

Aspectos jurídicos de la certificación de muerte encefálica. ¿Es aplicable la legislación actual a los sujetos no donantes de órganos?

J. AGUIRRE LÓPEZ

Juzgado de Instrucción n.º 1. Barcelona.

El presente trabajo tiene por finalidad responder a una duda de tipo jurídico que habitualmente se plantean los médicos intensivistas: ¿qué dice la legislación española acerca del diagnóstico de la muerte encefálica?, ¿son de aplicación obligatoria las normas de diagnóstico contenidas en la legislación de trasplantes o bien se puede determinar la muerte mediante otros criterios científicos?

Dado que se trata de un trabajo jurídico, el método y forma de exposición necesariamente debe ser diferente a las ponencias estrictamente médicas, por lo que anticipadamente pido disculpas por las dificultades de comprensión que ello pudiera originar.

En la primera parte se expone la legislación española vigente sobre diagnóstico de muerte encefálica y el porqué de su inclusión entre la normativa de trasplantes. A continuación explico las razones por las que considero inaplicable el artículo 10 del Reglamento de Trasplantes a los cadáveres no destinados a extracción de órganos. Y finalmente detallo las conclusiones.

PALABRAS CLAVE: *legislación española, muerte cerebral, trabajo jurídico.*

LEGAL ASPECTS OF BRAIN DEATH CERTIFICATION. IS LEGISLATION IN FORCE APPLICABLE TO NON ORGAN DONORS?

The present paper aims at answering a legal doubt usually posed by intensivists: what does

Correspondencia: J. Aguirre López.
Juzgado de Instrucción n.º 1.
Paseo de Lluís Companys n.º 1.
08071 Barcelona.

Manuscrito aceptado el 22-IX-1999.

spanish the spanish legislation states about the diagnosis of brain death? Are diagnostic norms contained in the legislation of obligatory application, or else, can be death be determined by means of other scientific criteria?

Given the legal nature of this paper, the method and mode of reporting will probably be different to strictly medical reports; I therefore apologize for the difficulties in understanding that might derive from this.

In the first part, the spanish legislation on brain death diagnosis is reported and the reason of its inclusion in the transplant regulations. Then I explain the reasons why I consider the article number 10 of Transplant Regulation to corpses not intended for organ extraction inapplicable. Finally, I detail the conclusions.

KEY WORDS: *Spanish legislation, brain death, legal nature.*

(Med Intensiva 2000; 24: 185-188)

LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE DIAGNÓSTICO DE MUERTE ENCEFÁLICA

En el Derecho español no existía ningún concepto legal de muerte o, si se quiere, ningún criterio legal para el diagnóstico o determinación de la muerte hasta la promulgación del Real Decreto de 22 de febrero de 1980 sobre extracción y trasplante de órganos.

Es cierto que había diversos artículos repartidos en varios Cuerpos legales que se referían a la muerte pero sin definirla. Así, los artículos 81 a 85 de la Ley de Registro Civil hablan de “*señales inequívocas de muerte*”, pero no las especifica.

El Código Civil se refiere a la *muerte* en numerosos artículos, pero nunca la define.

Tampoco lo hace el Código Penal, el cual también contiene varias referencias al hecho físico de la muerte, como, por ejemplo, cuando castiga como homicida "*al que matare a otro*", pero en ningún precepto dice cuándo debe considerarse extinguida la vida de una persona.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal también contiene numerosas alusiones a la "*muerte*" como en el artículo 343 referente a los sumarios iniciados por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, al indicar que "aun cuando por la inspección exterior pueda presumirse *la causa de la muerte*, se procederá a la autopsia del cadáver por los Médicos Forenses". Posteriormente volveré a citar este artículo a propósito de otra cuestión más delicada.

Finalmente, cabe decir que las Leyes citadas son las más significativas, pero que hay otras muchas que también se refieren al hecho de la *muerte*.

Esta falta de definición se debía, a mi juicio, a que tradicionalmente se equiparaba "*muerte*" a "*parada cardiorrespiratoria*", de tal manera que no hacía falta fijar el concepto legal de muerte, puesto que era sabido que sólo podía considerarse "*muerto*" a aquella persona que tenía el corazón parado y la circulación y la respiración detenidas.

Sin embargo, la ciencia médica descubrió (aproximadamente sobre la década de 1960) que la actividad circulatoria y respiratoria pueden ser asistidas y mantenidas durante un cierto tiempo por procedimientos artificiales y, en cambio, el cerebro puede sufrir lesiones irreversibles e incompatibles con la vida, lo cual originará una parada cardiorrespiratoria a corto o medio plazo. En estos casos no existe parada cardíaca, pero sí *muerte encefálica*, debiendo considerarse a esa persona como *muerta* a todos los efectos legales.

Más que probablemente, no existiría en nuestra legislación una definición de muerte encefálica si no hubiera habido necesidad de dictar una normativa sobre extracción y trasplante de órganos. Siempre he pensado que la inclusión en el Reglamento de Trasplantes de unos criterios rígidos para el diagnóstico de la muerte encefálica destilaba una cierta desconfianza hacia la clase médica, dado que el diagnóstico de muerte llevaba aparejada la posibilidad de extracción de órganos, por lo que para evitar sospechas acerca de conductas interesadas se introdujeron los rígidos requisitos del artículo 10 del Reglamento de Trasplantes.

Considero que la génesis del diagnóstico legal de la muerte encefálica está estrechamente unida a la promulgación de la normativa de trasplante de órganos de 1979-1980. A este respecto puedo indicar que ni antes ni después de las citadas normas sobre trasplantes ha habido ningún texto legal que ni por aproximación haya tenido la intención de establecer los criterios de diagnóstico de la muerte, tanto la encefálica, como la muchísimo más común de la sobrevenida por parada cardiorrespiratoria, con la curiosa salvedad de una Orden Ministerial de 1951 que regulaba la extracción de piezas anatómicas

para trasplante, en desarrollo de la primera Ley sobre trasplantes de órganos que se dictó en España en el año 1950. Por tanto, los únicos criterios legales sobre diagnóstico de la muerte han estado siempre incluidos en normas relativas a los trasplantes de órganos. Más tarde insistiré en esta argumentación a propósito de la pregunta acerca de la posible existencia de un vacío legal en la materia.

Cuando se promulgó la legislación sobre trasplantes de órganos existía una sensibilidad jurídica que exigía la clara definición de la muerte cerebral para que no hubiera dudas acerca del fallecimiento del donante. Efectivamente, para el profano en medicina, en los casos de muerte por parada cardíaca existe realmente una *apariencia* de muerte, mientras que en los casos de muerte encefálica existe una *apariencia de vida*, pues subsiste el latido cardíaco y la ventilación pulmonar. Ante esta apariencia de vida el legislador consideró que era necesario establecer unos criterios específicos a fin de comprobar la muerte encefálica, de tal manera que quedara *destruida la apariencia de vida*, ya que el sujeto se hallaba realmente muerto a pesar de la subsistencia de las funciones circulatorias y respiratorias. Estos criterios son los establecidos en el Reglamento de trasplantes aprobado por Real Decreto de 22 de febrero de 1980.

Este precepto legal fue especialmente exigente al definir la muerte cerebral, pues empleó una fórmula cerrada que ha impedido incorporar las nuevas técnicas científicas para el diagnóstico de la muerte, cuya definición, según opinión mayoritaria, ha quedado obsoleta.

Señala el artículo 10 del 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...*".

Yo diría que de forma veloz esta forma de diagnóstico de la muerte encefálica fue extendida por la clase médica a todos los casos de muerte encefálica y no sólo a los sujetos destinados a donación. La razón no hay que buscarla en motivos jurídicos porque no existen razones jurídicas de peso y porque la clase médica no está integrada por juristas sino por médicos. El origen de ello se encuentra en que disponer de un "marco jurídico" de referencia otorga a la clase médica una gran seguridad en su actuación profesional, sobre todo en un tema tan delicado como es el de la determinación de la muerte encefálica, pues sabida es la proliferación de querrelas criminales contra médicos por su actuación profesional.

Por razones de seguridad jurídica se optó en la práctica por aplicar un precepto legal a casos ajenos a su ámbito, de tal forma que el paso de los años y la inadecuada aplicación del artículo 10 del Reglamento nos hizo perder la perspectiva de cuál era el inicial y exclusivo ámbito de aplicación del citado artículo.

CRITERIOS CONTRARIOS A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL REGLAMENTO DE TRASPLANTES A LOS SUJETOS NO DONANTES

Tenor literal del artículo 10

Comienza el artículo 10 diciendo: “*Los órganos para cuyo trasplante...*”. Como puede observarse este precepto legal se está refiriendo *únicamente* al trasplante de órganos y es en este contexto de la extracción de órganos para trasplante donde se definen los criterios de diagnóstico de la muerte encefálica.

Quedarían, pues, excluidos de este precepto aquellos casos de muerte encefálica referidos a sujetos no donantes, pues el artículo 10 del Reglamento se refiere expresamente sólo a sujetos donantes de órganos, quedando por ello excluidos los casos de diagnóstico de muerte encefálica de sujetos no donantes.

Inclusión de la definición de muerte encefálica en un Reglamento de Trasplantes

Aunque el artículo 10 estuviera redactado de una forma más amplia tampoco sería de aplicación obligatoria a sujetos no donantes, al estar incluido en una norma sobre trasplantes de órganos, por lo que fuera de este estricto ámbito puede diagnosticarse la muerte cerebral por cualquiera de las formas que la ciencia médica considere adecuadas.

El artículo 10 no se aplica a las donaciones de tejidos

Así lo indica la disposición adicional 1.^a del Reglamento de Trasplantes y el artículo 8.1 del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, sobre donación de tejidos. Por tanto, el legislador no pretendía que el artículo 10 del Reglamento de Trasplantes tuviera una vocación de aplicación universal a todos los casos de muerte encefálica, sino sólo a los sujetos que fueran donantes y, dentro de ellos, a los donantes de órganos, no a los donantes de tejidos.

No cabe la aplicación analógica del artículo 10

La única posibilidad jurídicamente admisible para extender la aplicación del artículo 10 del Reglamento de trasplantes a sujetos no donantes es la de considerar que cabe su aplicación analógica por existir un *vacío o laguna legal* que debe llenarse con la aplicación analógica de aquel precepto. A mi juicio, no existe tal vacío legal por lo que tampoco cabe hablar de aplicación analógica por las razones que a continuación expondré.

Gordillo Cañas en la Enciclopedia Jurídica Básica-Civitas define, en esencia, la *laguna legal* como el hueco o vacío que se detecta en la norma cuando se comprueba que un hecho concreto no está con-

templado en la misma y que, por imprevisto en aquélla, queda carente de regulación. Las lagunas sólo se producen cuando la ley no llega a resolver un problema incluido en su ámbito de aplicación, un problema concreto que existe y tendría que estar expresamente regulado por el Ordenamiento jurídico.

A mi juicio, el concepto de muerte no es concepto propiamente jurídico sino un concepto *médico* utilizado frecuentemente en las normas jurídicas. Por ello, a lo largo de la historia del Derecho no se ha definido jamás la muerte, pues su concepto no es “materia legal” sino médica. Los juristas no han sentido nunca la necesidad de que la muerte fuera definida legalmente, pues correspondía exclusivamente a los médicos determinar el momento en que una persona había fallecido. Por tanto, cuando el artículo 10 del Reglamento de Trasplantes establece los criterios de diagnóstico de la muerte encefálica no es lógico suponer que lo haga con una pretensión de definir la muerte encefálica de una manera general o universal válida para todos los casos, pues ni es su tenor literal, ni se desprende del espíritu de la norma.

Como conclusión de este apartado, considero que no pueden extenderse unos criterios legales de diagnóstico de muerte encefálica dados para un supuesto muy específico (la donación de órganos) a la generalidad de los casos de muerte encefálica. Más bien sería lo contrario, una definición general podría extenderse analógicamente a un caso particular no previsto en ella, pero no al revés: extender una norma particular a un caso general.

¿ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA RETIRAR LAS MEDIDAS DE SOPORTE EN LOS CASOS DE MUERTE VIOLENTA O SOSPECHOSA DE CRIMINALIDAD?

La Ley de Enjuiciamiento (LE) Criminal, que es el Cuerpo legal que debería regular esta materia, no contiene ninguna alusión explícita ni implícita al respecto. El precepto más cercano al tema que ahora tratamos es el contenido en el artículo 343 L.E.Criminal, que indica que en los sumarios incoados por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, “*aun cuando por la inspección exterior pueda presumirse la causa de la muerte, se procederá a la autopsia del cadáver por los Médicos Forenses..., los cuales...informarán sobre el origen del fallecimiento y sus circunstancias*”.

De otro lado, el artículo 335 L.E.Criminal señala que “*Siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente el estado y circunstancias y, especialmente, todas las que tuvieren relación con el hecho punible*”.

De estos preceptos legales se deduce que lo que al Juez instructor le interesa es la *causa* de la muerte, para cuya averiguación la L.E.Criminal establece que el Juez estará presente en el levantamiento del cadáver a fin de describir su estado y recoger cuantos datos fueren de interés para la averiguación del

delito, si bien conviene advertir que la L.E.Criminal está pensando en una diligencia de levantamiento efectuada fuera de un hospital. Ésta es también la finalidad de la autopsia.

Es decir, en la L.E.Criminal se *parte del hecho* de la muerte y *sólo* interesa determinar su *causa*. En este contexto, es lógico pensar que el Médico Forense no tenga porqué informar acerca de si existe o no muerte encefálica, ya que la *determinación del hecho* de la muerte corresponde al equipo médico que atiende al paciente en sus últimos momentos.

Por todo ello considero que no es necesaria la autorización judicial para retirar las medidas de soporte, previa certificación de la muerte.

CONCLUSIONES

¿Es aplicable la legislación actual a los sujetos no donantes de órganos?

No es obligatoria su aplicación a los sujetos no donantes de órganos, pero sí cabe su aplicación de

una manera facultativa, según el criterio del médico que certifica la muerte.

¿Se pueden retirar las medidas de soporte?

Sí, desde el momento en que se constate la muerte encefálica (ME) mediante el empleo de una técnica admitida por la comunidad científica.

¿Existe un vacío legal sobre la certificación de ME cuando el sujeto no es donante de órganos?

No, pues el Derecho no tiene necesariamente que proporcionar el concepto de muerte, el cual es de carácter médico y no jurídico.

¿Si no hay donación, es obligatorio repetir la exploración y el electroencefalograma a las 6 horas?

No, porque no es obligatoria la aplicación de la legislación sobre trasplantes para determinar la ME de un sujeto no donante.