

La responsabilidad civil médica (3.ª de 3 partes)

la actividad médica no curativa

J. R. Navarro Carballo¹

Med Mil (Esp) 1996;52 (2): 186-191

INTRODUCCIÓN

De cuanto hemos venido hablando hasta ahora parece deducirse que las actividades propiamente médicas, es decir, aquéllas que constituyen el monopolio profesional del médico, son las meramente curativas; pero no debemos desprendernos de otra realidad, que es la existencia de un grupo heterogéneo y ciertamente cada vez más amplio, dentro del cual se amenaza continuamente el derecho a la vida y a la integridad física, toda vez que no evidencian la justificación que hemos visto presidir la actividad médica más señera.

Claro está que cuando uno entra en el estudio de tales actividades puede atisbar en algunos presupuestos la sombra de algo que puede hacer presuponer en el fondo de la acción una acción curativa más o menos directa, más o menos remota. Esto nos puede retrotraer a una otra cuestión madre: ¿cuándo es terapéutica o no una actividad? Es posible el establecimiento de una gradación teórica entre uno y otro extremo, pero tal vez resulte más práctico analizar en este sentido —además de aquellos aspectos particulares que entrañe cada uno— los ya no escasos presupuestos que constituyen el ámbito de una actividad médica no claramente curativa desde el mismo momento en que nos encaramos con ella.

Las actividades médicas no específicas ni característicamente curativas pueden ser: quirúrgicas y no quirúrgicas. E incluso podemos añadir un apartado bien delimitado: el de las actividades tanatológicas, que también forman parte del acervo y monopolio profesional del médico (tabla 1).

Pues bien, antes de comenzar a describir las actividades quirúrgicas no curativas, antepongámosles unas notas jurídicas muy significativas. Tenemos que admitir la evidencia de que existen situaciones muy concretas en las que el médico provoca lesiones e incluso realiza mutilaciones sin que pueda demostrarse la concurrencia de una finalidad curativa sobre el operado; pero aun en estos casos el cirujano actúa en conformidad con el Derecho; es decir, legítimamente: la Reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983 convino en reconocer la licitud de las modalidades quirúrgicas —cuya consideración vamos a abordar inmediatamente— cuando incluyó en su articulado el siguiente precepto: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizada por el facultativo, salvo

Tabla 1. Presupuestos de actividad médica no curativa

A. PRESUPUESTO QUIRÚRGICOS NO CURATIVOS LEGITIMADOS
1. Cesión de órganos de personas vivas para su trasplante.
2. La esterilización.
3. La cirugía de cambio de sexo.
4. La cirugía no estrictamente curativa.
B. PRESUPUESTOS NO QUIRÚRGICOS NO CURATIVOS LEGITIMADOS O EN LEGITIMACIÓN
6. La eutanasia.
7. Los ensayos clínicos.
8. Tratamientos en fase experimental.
9. Utilización del feto humano.
10. Inseminación artificial.
C. PRESUPUESTOS TANATOLÓGICOS
11. La determinación de la muerte.
12. La autopsia clínica.

que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será el prestado por éstos ni por sus representantes legales” (Art. 428; párrafo 2º).

Con ello quedan jurídicamente justificadas las lesiones y mutilaciones previamente consentidas por el operado al facultativo, el cual, por otra parte, es el único autorizado para realizarlas. Aunque, eso sí, el consentimiento sólo tiene justificante en cualquiera de las tres hipótesis expresadas en el Código Penal y sólo para ellas. Fuera de su ámbito, será de aplicación la preceptiva general contenida en el párrafo primero del artículo 428: “Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrá en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado”.

Comencemos a comentar los presupuestos quirúrgicos particulares.

PRESUPUESTOS QUIRÚRGICOS NO CURATIVOS LEGITIMADOS

1. **La cesión de órganos** de personas vivas para su ulterior trasplante a una persona enferma que lo necesita, está expresamente autorizada por la Ley de 1979.

Es evidente que lo que pretende el cirujano es salvar la vida de un paciente presunto receptor; pero también es patente que al donante le está produciendo una auténtica mutilación, de la cual es consciente y voluntario sujeto pasivo, sin que le reporte beneficio personal alguno. A pesar de todo, la conducta del

¹ Cor. San. Med. (R)

cirujano es lícita por cuanto que su actividad, ésta su actividad concreta, está autorizada por la Ley de Trasplantes.

Cabe insistir en que no basta la condición de cirujano para que su actividad de extracción de órganos sea jurídicamente lícita. Se precisa inexcusablemente del consentimiento del donante y del cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Ley de Trasplantes y por el Reglamento que la desarrolla:

a) El **donante** ha de ser mayor de edad y ha de gozar de plenas facultades mentales.

Los menores de edad no pueden ceder sus órganos, ni siquiera a través del consentimiento de los padres: el ámbito de competencias cedidas a la patria potestad se extiende a todo lo que sea beneficioso para el menor, pero nunca deberá alcanzar a lo que le perjudique. (El Reglamento excluye de estas restricciones la cesión de la médula ósea, dada su regenerabilidad, tan frecuentemente realizada entre hermanos: aquí sí puede el cedente ser menor).

El enfermo mental o deficiente psíquico no puede ser donante en ningún caso y, en este sentido, no puede ser representado por sus padres (ni por sus equivalentes, tutores o guardadores); lo que no impediría —aunque en casos de urgencia únicamente— la obtención de tejidos regenerables a partir de tales personas psíquicamente incapacitadas.

El consentimiento del donante ha de ser concedido de forma consciente, libre, desinteresada y expresa. Para ello, y como quiera que es fundamental el consentimiento del donante, éste habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión.

Para que su consentimiento sea válido es imprescindible una completa información previa del donante: sobre las consecuencias que previsiblemente puede sufrir en el orden somático, psíquico y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que puede provocar la donación que hace sobre su vida personal, familiar y profesional; así como, naturalmente, sobre los beneficios que experimentaría el receptor por el trasplante recibido. La información suministrada ha de expresarse por escrito y así, de este mismo modo ha de manifestarse el consentimiento ante el juez encargado del Registro Civil; en presencia de los médicos que han proporcionado la información, incluido el médico que realizará la extracción y la persona a quien, en su caso, corresponde dar la conformidad para la intervención.

Ha de hacerse hincapié en que el consentimiento sólo puede ser válido para los tejidos y órganos que exponemos más adelante, pues no se permite el consentimiento para atacar contra la vida (que es a lo que equivale la cesión de un órgano vital).

Tampoco será válido un consentimiento obtenido bajo presión o coacción o interponiendo un interés económico o, de algún modo, material. La propia Ley de Trasplantes prohíbe específicamente las donaciones egoístas: no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos ni tampoco el donante podrá exigir al receptor ningún precio por el órgano trasplantado. Lo cual no obsta para que se garantice al donante la asistencia que precise para su restablecimiento, así como la cobertura de cualquier gasto realizado con ocasión y como consecuencia de la intervención-donación; a fin de que ésta no le suponga, además, una carga económica.

Por último, en el mismo orden del consentimiento, pero en otro sentido, se ha de admitir la posibilidad de revocación por

parte del donante de su consentimiento y ello en cualquier momento antes de la intervención; sin que tal acción tenga que estar sujeta a formalidad alguna y sin que pueda generar ninguna obligación de indemnización.

b) El **órgano** a extraer no puede engendrar con su falta una situación de incompatibilidad con la del donante, el cual tampoco vería disminuida gravemente su capacidad por la carencia del órgano cedido.

Por ello pueden ser objeto de donación los órganos pares, que admiten la sustitución funcional por parte del que queda, o de tejidos regenerables (sangre, médula ósea; huesos, cartílagos...) y no podrán ser objeto de donación los órganos impares vitales, ni miembros, ni otras partes que produzcan disminución funcional (o que afecten considerablemente el aspecto estético, como quieren algunos autores).

Debe quedar bien entendido y aceptado que es preciso efectuar una completísima exploración del donante, que permita prevenir un posible severo perjuicio en el futuro. Igualmente se considerará su capacidad para soportar la operación y su capacidad de adaptación psíquica a la pérdida anatómica que va a sufrir.

El estado de salud física y mental del donante deberá ser acreditado por un médico extraño al equipo extractor, correspondiéndole también al primero suministrar al donante la preceptiva información previa a su consentimiento.

c) El **receptor** del órgano extraído ha de estar previamente determinado, con el propósito preciso de mejorar sustancialmente su esperanza o condiciones de vida.

La primera de las exigencias citadas implica que el procedimiento íntegro de la donación gire desde el primer instante en torno a un concreto receptor potencial (generalmente, un familiar del donante), por lo cual se empezará por el estudio de la histocompatibilidad entre donante y receptor y se continuará con todos los precisos para garantizar el éxito de la operación de trasplante. En conformidad con tal imperativa premisa, no cabe el inicio de un proceso de donación de un vivo sin estar determinado el candidato receptor (o lo que es lo mismo en la práctica; pues habría que comenzar todos los trámites exigidos por la Ley).

d) El **receptor** debe tener garantizado el anonimato.

No hay duda de que aquí cometió un lapsus el legislador: precisamente la donación de un vivo se produce entre familiares, en virtud de gestos de solidaridad y afecto entre, necesariamente, conocidos entre sí.

De modo que este requisito tendría sentido únicamente en los casos de donación de cadáver, con el fin ético de que los familiares del fallecido cedente del órgano no pudieran hacer valer la acción ante el receptor y solicitar de él compensación de cualquier tipo.

La concurrencia de los requisitos expuestos permite que el menoscabo que provoca la donación en la integridad corporal del donante sea lícito y, consecuentemente, sea lícita la intervención del cirujano. Su ausencia, sensu contrario, determinaría la existencia de un delito de mutilaciones.

2. LA ESTERILIZACIÓN no plantea problemas de licitud jurídica cuando tiene una finalidad curativa o preventiva (evitar en la mujer los seguros peligros que para su salud o su vida derivarían de un embarazado futuro).

Entiéndase que estamos hablando de una esterilización definitiva o irreversible, obtenible en el varón mediante la

vasectomía (sección y/o ablación de los conductos deferentes) y en la mujer mediante la salpingotomía (o ligadura de las trompas). La esterilización temporal, que se obtiene por medios medicamentosos o mecánicos de uso temporal y suspendibles a voluntad, queda al margen de este posible delito de esterilización; precisamente por su carácter de reversibilidad. No tenido en cuenta su carácter curativo o cualquier otra finalidad perseguida con su uso, únicamente le es exigible, a fin de no incurrir en delito contra la salud pública, la observación de las formalidades legales o reglamentarias relativas a la expedición de anticonceptivos.

Si la esterilización definitiva persigue objetivos no de curación, sino de cualquier otra índole, el facultativo sólo podrá intervenir (quirúrgicamente o mediante cualquier otro procedimiento) en los casos y supuestos en que la Ley lo autorice. (Realmente, el nuevo párrafo segundo del artículo 428 del Código Penal posibilita de alguna manera la esterilización con finalidad indefinida).

Con todo y a pesar del espíritu ampliamente liberal de la legislación actual, quedan algunos problemas sin solución jurídica clara: no parece permisible la esterilización de una incapacitada mental profunda, aunque consientan sus padres, con la finalidad de evitar una descendencia no deseada; bien por razones eugénicas (evitar la transmisión de taras genéticas), bien por razones sociales (mantenimiento y educación del hijo); acciones que el incapaz no puede ejercitar).

3. LA CIRUGÍA DE CAMBIO DE SEXO, que se corresponde con el fenómeno de la transexualidad o del transexualismo, plantea problemas jurídicos de diversa índole y de importancia distinta.

La reforma del Código Penal de 1983 hizo permisible por Ley tales intervenciones; pero puede ser interesante analizar cómo se defendió antes de la referida Reforma la licitud de aquéllas en los supuestos que se realizaran con finalidad curativa:

La transexualidad supone una no coincidencia entre el sexo orgánico y el "sexo psíquico" del individuo, lo que afecta a su comportamiento total.

La incongruencia entre los integrantes sexuales orgánicos y psíquicos provoca en el transexual graves dificultades en el desarrollo de su vida sexual y social, así como disturbios en la realización de su personalidad, por cuanto se ve compelido a representar un papel (el que el interesado emprende de acuerdo con su psiquismo), que es distinto al que espera y le exige la sociedad (la cual fundamenta su exigencia en el aspecto que le presta su sexo orgánico).

Cuando se presentan tales discordancias, el tratamiento se dirige a eliminarlas mediante una pretendida armonización de los componentes sexuales. Un primer procedimiento a abordar sería el intento de adaptación del psiquismo sexual y el comportamiento general de la persona a su constitución sexual orgánica, mediante un tratamiento hormonal y, especialmente, psiquiátrico; pero no se han logrado los resultados apetecidos y aún, después de un prolongado tratamiento, se ha provocado en el paciente una situación más angustiada e insoportable. Por ello se recurre en los últimos años a una cirugía que —en definitiva— consiste en conformar el organismo al psiquismo sexual y al comportamiento general del paciente (que detesta la pertenencia al sexo orgánico que presenta y que considera los órganos genitales propios como una auténtica deformidad).

Por este camino se ha llegado a una valoración jurídica de este tipo de intervenciones, considerándolas dentro del ámbito de la actividad curativa o terapéutica. En el transexual late el riesgo —si no actualizado ya en un momento dado— de un desequilibrio de la personalidad, engendrado por el rechazo total de la sexualidad somática propia; y si la terapia hormonal y la propuesta psiquiátrica están tan frecuentemente condenadas al fracaso habrá que ir a buscar otras soluciones.

La salud entraña en el ser humano aspectos pluridimensionales y su imperfección implica repercusiones personales y sociales muy variadas (una de ellas, no poco importante, es la marginación). El equilibrio psíquico, por otra parte, desempeña un papel capital en la integración del estado de salud global; estando estrechamente relacionadas las figuraciones psíquica y somática. Así pues, si se estima ponderadamente que la terapéutica adecuada en un caso dado consiste en el cambio de sexo corporal, no puede haber obstáculo en la realización de las intervenciones quirúrgicas oportunas.

Indudablemente, son precisos: la indicación médica (y en primer lugar, el dictamen emitido por el psiquiatra, ponderativo de las ventajas e inconvenientes terapéuticos para el paciente concreto y la constatación de la insuficiencia e ineficacia de otros procedimientos) y el sometimiento a la *lex artis*. Por supuesto que el parecer del interesado es importantísimo a este respecto, pero es ineludible la consideración del facultativo de qué es más valioso para la salud e integridad de paciente: su capacidad de procreación (la anulación de ésta no deja de constituir una disminución de la integridad corporal) o su equilibrio psíquico, en relación con su comportamiento global como persona (que debe ser prioritariamente protegido).

Si las argumentaciones expuestas pueden ser válidas en cuanto que la o las intervenciones quirúrgicas que consiguen un aparente cambio de sexo orgánico tiene una finalidad curativa, una muy distinta orquestación argumental se exigiría para justificar la licitud de los mismos proceder en orden a conseguir cualquier otro objetivo. Sin embargo, hay que convenir en que el Código Penal no distingue, al autorizar esta clase de proceder quirúrgicos, la intención y finalidad de los mismos; lo que obliga a ampliar su licitud a todos los casos (en tanto que el consentimiento del interesado haya reunido todos los condicionantes exigibles).

Una vez que se ha realizado el cambio de sexo, se plantean nuevos problemas que, con ser marcadamente jurídicos, no dejan de interesar al médico forense: nos enfrentamos a partir de ahora con una persona que (considerada corporal y psíquicamente y percibido su comportamiento general) pertenece a un sexo, pero que legalmente pertenece al otro (como es harto sabido, el sexo legal es el que consta en el Registro Civil; en el cual se registra el que aparece como orgánico en el momento del nacimiento, considerando la apariencia de los signos sexuales externos). Los problemas sociales, legales, laborales y de la índole más variada que tiene que arrostrar esa persona en la vida diaria hacen que, si no se remedia aquella incongruencia, los efectos de la actividad médica no alcancen todos los objetivos a que se aspiró: el equilibrio interno primero y la integración social del individuo después.

Se requiere, pues, una nueva armonización, que se lograría con la simple rectificación del asiento en el Registro Civil: una primera vía sería la modificación del nombre del transexual; y una segunda y mejor solución sería el reconocimiento del cam-

bio de sexo, por más que nuestra legislación no contempla específicamente tal supuesto. En cualquier caso, hay que considerar que el Código Penal español reconoce -como hemos comentado párrafos atrás- desde 1983 la licitud del cambio de sexo y que es principio fundamental de Derecho la unidad de ordenamiento jurídico; por lo que resulta antijurídico reconocer y amparar un hecho en un sector y desconocerlo o prohibirlo en otro. Las lagunas de nuestro Derecho están planteadas y propuestas las vías de solución por nuestros juristas. Dejemos, pues, en sus manos la cuestión.

4. LA CIRUGÍA ESTÉTICA no estrictamente curativa cumple en la sociedad actual un papel que ha alcanzado el carácter de insustituible e imprescindible a la vez. Y sus principales limitaciones jurídicas residen en las proporciones relativas entre los riesgos que implican las intervenciones y los beneficios que en cada caso pudieran proporcionar.

5. EL ABORTO. La función principal de la profesión médica es el cuidado de la vida humana, desde su concepción hasta el momento mismo de la muerte. Y aunque el Derecho declara buscar también la protección de la vida, manifiesta un distinto grado de la misma, en proporción directa con el desarrollo de la personalidad de quien disfruta el don: vida intrauterina o vida socialmente diferenciada.

En todo caso, hay que señalar que la Constitución Española protege la vida del feto cuando encierra en su artículo 15 la siguiente conocida declaración: "Todos tienen derecho a la vida"; pero también es preciso exponer que tal protección admite excepciones: se reconoce, por ejemplo, que se puede llegar a matar sin cometer delito cuando se hace en legítima defensa. En tal caso, ¿se pueden admitir excepciones y cuáles serían éstas, en el caso del feto?. Nuestra legislación considera lícito el aborto provocado con el fin de salvaguardar la vida de la madre o cuando el embarazo es el producto de una violación y para evitar que nazca un feto portador de importantes malformaciones.

Frente al sistema de prohibición o al de indicaciones precisas, algunos países han adoptado el sistema de los plazos; es decir, permitir el aborto voluntario de la mujer siempre que se realice por un médico antes de que transcurra un periodo de tiempo de embarazo previamente marcado por la ley. Parece que esta vía, con alguna modificación, es la que quiere seguir el Derecho español: en los días que redactamos este trabajo —concretamente, el 7 de julio de 1995— el Consejo de Ministros acordó remitir a las Cortes un proyecto de ley que permitiría abortar legalmente a cualquier mujer que, previo asesoramiento, decidiera abortar antes de que concluyeran las primeras doce semanas de embarazo, por razones socio-económicas.

Siempre dentro del terreno estrictamente jurídico, parece que hay una arbitrariedad sustancial en lo que se refiere a la protección de la vida. Esta no es protegida totalmente en nuestro Derecho sino a partir del nacimiento: viabilidad o no del recién nacido; presencia de taras congénitas, ya sean físicas o psíquicas. Igualmente se protege al enfermo incurable, a las personas desvalidas o a los enfermos mentales y a los ancianos o pacientes cuya muerte se considera próxima.

Con estos presupuestos recién citados hemos entrado en otro amplio grupo de Actividades Médicas No curativas de modalidad No Quirúrgica (característica que ya compartía el aborto cuando se procura producirlo mediante el uso de abortivos farmacológicos o tóxicos).

PRESUPUESTOS NO QUIRÚRGICOS NO CURATIVOS, LEGITIMADOS O EN LEGITIMACIÓN

6. LA EUTANASIA, que se ha expresado también con los pretendidos sinónimos de "buena muerte", "muerte dulce" o "muerte piadosa".

Consiste en la aplicación directa e intencionada de la muerte a una persona que se halla cerca de la misma por amenaza cierta de su vida a causa de la enfermedad incurable y mortal que padece; y ello por motivos de compasión ante los sufrimientos que padece y por razones de íntima convicción.

Nuestro Código Penal castiga severamente tal conducta, aunque la gravedad de la pena se gradúa en razón de la existencia o no de requerimiento en tal sentido por parte del enfermo o que la muerte se haya alcanzado por acción directa del homicida o mediante simple consejo o facilitación de los medios para alcanzar el óbito.

Por el contrario, la **eutanasia pura** goza de total licitud. Y, ¿qué es eutanasia pura?. Pues la utilización de fármacos o procedimientos que consiguen el alivio o desaparición del dolor del paciente, por más que ello implique algún acortamiento de la vida, como efecto secundario no deseado.

Una tercera y muy distinta situación sería la planteada por un paciente que próximo a la muerte por un proceso morbooso incurable, rechaza toda medida terapéutica que, a lo más, conseguiría la prolongación de la vida por un cierto tiempo, sin devolverle un estado de salud aceptable y sin perspectiva de curación. En tal tesitura el deseo dominante del enfermo es llegar a la muerte con la mayor paz y dignidad posible, careciendo de toda intención suicida. Su decisión debe ser respetada, adoptando el médico una actitud de ayuda a tolerar el tránsito del modo mejor posible, dejando que la naturaleza siga su curso. Estamos en el seno de lo que los juristas denominan **ortotanasia**.

Dentro del grupo de supuestos de Actividades Médicas No Curativas No Quirúrgicas conviene dedicar algunas líneas a determinadas actividades de investigación médica realizada a través de la experimentación en personas:

7. LOS ENSAYOS CLÍNICOS, que están regulados por el Real Decreto 14/1978 y afectan a los productos farmacéuticos y preparados medicinales. Y además de contemplar los experimentos en personas sanas, considera y regula los ensayos en enfermos de nuevos productos farmacológicos.

Establece la regulación legal una serie de controles sobre los Centros Sanitarios y el personal investigador, requiriendo de éste el compromiso formal de observar las normas éticas recogidas en el Código Deontológico del Consejo General de Colegios Médicos (artículos 106 y siguientes), así como las recogidas en las Declaraciones de Tokio y Helsinki.

En 1982, una orden Ministerial de 3 de agosto contempló esta normativa, complicando el procedimiento a seguir exigiendo una protocolización muy rigurosa del Ensayo Clínico que, en cualquier caso, habrá de autorizar la Administración. Claro está que tales exigencias no persiguen otra cosa que la mayor protección de la persona sometida a la investigación:

— El interesado, adulto (sano o enfermo), ha de prestar formalmente su consentimiento; después de haber recibido una completa e inteligible información, que comprenda los efectos adversos previsibles y los beneficios que se prevén.

— El sujeto con el que se experimenta debe conocer en lo posible la metodología a utilizar en el ensayo.

— Debe conocer que el ensayo es independiente y distinto del tratamiento ordinario y que:

— Puede salir voluntariamente del mismo en cualquier momento y en cuanto lo desee.

Tanto el investigador como el testigo deben suscribir un documento expresivo de la información proporcionada y el consentimiento del interesado a su participación en el ensayo.

Las infracciones administrativas están perfectamente tipificadas y a ellas se les puede sumar la responsabilidad penal que derivara de las posibles lesiones dolosas o culposas que se produjeran.

En conexión con lo expuesto se viven algunos supuestos generados en cuanto que el médico se aparta de los postulados de las acciones terapéuticas habituales y se decide a la práctica de.

8. TRATAMIENTOS EN FASE EXPERIMENTAL, aún no contrastados por la ciencia. A título de ejemplos podríamos citar a los que en su tiempo fueron experimentales (como el trasplante de corazón e hígado) y a los proceder que están aún en esa fase, como la implantación de un corazón artificial o ciertos tratamientos oncológicos.

Hay que distinguir entre los tratamientos y las intervenciones terapéuticas de los tratamientos o intervenciones experimentales, a los que podemos englobar dentro de la **experimentación pura**. La característica de las intervenciones experimentales es que no poseen una objetiva finalidad curativa, sino que persiguen fundamentalmente la verificación de una hipótesis o la adquisición de nuevos conocimientos científicos; pero no podemos dejar de considerar que existen dificultades en delimitar los conceptos por cuanto que en todo tratamiento se encierra un experimento: la práctica médica esconde en su seno un elemento de experimentación, excluyendo en cada caso concreto la certeza absoluta de éxito.

Por todo ello ha habido que introducir un grado intermedio, que se ha dado en llamar **experimentación terapéutica**, como consecuencia del reconocimiento expreso incluido en la Declaración de Helsinki de la XVIII Asamblea General de la Asociación Mundial de Médicos. Lo que quiere decir también que se requiere del cumplimiento de determinadas exigencias.

Para que se pueda reconocer virtualidad terapéutica a un tratamiento que está todavía en fase experimental, se ha de aplicar a una persona actualmente enferma, con una enfermedad determinada y logrado la específica curación de la misma. Y en lo que a la aplicación de medios se refiere, sigue siendo preciso que el beneficio que se espera sea superior al riesgo temido.

De todos modos, es muy importante distinguir el estado concreto del paciente y la relación de su enfermedad con los medios terapéuticos tradicionales reconocidos. Son perfectamente diferenciados tres grupos de casos:

a) **La situación extrema de muerte inevitable a corto plazo**, en la que el tratamiento experimental se muestra necesario —y hasta imprescindible— como última esperanza para intentar salvar la vida del paciente, en cuanto se haya confirmado la impotencia de los medios terapéuticos tradicionales. Aquí, evidentemente, no cabe la menor duda de la significación curativa del tratamiento que se aplica, puesto que existe la razonable indicación médica curativa de que dispone el

facultativo; y, no menos evidentemente, la comparación entre riesgos y beneficios se inclina definitivamente a favor de la indicación.

b) **La situación de enfermedad no mortal para la cual no se dispone todavía de medios idóneos** o que hayan fracasado en el caso concreto con que nos enfrentamos. La experimentación terapéutica es ahora aceptable, pero sólo cuando el nuevo tratamiento no representa riesgos considerables o, en todo caso, cuando no supera los beneficios que proporcionaría al paciente la eliminación de su enfermedad.

c) **La situación de una enfermedad para la cual existen tratamientos reconocidos** y se recurre a uno experimental con el principal objeto de encontrar una curación más eficaz y completa. Pero esta hipótesis sólo podría admitirse como procedimiento terapéutico cuando se estuviera cierto de que los efectos negativos del tratamiento experimental sean inferiores a los beneficios potenciales que de su aplicación se pudieran recoger; además de exigirse que no se prescindiera totalmente de los medios terapéuticos conocidos.

Una cuestión no contemplada en la normativa contenida en la regulación de los Ensayos Clínicos es la de la

9. **UTILIZACIÓN DEL FETO HUMANO CON FINES DE INVESTIGACIÓN**. La actitud general es de manifiesto rechazo a las investigaciones o experimentaciones en fetos humanos vivos; entendiéndose que cuando aún no se han extraído del útero materno sólo se les debe aplicar medidas terapéuticas.

Es importantísimo llegar a una valoración de las experiencias efectuadas en fetos humanos extraídos vivos (por métodos quirúrgicos en supuestos de abortos provocados legales): se ha llegado a la decapitación de fetos humanos de veintiuna semanas, para, aisladas y profundidas, servir para el estudio del metabolismo cerebral de los glúcidos.

La utilización del feto con fines terapéuticos (por ejemplo, para el tratamiento del recién nacido carente de defensas inmunológicas) ha planteado múltiples problemas éticos y jurídicos, por más que se demuestren perspectivas terapéuticas verdaderamente halagüeñas. Pero al mismo tiempo se presentan riesgos —sospechosamente actualizados— de que se pudieran provocar abortos con el fin de hacer uso de los tejidos del cadáver del feto; y ello con el consentimiento de la madre.

10. **LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL** es resultado, en parte, de los considerables adelantos conseguidos en genética y reproducción.

Los problemas jurídicos que plantea son múltiples y afectan no sólo al Derecho Penal, sino también al Civil, en especial al Derecho de Familia y a la filiación.

En este campo tenemos que admitir varias hipótesis: fertilización de una mujer casada con el semen de su marido vivo; o después de fallecido éste; de una mujer casada con semen de un tercer donante; de una mujer soltera con semen de un tercer donante. Las dos primeras técnicas se conocen con el nombre de "inseminación homóloga" y las dos últimas de "inseminación heteróloga".

Pero entre esta maraña de posibilidades, que se extiende hasta la fecundación in vitro, no vemos al médico afectado por lo que se entiende por responsabilidad civil, sino cubierto por los principios de la ética o los postulados de la moral.

Los deberes del médico con su paciente o, si se quiere más ampliamente contemplado el problema la actividad

médica, su monopolio profesional continúa vigente en la frontera de la vida y de la muerte y hasta después de fallecido su paciente. Las Actividades Tanatológicas del médico más relevantes son:

11. LA DETERMINACIÓN DE LA MUERTE. Los últimos años han asistido a la obtención de criterios fiables para precisar con precocidad el momento del óbito, lo cual es de la mayor utilidad para la extracción de algún órgano del fallecido a fin de transplantarlo a otra persona. Por otra parte, es particularmente cierto que en la actualidad se puede mantener y aún sustituir funciones tan vitales del ser humano como las de la ventilación y la circulación; de modo que con ello se han tenido que desechar estas funciones como puntos de referencia para la determinación de la muerte. Siendo ésta un proceso irreversible, esta irreversibilidad es la peculiaridad que se tiene en cuenta para su determinación: está aceptado que un deterioro sustancial del cerebro es totalmente irrecuperable, por lo que cuando se produce la muerte cerebral se debe considerar clínicamente muerta a una persona. Queda fuera de las posibilidades de la medicina la recuperación de las funciones rectoras del sistema nervioso autónomo. Además, por fin, pérdidas como están la conciencia y otras funciones superiores, no se puede actualizar la condición de persona.

Se ha dejado de discutir la asimilación de la muerte cerebral a la muerte de la persona, pero todavía tienen que afianzarse los criterios de la prueba de la muerte; es decir, del diagnóstico de la muerte.

Las universidades de Harvard, de Minnesota y de Pittsburg han elaborado diversos criterios dirigidos al fin propuesto, como también se ha intentado por la Conferencia de las Facultades y Reales Colegios del Reino Unido; esfuerzos todos que no contienen diferencias sustanciales entre ellos. Y es preciso citar el esfuerzo español: nuestra vigente legislación sobre trasplante de órganos señala también algunos criterios a seguir; concretamente en el Reglamento aprobado por el Real Decreto de 22 de febrero de 1980: "Los órganos para cuyo trasplante se precisa la viabilidad de los mismos sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral basada en la constatación y concurrencia durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: Uno. Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia. Dos. Ausencia de respiración espontánea. Tres. Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis. Cuatro. Electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central" (Artículo 10).

Éstas son, pues, las comprobaciones que hay que hacer para definir el fallecimiento de un candidato a donante de órganos.

Lo que pretende nuestro Derecho Penal es asegurarse de que la persona en cuestión está verdaderamente muerta, en verdad clínicamente muerta. Y por otro lado, garantizar la objeti-

vidad de la certificación de la defunción en estos casos, por lo que exige que concurren estas tres condiciones: a) presencia de un equipo colegiado, integrado por tres especialistas: neurólogo, intensivista, electroencefalografista...; b) que los médicos firmantes del certificado sean ajenos al equipo de extracción y trasplante; c) que emitan el certificado por unanimidad.

No hay que decir que una Certificación de Defunción en estas condiciones representa una autorización implícita para desconectar al paciente clínicamente muerto de todos los medios de mantenimiento o sustitución de las funciones vitales.

12. LA AUTOPSIA CLÍNICA. El cadáver, lo mismo que puede servir de fuente terapéutica para otras personas, es apoyo del progreso científico: de su exploración anatomopatológica no sólo puede deducirse la causa de la muerte del recién fallecido, sino que del conocimiento de su patología cabe aplicar conocimientos a pacientes de cuadro clínico similar.

El legislador ha querido facilitar estos actos médicos, al tiempo que garantiza el respeto a los sentimientos mencionados. Así, la Ley de Extracción de Órganos de 27 de octubre de 1979, dice que "la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición". "Los pacientes fallecidos que, por sí mismo o a través de su cónyuge o de sus familiares en primer grado, no hubiesen manifestado su oposición al procedimiento, pueden, cumpliendo los demás requisitos establecidos en esta Ley, ser sometidos a un estudio autopsico, que garantizará a los familiares la no desfiguración manifiesta del cadáver y la no comercialización de las vísceras".

En los dos supuestos se parte de la no oposición de los interesados, quedando los familiares relegados a la condición de meros transmisores del contenido de la voluntad del fallecido; salvo si se trata de un menor de edad o de un paciente con déficit mental.

Por último, en las dos clases de prácticas sobre el cadáver pesa la obligación de la no desfiguración manifiesta y la restauración cadavérica.

BIBLIOGRAFÍA

- 1 Ataz López J. Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid: Ed. Montecorvo, 1985.
- 2 Castán Tobeñas J. Los derechos del hombre. Madrid: Ed. Reus, 1992.
- 3 Gafo, J. La eutanasia. El derecho a una muerte humana. Madrid: Ed. Temas de Hoy, Colección Fin de Siglo/7, 1989.
- 4 Gracia Guillén D. Fundamentos de Bioética. Madrid: Eudema, 1989.
- 5 Llamas Pombo E. La responsabilidad civil del médico. Madrid: Ed. Trivium, 1988.
- 6 Riera Palmero J. Historia, Medicina y Sociedad. Madrid: Ed. Pirámide, 1985.
- 7 Romeo Casabona CM. El médico ante el Derecho. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990.
- 8 Santos Briz J. La responsabilidad civil. Madrid: Ed. Montecorvo, 1986.
- 9 Varga Andrew C. Bioética. Principales problemas. Bogotá: Ediciones Paulinas, 1988.