
Arturo Magaña Duplancher
Ana Margarita Martínez Mendoza

Investigación y elaboración
Jacaranda Guillén Ayala
Arturo Magaña Duplancher

Marzo de 2018

El **Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques** del Senado de la República tiene como objeto la realización de estudios y el acopio de información sobre temas de política internacional y política exterior de México; así como el prestar apoyo a las comisiones de relaciones exteriores para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de las facultades exclusivas del Senado en materia de política exterior; además de auxiliar a los órganos directivos, comisiones, grupos parlamentarios y senadores que así lo requieran en cuanto a diplomacia parlamentaria y protocolo en el ámbito internacional.



<http://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/>