

Voces: MUERTE DE LAS PERSONAS ~ MEDICINA ~ NATURALEZA JURIDICA ~ HOMICIDIO ~ MUERTE DE LA VICTIMA ~ DISPARO DE ARMA DE FUEGO ~ DELITO CULPOSO ~ TRASPLANTE DE ORGANOS ~ CONSENTIMIENTO ~ CONSENTIMIENTO INFORMADO ~ LEY DE TRASPLANTE DE ORGANOS

Título: El Derecho frente al momento de la muerte

Autor: Muñiz, Carlos

Publicado en: DFyP 2010 (diciembre), 01/12/2010, 280

Sumario: Introducción. I. El caso bajo análisis. II. El concepto de muerte en el Derecho Argentino. a. El momento de la muerte. b. Criterios para establecer una definición de muerte c. Criterios médicos sobre el concepto de muerte. III. Lectura de las consecuencias del fallo a la luz del concepto de muerte. IV. Bibliografía.

Introducción

El artículo 103 del Código Civil establece que el fin de la existencia de las personas se produce en el momento de su muerte natural. La extinción de la persona como sujeto de derecho constituye un hecho jurídico del cual derivan una multiplicidad de consecuencias que resulta imposible enumerar hasta el último detalle. La muerte no sólo tiene implicaciones en el ámbito civil, sino que por la importancia central de la persona para el ordenamiento jurídico, el fin de su existencia tiene proyecciones en todas las ramas del Derecho.

En este contexto, la aparición de modernas técnicas de resucitación y sostenimiento por medio mecánico de las funciones cardio respiratorias, acompañadas del desarrollo de técnicas de ablación y trasplantes de órganos han puesto en cuestión los paradigmas tradicionales en la materia, generando la necesidad de contar con criterios y técnicas más precisas que a partir de un mas acabado conocimiento sobre el fenómeno, nos acerquen a una determinación más precisa del momento de la muerte.

El presente trabajo se propone analizar en forma crítica un reciente fallo de la Quinta Cámara en lo Criminal de la Provincia de Mendoza en autos "O.A.A.N sobre Homicidio agravado por el uso de arma de fuego" (n° P-21085/08 - 18/08/2010), que presenta un particular acercamiento al concepto de muerte. Excede largamente el objeto del presente trabajo presentar un relevamiento acabado de la literatura sobre los debates médicos, jurídicos y filosóficos alrededor del concepto de muerte. En tal sentido, nos limitaremos a evaluar si el modo de aplicar dicho concepto resulta acorde con lo dispuesto por el orden jurídico nacional y con el estado actual del debate en la materia en el ámbito de las ciencias médicas y del Derecho.

Organizaremos nuestro comentario sobre la base del siguiente plan: En un primer momento, analizaremos las principales afirmaciones del fallo sobre el tema en cuestión, y el razonamiento lógico presentado en el mismo para la determinación de la sentencia. En una segunda sección, procuraremos interiorizarnos sobre el concepto de muerte en el derecho argentino, a la luz de los criterios establecidos por la doctrina jurídica, el derecho comparado, el estado de la cuestión en el ámbito de las ciencias médicas, y la legislación aplicable en la materia. Finalmente, presentaremos una crítica razonada del fallo en cuestión sobre la base del estudio del concepto de muerte, y expondremos nuestras conclusiones.

I. El caso bajo análisis

Para analizar el problema jurídico que se nos presenta partiremos del análisis del fallo citado. De la lectura del mismo, podemos entender que se tuvieron por suficientemente acreditados los hechos que resumimos a continuación, en cuanto resultan relevantes para el presente comentario: El día 13 de marzo de 2008, en horas de la tarde, el imputado O.A.A.N. recibió a su novia C.C., en una obra en construcción en la que se encontraba trabajando junto con su tío, para que le acercara un bolso con ropa limpia. Durante su encuentro, estuvieron reunidos en una pieza que oficiaba de obrador en la construcción. En una bolsa, C.C. encontró un arma de fuego, que el tío del imputado habría comprado para su seguridad. O.A.A.N. manipulando el arma, en forma aparentemente accidental produjo un disparo que impactó en el parietal izquierdo de su novia, quien fue trasladada al hospital más cercano para ser atendida. En el Hospital, C.C. ingresó en estado crítico, y posteriormente se le diagnosticó muerte cerebral. Con el consentimiento de los familiares de la víctima, el personal del INCUCAI procedió a practicar una ablación de órganos de C.C. para ser trasplantados a receptores que estaban en la lista de espera para ello.

A partir de estos hechos, el Fiscal de Cámara acusó a O.A.A.N. por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego. En el fallo de la cámara, se resuelve sorprendentemente modificar la calificación del delito imputado, resolviendo condenarlo por lesiones gravísimas culposas.

Podemos sintetizar los argumentos de la decisión en los siguientes puntos:

1) El hecho del disparo es causa natural de la muerte desde el punto de la teoría de la *condictio sine qua non*, esto es una condición que representa un antecedente necesario para la consecuencia que se produjo. No obstante, este criterio de causalidad no es el adecuado y debe ser limitado en función de criterios normativos analizados establecidos por la dogmática jurídico penal. (1)

2) C.C. estaba viva al momento de la ablación de sus órganos realizada por el INCUCAI con el

consentimiento de sus familiares, aún cuando presentara todos los signos establecidos por la legislación de trasplantes de órganos para proceder a los protocolos de ablación, ya que presentaba otros signos de vida, funcionando su sistema cardiorrespiratorio (aún cuando dependiera de la asistencia mecánica a tal efecto), riñones, etc. No se puede considerar muerta a una persona por el sólo hecho de que la legislación de trasplantes de órganos tome el criterio de muerte cerebral a los efectos de permitir dichos procedimientos. (2)

3) El consentimiento otorgado por los familiares es una concausa sobreviniente, que resultó determinante para producir la muerte de la víctima, ya que sobre la base del informe médico si la persona no hubiera sido donante de órganos hubiera resultado necesario "mantenerla con vida" por medios de asistencia mecánica. Dicho hecho debe reputarse independiente de la voluntad del autor del hecho. (3)

4) Es esta concausa sobreviniente la que pone a la víctima en una particular situación de vulnerabilidad, que no es compartida por aquellos que deciden no donar sus órganos. (4)

5) El consentimiento posterior de los familiares de C.C. para la ablación de sus órganos no podía ser conocido por el imputado y por lo tanto debe quedar excluido de la acción. No es claro que el autor del hecho tuviera conocimientos de la voluntad de la víctima de donar sus órganos y que tuviera esto en cuenta al momento de actuar. (5)

6) La causa principal de la muerte de la víctima es la ablación de sus órganos practicada por los médicos del equipo quirúrgico del INCUCAI, quienes son los únicos justificados por la ley 24.193 para llevar adelante lo que constituye una acción típica de homicidio. La ley opera como una causal de justificación que tiene por efecto la anulación de la antijuridicidad que implica el tipo penal. (6)

7) La ley de trasplantes considera muerta a la víctima sólo a los efectos de esa ley, no quedando dudas de que mientras mantenga algún signo o función vital, la persona debe ser considerada viva a los restantes efectos del ordenamiento jurídico. Lo que establece la ley de trasplantes no es un criterio para la determinación del momento de la muerte real o natural, sino una presunción de muerte que sólo es aplicable a los efectos de dicha ley. (7)

II. El concepto de muerte en el Derecho Argentino

El fallo bajo análisis en el presente comentario no presenta defectos en cuanto se refiere a su coherencia lógica interna, pero entendemos que para llegar a las conclusiones que fundamentan la sentencia, se basa en postulados erróneos que se derivan de un despreocupado manejo de algunos conceptos.

En particular, el defecto mas serio que presenta este fallo se encuentra en una interpretación equivocada del concepto de muerte en el derecho argentino y en la confusión del criterio establecido por la legislación de trasplantes de órganos con una presunción legal limitada a los efectos de una ley, cuando en realidad lo que pretende es establecer condiciones básicas que otorguen certeza sobre el hecho de la muerte de una determinada persona.

En este sentido, vemos que el fallo analizado refleja una temeraria despreocupación por los matices existentes entre los conceptos de coma profundo, muerte aparente, estado vegetativo, muerte cerebral y muerte encefálica, que se reflejan en la evolución de la legislación sobre ablación de materiales anatómicos y trasplantes de órganos. Estos conceptos, utilizados a lo largo de la sentencia en muchos casos como sinónimos, tienen un significado claro establecido por la ciencia médica y abundante doctrina jurídica, y las implicaciones jurídicas del uso de uno u otro no son indistintas.

Nuestro Código Civil no establece un criterio preciso sobre el momento en que se produce la muerte de la persona. En su artículo 103, 1ª parte se limita a señalar que "Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas", fijando en el hecho biológico de la muerte el momento del fin de la existencia de la persona humana. El silencio del Codificador sobre este punto se explica por el hecho de que en forma previa al desarrollo de las técnicas modernas de trasplantes de órganos, la determinación del momento en que se producía la muerte sólo era materia de preocupación en los casos de "muerte aparente" y por lo tanto las disposiciones del ordenamiento jurídico estaban orientadas a establecer condiciones que permitieran evitar que una persona viva en estado de muerte aparente fuera tenida por muerta, sin preocuparse en identificar el momento preciso del acaecimiento de la muerte real. Los avances de las técnicas mencionadas plantean un nuevo desafío jurídico, dado que ante la necesidad de una determinación precoz del acontecimiento de la muerte, las circunstancias concretas que deben evaluarse en esa etapa deben estar definidas con detalle.

Ante esta ausencia de criterios establecidos por la ley, es tarea del jurista avanzar en el análisis del concepto, sobre la base no sólo de las pautas establecidas por el derecho positivo y las ciencias médicas, sino también teniendo en cuenta principios de orden jurídico, ético, religioso y sociológico. La muerte marca el fin de la vida y de este hecho jurídico se deriva como consecuencia principal el fin de la existencia de la persona humana. Por ello resulta el límite de todas las proyecciones de la personalidad en el mundo jurídico, particularmente entre ellas los derechos personalísimos. La importancia capital de este concepto hace que su definición no pueda quedar librada a la fría aplicación de un criterio médico-eficientista.

Intentaremos en consecuencia identificar pautas y criterios que nos permitan analizar el tema desde la

perspectiva planteada.

a. El momento de La muerte

Se plantea la necesidad de que el ordenamiento jurídico establezca de alguna manera cuál es el momento único que se considerará como el de la muerte del ser humano. No obstante, el pasaje de un ser humano, desde el instante en que se encuentra desarrollando en forma autónoma sus funciones vitales, hasta el momento en el cual cesa en el todo tipo de vida celular, se da como un proceso que reconoce distintas etapas: "biológicamente, el pasaje de la vida a la muerte del cuerpo humano no constituye un fenómeno instantáneo o de un momento sino algo gradual: se trata de un proceso que reconoce fases sucesivas; las células, en efecto, cesan de vivir singularmente en un orden gradual que depende de la resistencia de cada grupo a la falta de oxígeno". (8)

En este orden de ideas, podemos afirmar que el momento exacto de la muerte continúa siendo un misterio. (9) Sin embargo, apoyándonos en los conocimientos que nos aportan las ciencias médicas podemos establecer criterios y pautas que nos permitan contar con certezas de que en un determinado instante, la muerte de una persona ya ha acaecido.

En principio, debemos plantear que no parece razonable identificar el momento de la muerte de un ser humano con el momento en el cual se produce la cesación de cualquier clase de vida celular, existiendo una coincidencia generalizada en sostener que la muerte natural se produce en una etapa anterior de este proceso gradual de deterioro de los signos vitales. En este sentido, Bustamante Alsina ha sostenido que "aunque la muerte no es un momento sino un proceso de cesación progresiva del funcionamiento de los distintos órganos, comenzando por la paralización irreversible de alguna función vital y terminando con la muerte celular, se puede decir que la persona está muerta antes de que se complete ese proceso." (10) Aceptado esto, resta establecer en qué etapa del proceso se entenderá que la persona ha dejado de existir. Como ya hemos señalado, el problema no sólo involucra exclusivamente al Derecho y a las ciencias médicas, sino que se trata de una cuestión compleja que implica consideraciones de índole filosófica, ética, cultural y religiosa.

b. Criterios para establecer una definición de muerte (11)

Aceptada la primer premisa presentada en el punto anterior, y antes de abordar el problema de las distintas definiciones sobre el concepto de muerte, presentadas por las ciencias médicas, corresponde que una serie de criterios fundamentales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar las alternativas que se le presentan al Derecho. En este sentido, entendemos que deben ser criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de avanzar con una definición sobre el concepto:

1) En un determinado momento y lugar, el concepto de muerte aceptado por el ordenamiento jurídico debe ser único. No es éticamente aceptable considerar a una persona como muerta a los efectos de una determinada ley y como viva a los efectos de las restantes.

2) Debe excluirse en la definición de muerte criterios que respondan a una concepción "médico-utilitarista" que defina la muerte sobre la base de una ética eficientista, con el objetivo de "maximizar" la cantidad de trasplantes de órganos. Ante estas consideraciones corresponde anteponer una restricción deontológica con el fin de preservar la autonomía y la dignidad de la persona humana, aún cuando el resultado de estas consideraciones nos llevara a la conclusión de que no es ético realizar trasplantes de órganos. (12)

3) Los indicios que establezca el ordenamiento jurídico y métodos para la determinación del acaecimiento de la muerte deben otorgar certeza sobre el hecho y no solamente un razonable cálculo de probabilidad sobre la misma, por más alta que dicha probabilidad sea.

4) No debe considerarse como muerte el cese de las funciones vitales sino sólo en el caso que este cese fuera irreversible, tomando en consideración la existencia de técnicas modernas de reanimación.

Estos criterios, al tratarse la muerte de un concepto que involucra valores elementales filosóficos, éticos y jurídicos, deben ser considerados el mínimo que desde una perspectiva integral de la persona humana deben ser requeridos a la ciencia médica para la definición de la muerte. Esto no implica negar el hecho biológico que implica el fallecimiento de la persona, sino establecer pautas para su determinación que excedan una lógica exclusivamente médica, aún cuando sin lugar a dudas la constatación e interpretación de los signos de la muerte sean una incumbencia de esa disciplina. (13)

c. Criterios médicos sobre el concepto de muerte (14)

c.1. Criterio Tradicional:

Conforme la noción tradicional muerte implica el cese irreversible de todas las funciones vitales del individuo, hecho que sucede cuando la circulación, la respiración y el sistema nervioso dejan de funcionar definitivamente. Así, "muerte es el cese de las funciones vitales, celular, tisular y visceral. Ocurre cuando claudican los sistemas circulatorio, respiratorio y nervioso, pudiendo definirse entonces como el cese definitivo e irreversible de las funciones autónomas (pulmón, corazón y cerebro) y de la oxigenación víscerotisular con pérdida de las relaciones sujeto-mundo circundante y de la condición de ente humano de existencia visible." (15)

Sobre la base del criterio tradicional, recientemente se ha generado cierta polémica a partir de la aparición

de una moderna técnica de trasplantes, conocida como nonheart beating organ donation (NHBD) o donation after cardiac death (DCD) o protocolo de Pittsburgh. (16)

Este criterio de muerte implica declarar a la persona muerta cuando se reúne la condición tradicional de un paro cardio-respiratorio irreversible o permanente, aún en ausencia de una determinación neurológica del acaecimiento de la muerte. Excede el objeto del presente trabajo abarcar las implicaciones médicas y éticas del concepto. No obstante señalamos que es objeto de serios cuestionamientos en virtud de la falta de certezas sobre el acaecimiento de la muerte real ante la ausencia de evidencia del cese de las funciones encefálicas; y problemas con relación a la definición de "irreversible y permanente" frente al hecho de que por ejemplo un corazón ablacionado a un paciente al cual se ha declarado muerto sobre la base de este criterio, sea transplantado a otro paciente funcionando en perfectas condiciones, o cuando la irreversibilidad se debe a que el propio paciente ha dado la orden de no resucitarlo frente a un paro cardio-respiratorio (DNR) (17) Por lo tanto, vemos como el criterio tradicional, hasta hace poco tiempo incuestionado, presenta con el avance de las nuevas técnicas de trasplantes una nueva serie de interrogantes éticos actualmente objeto de intensos debates.

c.2. Criterio Moderno. Muerte Cerebral o Encefálica:

El criterio tradicional presenta también ciertas anomalías frente a la aparición de técnicas modernas de reanimación, que permiten, aún luego del cese total e irreversible de sus funciones encefálicas, mantener en actividad las funciones inferiores del ser humano (funciones vegetativas) en forma artificial mediante la asistencia mecánica. Ante estas circunstancias, se ha planteado que la concepción tradicional constituye una forma inadecuada de caracterización de la muerte. (18) Dos nuevas preguntas surgen a partir de las nuevas técnicas de reanimación: ¿Cuándo es apropiado que un médico decida unilateralmente dejar de proveer el soporte mecánico de las funciones cardio respiratorias? y ¿Cuándo pueden ser ablacionados los órganos para trasplantes? (19) Frente a dichos interrogantes, las ciencias médicas y en particular la tanatología han planteado un nuevo criterio de muerte: la muerte cerebral o muerte encefálica, que anticipamos es el que recepta nuestra legislación sobre trasplantes de órganos.

Frente a la crisis del concepto tradicional de muerte, aparece como concepto modernamente aceptado el concepto de muerte encefálica o cerebral, que implica el cese total e irreversible de toda actividad cerebral, comprendiendo los centros superiores e inferiores. Esto implica que no sólo se requiere para que se produzca la muerte encefálica el cese de las funciones que hacen a la vida de relación, sino también el desarrollo autónomo de las funciones vegetativas (actividad respiratoria y cardiocirculatoria), esto es, que estas funciones no puedan mantenerse sino mediante el empleo permanente de medios mecánicos. Este criterio se asimila al actualmente conocido como "whole brain death", propuesto por el Comité Ad Hoc de la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard para examinar la Definición de Muerte Cerebral en el año 1968, (20) recogido en Estados Unidos por la Uniform Determination of Death Act (1981), (21) legislación que contó con el apoyo de la American Medical Association y la American Bar Association. Este criterio fue recibido por la legislación de los 50 Estados de Estados Unidos. (22) Sobre la base de este criterio, se establece en la legislación la regla del donante muerto o "dead donor rule", como límite ético fundamental para proceder a la ablación de órganos.

Esta situación debe distinguirse de la denominada "muerte cortical" o "higher brain death" que consiste en la pérdida de la actividad cerebral superior, conservándose las funciones respiratoria y cardiocirculatoria, debido a que los núcleos básicos del cerebro siguen funcionando aún cuando se ha producido un daño irreversible de los centros corticales y subcorticales que regulan la vida intelectual y sensitiva. Se desecha el concepto de muerte cortical como igual a muerte real dado que se entiende incompatible con la noción de muerte la continuidad del funcionamiento autónomo de las funciones vegetativas, (23) considerando que no entendemos que lo único que caracterice la existencia de vida humana sea la continuidad de las funciones superiores del encéfalo. (24)

En consecuencia, podemos decir que el concepto de muerte cerebral o encefálica puede ser asimilado al de muerte real, y se diferencia del simple cese de las funciones cerebrales o corticales cuando subsiste el funcionamiento autónomo de las funciones vegetativas. Es importante señalar esto a la luz del fallo que estamos analizando, en el sentido de que no puede considerarse muerta a la persona que mantiene sin asistencia mecánica sus funciones vegetativas. Las personas en estado vegetativo están indudablemente vivas. Pero cuando la continuidad de estas funciones depende exclusivamente de medios artificiales, podemos razonablemente entender a la luz de los avances de las ciencias médicas que la muerte real de la persona ya se ha producido. Este criterio, no sólo satisface estándares establecidos por la ciencia médica, sino que es compatible con los criterios normativos presentados en el presente trabajo y parece no estar en conflicto con valores morales compartidos por nuestra sociedad. (25)

d. Definiciones de las leyes de trasplantes de órganos

d.1. Ley 21.541. Art. 21

Sobre la base del criterio médico de muerte encefálica o muerte cerebral se avanzó en la definición de medios de prueba precoz del acaecimiento de la muerte, a causa de la necesidad planteada por los avances de las técnicas de ablación y trasplantes de órganos, aceptando como premisa que dichas intervenciones de ablación no serían jurídicamente admisibles si debieran realizarse sobre seres humanos vivos. (26)

El primer acercamiento en la materia fue el de la ley 21.541 cuyo artículo 21 decía:

"Exclusivamente a los fines de esta ley también será admisible la certificación del fallecimiento del dador mediante juicio médico determinado por un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo no integrantes del equipo que efectuará las operaciones de ablación y/o implante, quienes comprobarán dicho estado por comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales".

El criterio el de muerte cerebral o encefálica se encuentra implícitamente aceptado por la ley 21.541, tal como reza en la última parte del artículo citado. No obstante, este primer acercamiento legislativo a la problemática no estuvo exento de críticas, entre las cuales nos interesa destacar en primer lugar la referencia a que la aplicación de esta disposición se hacía "exclusivamente a los efectos de esta ley". Conforme los criterios que hemos mencionado esto representa un contrasentido que no puede ser aceptado por el ordenamiento jurídico, el cual debe establecer una definición única de muerte, esto es, no se puede estar muerto a los efectos de una ley y vivo a los efectos de las restantes. Esto ha llevado a autores como VIDAL TAQUINI (27) y YUNGANO (28) a interpretar que lo que se establecía por esta ley era la distinción entre una "muerte clínica" aplicable a trasplantes de órganos, distinta de la "muerte real" que entendían de todas formas se producía al momento del cese de las funciones nerviosas, respiratorias y cardiocirculatorias, conforme el criterio tradicional. Por nuestra parte, compartimos la interpretación contraria de TOBÍAS, (29) quien afirmaba que el criterio de muerte cerebral o encefálica establecido por esta ley, resultaba el único aplicable a todo el ordenamiento jurídico, estableciéndose para el caso de trasplantes de órganos un procedimiento especial para la determinación de la muerte.

En segundo lugar, fue criticada la expresión "cese total e irreversible de las funciones cerebrales" porque podía interpretarse en el sentido de muerte cortical, ya que las funciones vegetativas no son funciones propiamente "cerebrales", siendo en el bulbo raquídeo y no en el cerebro donde se regulan estas funciones. No obstante, la interpretación doctrinaria y la reglamentación, (30) aclararon el término quedando establecido que esta expresión debía entenderse en el sentido de muerte cerebral o encefálica.

d.2. Leyes 23.464 y 24.193

La ley 23.464 tomó en consideración las críticas al art. 21 de la ley 21.541, estableciendo en cuanto interesa a este estudio que:

"El fallecimiento de una persona por la cesación total e irreversible de las funciones encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica, será verificado por un equipo médico."

Esta redacción elimina la posibilidad de interpretación de la existencia de un concepto dual de muerte, al quitar la especificación prevista por la ley anterior de que el precepto era aplicable "Exclusivamente a los fines de esta ley". (31) Al modificar la expresión "funciones cerebrales" por "funciones encefálicas" aclara los alcances del precepto, al identificar el concepto de muerte real con el de muerte cerebral o encefálica.

La ley 24.193 que actualmente rige la materia (con las modificaciones establecidas por las leyes 26.066 y 25.281) sigue el mismo criterio que su predecesora inmediata, estableciendo en su art. 23 que:

"El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b) Ausencia de respiración espontánea;
- c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;

d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible."

A modo de conclusión parcial, podemos afirmar sobre la base de los criterios fundamentales presentados, el concepto moderno de la ciencia médica, y la evolución legal desarrollada, que el ordenamiento jurídico argentino acepta el criterio de muerte encefálica o cerebral para la determinación del momento de la muerte real. De esta forma, entendemos desterrado de nuestro ordenamiento jurídico la noción dual de muerte, entendiendo aceptado que el criterio de muerte encefálica o cerebral se encuentra identificado con la noción de muerte real, constituyendo el único concepto de muerte. Asimismo, podemos sostener que nuestra legislación consagra sin margen a excepciones la regla del donante muerto, exigiendo en el artículo 24 de la ley 24.193 la certificación del fallecimiento, una vez verificados los signos que a modo de prueba del acaecimiento de la muerte establece el artículo 23 de la misma ley.

La muerte encefálica o cerebral es entonces el único concepto de muerte que produce efectos jurídicos conforme nuestra legislación, obrando la certificación de fallecimiento expedida en los términos previstos por la ley como prueba del hecho, y produciendo todas las consecuencias jurídicas que se derivan del fin de la

existencia de la persona. (32) Sobre la base de este criterio, más allá del modo de comprobación del hecho de la muerte, no existen diferencias jurídicas entre una persona a la cual se le diagnostica la muerte cerebral, o aquella a la cual se constata según el medio tradicional el cese de todas sus funciones vitales: en ambos casos ha dejado de existir. La persistencia en el lenguaje común de la distinción entre muerte encefálica o cerebral y muerte real contribuye a la confusión que rodea al concepto y muestra cierta incomodidad con el criterio establecido, (33) que se refleja en el caso bajo análisis, aunque la misma no cuente con fundamento en normas jurídicas.

III. Lectura de las consecuencias del fallo a la luz del concepto de muerte

El fallo analizado reabre a partir de un serio error conceptual un debate planteado a partir de la redacción de la ley 21.543, que por las consideraciones expuestas previamente entendíamos cerrado durante los debates doctrinarios que dieron origen a las posteriores reformas. Sobre la base de la normativa vigente en la actualidad, no puede hacerse una diferenciación entre "muerte cerebral" o "muerte clínica" y "muerte real" tal como lo hicieron algunos autores en forma previa a la reforma (34) y como lo hace el juez en el caso. En este sentido, el fallo analizado presenta un marcado desconocimiento sobre el manejo adecuado del concepto de muerte, la evolución legislativa en materia de trasplantes de órganos que consagra el criterio neurológico de muerte encefálica como criterio único para determinar el momento de la muerte sin perjuicio de los medios de prueba de la misma, y del estado actual del debate médico y ético alrededor del concepto de muerte.

Las proyecciones negativas de la decisión analizada son enormes. Esta injustificada diferenciación por vía de interpretación, puede llevar a consecuencias graves. Antes de la reforma de la ley, en el año 1991, en un caso similar al que se analiza, este criterio dual provocó la muerte de un niño de nueve años de edad, afectado por una enfermedad cardíaca que esperaba un trasplante de corazón. El menor falleció luego de frustrarse la donación del órgano que necesitaba por la intervención un juez, que en la causa abierta por las lesiones provocadas a la donante, no otorgó autorización para la ablación del órgano en cuestión, fundándose en que la menor no se encontraba en estado de muerte real, aún luego de constatadas las circunstancias que permitían tener por acaecida la muerte cerebral, ya que por entonces todavía contaba con actividad cardíaca y respiratoria prolongada mecánicamente. El juez entendía que si se autorizara la ablación debería modificarse la calificación de la causa, transformándose las lesiones graves en homicidio. (35)

Sobre la base de nuestro análisis precedente, podemos afirmar que tanto en este último caso, como en el que es objeto de análisis del presente trabajo, los donantes no estaban con vida al momento de disponerse la ablación de sus órganos. Esto sería un contrasentido, desde el momento en que la propia ley exige como requisito previo para proceder a la ablación que se haya certificado la muerte de la persona. Interpretaciones como las del fallo bajo análisis nos obligarían a aceptar que la ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos ha establecido un supuesto de eutanasia legal, conclusión que no puede derivarse en forma alguna de la intención del legislador.

Esta interpretación del criterio otorgado por la ley de trasplantes como supuesto de "eutanasia legal" u "homicidio justificado" constituyen graves derivaciones del caso analizado. Tenemos que señalar que, tal como hemos demostrado, las reformas han tendido a aclarar sus supuestos de aplicación, reafirmando para este supuesto la regla del donante muerto, y descartando en forma contundente la posibilidad de proceder a la ablación de órganos de personas vivas, con excepción del supuesto previsto en los artículos 14 a 18 de dicha ley. En este sentido Bergoglio de Brouwer de Koning y Bertoldi de Fourcade, ya han señalado claramente esta distinción, mostrando que la muerte cerebral debe ser separada de la eutanasia, toda vez que "existe consenso respecto a que la desconexión de los aparatos externos en tales casos no puede ser considerada nunca eutanasia (ni activa ni pasiva) puesto que se está en presencia de un muerto", (...) "el hecho de la muerte no se modifica por la circunstancia de que se resuelva conservar, por un tiempo limitado, los mecanismos artificiales que mantienen la integridad de ciertos tejidos. El hombre ya ha muerto aunque el lego perciba tal realidad con un poco de retraso". (36)

Para marcar aún en forma más clara esta distinción, la ley llama al capítulo referido a los trasplantes intervivos como el referido a "Actos de Disposición de Órganos o Materiales Anatómicos provenientes de Personas" mientras que las disposiciones de los artículos 19 a 26 son tituladas como referidas a "Actos de Disposición de Órganos o Materiales Anatómicos Cadavéricos". La utilización de estos títulos no es casual, y la ley marca una diferencia entre las disposiciones aplicables a trasplantes de órganos entre personas vivas, oponiéndolos a los actos de disposición de materiales extraídos del cuerpo de un ser humano que ha fallecido, y que por lo tanto ha dejado de ser persona en los términos del art. 103 Cód. Civ.

De esto no puede sino concluirse que el ordenamiento jurídico ha incorporado la regla del donante muerto y el criterio de muerte encefálica como criterio único de la muerte, sin excluir por supuesto la posibilidad de su determinación por medios tradicionales a los fines de su prueba, en los casos en que no resultara necesario o posible proceder a la ablación de órganos.

Luego de estas consideraciones, podemos decir siguiendo a DESIMONE que "certificada la muerte cerebral del donante y prestado el consentimiento que requiere la ley de trasplantes, no constituye delito de homicidio extraer el corazón de quien se encuentra en tal estado y asistido mecánicamente (...) "En cualquiera de estos supuestos, u otros análogos, se trataría de la ejecución de acciones supuestamente delictivas sobre un cadáver y

no un moribundo y, por tanto, el hecho será atípico por faltar un elemento esencial como el bien jurídico protegido, esto es, la vida en un caso y la integridad corporal del sujeto con vida, en el caso de las lesiones." (37)

En el caso bajo análisis, la ablación de los órganos no puede ser considerada como causa eficiente, causa inmediata, causa adecuada o siquiera concausa de la muerte, dado que la propia ley exige la comprobación de la muerte del paciente como requisito previo indispensable para la realización de los protocolos de ablación.

Finalmente, otra implicación negativa del fallo bajo análisis reside en el cuestionamiento que implícitamente se formula a la regla del donante muerto. Este cuestionamiento puede ser criticado no sólo desde un punto de vista de una ética deontologista, conforme el criterio seguido en el presente trabajo, sino que existen razones de orden consecuencialista que nos permiten apreciar la importancia de la defensa de esta regla. El criterio del donante muerto es central para la defensa de la confianza pública en los procesos de donación y trasplante de órganos. Si se aceptara que los órganos pueden ser ablacionados de personas sobre las cuales no contamos con certeza sobre el acaecimiento de su muerte, podría generarse la preocupación y la sospecha por parte de los potenciales donantes sobre la posibilidad de no recibir los tratamientos adecuados cuando se encontraran en estado crítico. Esta sospecha puede redundar en forma negativa en la cantidad total de donantes de órganos. (38)

A modo de conclusión, consideramos prudente señalar que en una materia tan sensible, en la que se pone en juego la dignidad de la persona y el valor supremo de la vida humana, corresponde no aferrarse a concepciones dogmáticas, obrar con la máxima prudencia y diligencia, y con un pleno y acabado conocimiento de la legislación vigente, sus antecedentes y el estado actual del debate sobre la cuestión, tanto en el ámbito jurídico, como ético, filosófico y científico.

IV. Bibliografía

- BEECHER, H. K. and Harvard ad hoc Committee, "A definition of irreversible coma: Report of the ad hoc committee of the Harvard Medical School to examine de definition of brain death" *Journal of the American Medical Association* 205:337-40, 1968.

- BERGOGLIO DE BROKER DE KONING, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión". *Suplemento Diario de ED*, 6368, 21/11/85.

- BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "La muerte y los trasplantes de órganos", *LLC*, 1984-230.

- BERNAT, James L., "The Boundaries of Organ Donation alter Circulatory Death", *New England Journal of Medicine*, 359, 7, 2008, p. 669.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el trasplante cadavérico de órganos (Según la nueva ley 24.193)." *LA LEY* 1994-E, 1338

- DESIMONE, Guillermo Pablo, "El concepto de muerte en la ley de trasplantes de órganos y el delito de homicidio", *LA LEY* 1994-E, 952.

- HALEVY A. y BRODY, B. A. "Brain Death: Reconciling definitions, criteria and tests." *Annals of Internal Medicine* 119:519-25, 1993.

- ILTIS, Anna Smith, CHERRY, Mark J., "Death revisited: rethinking death and the death donor rule", *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 35, 3, 2010, pp. 223-241.

- JUAN PABLO II, Discurso Del Santo Padre con ocasión del XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes, N° 4, 29 de agosto de 2000.

- MENIKOFF, J., "The importance of being dead: Non-heart-beating organ donation". *Issues in Law & Medicine* 18:3-20. 2002.

- MUÑIZ, Carlos, "Fin de la Existencia de las Personas Físicas", en Limodio, Gabriel (ed), *Principios de Derecho Privado*, Educa, 2009.

- Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, *Carta de los agentes sanitarios*, n° 128, Ciudad del Vaticano, 1995.

- Presidenza del Consiglio dei Ministri. Comitato Nazionale per la Bioetica. "I criteri di accertamento della Morte", 24 de Junio de 2010. Algunas conclusiones de la presente sección, ya fueron presentadas en:

- TOBÍAS, José W., *Fin de la existencia de las personas físicas*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

- TRUOG, Robert D. y MILLER, Franklin G., "The Death Donor Rule and Organ Transplantation" *New England Journal of Medicine*, 359, 7, 2008.

- VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Muerte Real y Muerte Clínica", *LA LEY*, 1980-C, 1066.

(1) "La causalidad natural y otra muy distinta la relación de causalidad limitada por parámetros normativos a lo que hace referencia la dogmática jurídico penal. En la causalidad natural se comienza con la teoría de la

condictio sine quanon pero a esta se la limita para poder saber como dice Soler no sólo cuando una persona ha causado un resultado sino y esto es lo relevante si se le puede atribuir, imputar el mismo."

(2) "C.C. no puede ser una persona viva (en estado terminal o no, esto ni el propio Nanfaro lo sabe) y estar muerta al mismo tiempo, por más que su electroencefalograma le dé línea plana, pues los otros signos de vida continuaban estando presentes en ella, su corazón funcionaba, sus riñones, etc.. Es más, el propio Dr. Nanfaro dijo que se necesitan los órganos sanos y que el órgano no se puede transplantar de un muerto salvo el riñón y la córnea. Fue claro que si no hubiera intervenido el INCUCAI por la ley con la autorización de sus familiares estaría con vida." (...) "Es una contradictio in terminis sostener que está muerta y que de no ser donante se la debe hacer asistencia mecánica necesaria para mantenerla con vida. No puede estar viva o muerta una persona porque desde una norma especial para la ablación se toma el concepto de muerte cerebral para justificarla."

(3) "El consentimiento para la ablación si lo hubiera dado C. antes operaría como concausa preexistente y en este caso que lo dieron sus familiares estamos en presencia de una concausa sobreviniente." (...) "Es claro que tanto para el caso de que la víctima hubiera dado su consentimiento para la ablación como para el caso de que, como ocurrió en estos obrados sean los familiares de ella los que autorizaron cuando C.C. se encontraba internada en el Hospital, son causas independientes al accionar del imputado." (...) "El señor Fiscal concluye que la muerte cerebral es muerte producto de la lesión en el cerebro que le produjo el imputado, olvidándose de la condición impuesta por los familiares de la víctima y los médicos del INCUCAI que ablacionan los órganos, en este estadio de la relación de causalidad que es objetiva, no interesa si obraron o no justificadamente, esto se analiza en otra categoría, la de la antijuricidad. Pero no podemos obviar desde la causalidad, la intervención de terceras personas distintas al imputado que dominan el curso causal con sus respectivas acciones."

(4) "Entiendo que el donante por su propia voluntad al expresar su intención de donar se coloca en una situación vulnerable respecto de quien no decida donar sus órganos."

(5) "El Juez debe considerar la situación del agente o el nivel intelectual de éste, ya que como se dijo, el conocimiento es la llave de la capacidad causal y es así que se concluye con la enunciación de tres reglas: a) las relaciones que por nadie eran conocidas cuando la acción tuvo lugar, quedan excluidas de la acción, aun cuando sean causas (el imputado no podía saber lo que pasaría luego en el Hospital Central, esto es que los parientes de C. darían su consentimiento para la ablación de órganos y que intervendría para ello el INCUCAI). b) las relaciones conocidas para una categoría de personas, constituyen acción para esa categoría, pero no para la generalidad (fueron autores sus familiares y los médicos del INCUCAI de la ablación, claro que justificado por hacerlo en el marco de la ley, luego ampliarse este punto con aportes doctrinarios de Boumpadre, Teran Lomas y Viñas) y c) las relaciones solo conocidas por el imputado son acción para éste" (ver Fierro fs. 277, 278, con nota 86), No está probado en esta causa que el imputado tuviera el conocimiento de que su novia fuera donante de órganos y que tomara esto en cuenta al actuar, como para ser causa de la ablación que es la que produce la muerte real de la víctima como luego lo desarrollaré; Muerte Justificada pero muerte al fin".

(6) "los únicos justificados para realizar la ablación que es una acción típica de homicidio son los médicos del equipo quirúrgico del INCUCAI, puesto que lo hacen conforme la ley 24.193, (actualizada por las leyes 26.066 y 25.281) (Adla, LXVI-A, 9; LX-D, 4089), el art. 3 de esa ley es claro: "los actos médicos referidos a transplantes contemplados en esta ley, sólo podrán ser realizados por médicos o equipos médicos registrados y habilitados por ante la respectiva autoridad de contralor jurisdiccional, por su parte el art. 27 de la ley es claro al disponer que queda prohibida todo tipo de ablación cuando la misma pretenda practicarse: a) sin que se haya dado cumplimiento a los requisitos y previsiones de la ley. Esto habla a las claras que estamos en el ámbito de la justificación, justificación que tiene por efecto anular el indicio de antijuricidad que implica el tipo penal; acá juega el principio de la regla excepción, los tipos penales implican antijuricidad salvo causas de justificación, es el famoso ratio conosciendi o escendi para otros de la antijuricidad. Lo único que justifica la muerte de C.C. es la ley de transplantes y ablación de órganos."

(7) "La ley de transplantes y ablación de órganos la considera muerta, pero al solo efecto de esa ley, pero no caben dudas que mientras le quede alguna función vital por precaria que sea aún se encuentra con vida. Una cosa es que la ley "considere" muerta a una persona y otra muy distinta es que lo esté en realidad. Para el Derecho Penal debe primar el concepto de muerte real y no de muerte presunta basada en consideraciones médicas legales para poder ablacionar los órganos."

(8) TOBÍAS, José W., Fin de la existencia de las personas físicas, Astrea, Buenos Aires, 1988, n° 3, p. 7.

(9) Como ejemplo de las discusiones sobre este tema ver BERNAT, James L., "The Boundaries of Organ Donation alter Circulatory Death", New England Journal of Medicine, 359, 7, 2008, p. 669.

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el transplante cadavérico de órganos (Según la nueva ley 24.193)." LA LEY, 1994-E, 1338.

(11) Ver premisas de MANTOVANI, citado por TOBÍAS, José W. op. cit., pp. 14 y 15. Ver también JUAN PABLO II, Discurso Del Santo Padre con ocasión del XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes, N° 4, 29 de agosto de 2000.

(12) Como ejemplo de los riesgos que implica dejar la cuestión librada a la exclusiva definición por parte de las ciencias médicas, en ausencia de otros criterios, vemos que la cuestión no es puramente teórica, y algunos autores proponen modificar la definición de muerte sobre la base de consideraciones eficientistas, e incluso cuestionan la regla del donante muerto, con el fin de maximizar la cantidad de trasplantes de órganos. Ej. TRUOG, Robert D. y MILLER, Franklin G., "The Death Donor Rule and Organ Transplantation" *New England Journal of Medicine*, 359, 7, 2008, p. 674. Entendemos que por las razones expuestas en este trabajo, y defendiendo el valor intrínseco de la vida humana, estas consideraciones no son éticamente aceptables.

(13) Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, Carta de los agentes sanitarios, n° 128, Ciudad del Vaticano, 1995.

(14) Para un relevamiento completo y actualizado de la temática ver ILTIS, Anna Smith, CHERRY, Mark J., "Death revisited: rethinking death and the death donor rule", *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol 35, 3, 2010, pp. 223-241 y Presidenza del Consiglio dei Ministri. Comitato Nazionale per la Bioetica. "I criteri di accertamento della Morte", 24 de Junio de 2010. Algunas conclusiones de la presente sección, ya fueron presentadas en MUÑIZ, Carlos, "Fin de la Existencia de las Personas", en Limodio, Gabriel (ed), *Principios de Derecho Privado*, Educa, 2009.

(15) BONNET, Emilio F. P., *Lecciones de medicina legal*, Buenos Aires, 1975, p. 90. citado por VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Muerte Real y Muerte Clínica", *LA LEY*, 1980-C, 1066.

(16) University of Pittsburg Medical Center. Policy and Procedure Manual: Management of Terminally Ill Patients who may become Organ Donors after Death. *Kennedy Institute of Ethics Journal* 3:A1-A15. Citado por ILTIS y CHERRY, op. cit.

(17) Para la discusión sobre este tema ver *The New England Journal of Medicine*, volumen 359, n° 7, 2008.

(18) TOBÍAS, José W., op. cit., n° 8, p. 17.

(19) HALEVY, A. y BRODY, B. A. "Brain Death: Reconciling definitions, criteria and tests." *Annals of Internal Medicine* 119:519-25, 1993.

(20) BEECHER, H. K. and Harvard ad hoc Committee "A definition of irreversible coma: Report of the ad hoc committee of the Harvard Medical School to examine de definition of brain death" *Journal of the American Medical Association* 205:337-40, 1968.

(21) "An individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including brain stem, is dead. A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards."

(22) Cfr. ILTIS and CHERRY op. cit., con excepciones de objeción de conciencia por motivos religiosos para los estados de New York y New Jersey.

(23) TOBIAS, José W, op. cit., n° 8, p. 19.

(24) Por razones consecuencialistas, que entendemos no aceptables en esta materia, sobre la base de que este criterio permitiría un mayor número de órganos vitales se han pronunciado a favor de redefinir la muerte sobre la base del criterio de muerte cortical o "higher brain death" TRUOG y FACKLER, "Rethinking Brain Death" *Critical Care Medicine* 20:1705-13, 1992, citado por ILTIS and CHERRY op. cit.

(25) Por ejemplo, Juan Pablo II ha sostenido que "la cesación total e irreversible de toda actividad cerebral, si se aplica escrupulosamente, no parece en conflicto con los elementos esenciales de una correcta concepción antropológica. En consecuencia, el agente sanitario que tenga la responsabilidad profesional de esa certificación puede basarse en ese criterio para llegar, en cada caso, a aquel grado de seguridad en el juicio ético que la doctrina moral califica con el término de "certeza moral". Esta certeza moral es necesaria y suficiente para poder actuar de manera éticamente correcta. Así pues, sólo cuando exista esa certeza será moralmente legítimo iniciar los procedimientos técnicos necesarios para la extracción de los órganos para el trasplante, con el previo consentimiento informado del donante o de sus representantes legítimos" op. cit.

(26) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, op. cit. "Si la ablación del órgano que ha de ser implantando en el cuerpo de un ser vivo, solamente puede practicarse después de haber cesado la vida del donante, es obvio que el problema de determinar el momento de la muerte de éste es fundamental, pues de otra forma la extirpación del

órgano vital de un ser aún con vida sería la causa inmediata de su deceso, con las consiguientes responsabilidades civiles y penales del médico cirujano que ejecuta ese acto el cual resulta así verdaderamente homicida."

(27) VIDAL TAQUINI, "Muerte Real y Muerte Clínica", LA LEY, 1980-C, 1066.

(28) YUNGANO, Arturo R., "La ley de 21.541 de trasplantes de órganos humanos", Buenos Aires, 1979, citado por TOBIÁS, José W, op. cit., nº 12, p. 28.

(29) TOBIÁS, José W, op. cit., nº 12, p. 28.

(30) Decreto 3011/77 (Adla, XXXVII-D, 3851).

(31) DESIMONE, Guillermo Pablo, "El concepto de muerte en la ley de trasplantes de órganos y el delito de homicidio", LA LEY, 1994-E, 952.

(32) TOBIÁS, op. cit.; DESIMONE, op. cit.; BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "La muerte y los trasplantes de órganos", LLC, 1984-230.

(33) ILTIS and CHERRY op. cit.

(34) VIDAL TAQUINI, op. cit.

(35) Investigación periodística del Diario Clarín del día 20/10/91 sobre el caso, publicada en la 1 y ss. de la Segunda Sección. Cit. por DESIMONE, op. cit.

(36) BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, op. cit.. BERGOGLIO DE BROKER DE KONING, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión". Suplemento Diario de ED, 6368 de 21/11/85.

(37) DESIMONE, op. cit.

(38) MENIKOFF, J., "The importance of being dead: Non-heart-beating organ donation". Issues in Law & Medicine 18:3-20., 2002.

Voces: MUERTE DE LAS PERSONAS ~ MEDICINA ~ NATURALEZA JURIDICA ~ HOMICIDIO ~ MUERTE DE LA VICTIMA ~ DISPARO DE ARMA DE FUEGO ~ DELITO CULPOSO ~ TRASPLANTE DE ORGANOS ~ CONSENTIMIENTO ~ CONSENTIMIENTO INFORMADO ~ LEY DE TRASPLANTE DE ORGANOS

Título: El Derecho frente al momento de la muerte

Autor: Muñiz, Carlos

Publicado en: DFyP 2010 (diciembre), 01/12/2010, 280

Sumario: Introducción. I. El caso bajo análisis. II. El concepto de muerte en el Derecho Argentino. a. El momento de la muerte. b. Criterios para establecer una definición de muerte c. Criterios médicos sobre el concepto de muerte. III. Lectura de las consecuencias del fallo a la luz del concepto de muerte. IV. Bibliografía.

Introducción

El artículo 103 del Código Civil establece que el fin de la existencia de las personas se produce en el momento de su muerte natural. La extinción de la persona como sujeto de derecho constituye un hecho jurídico del cual derivan una multiplicidad de consecuencias que resulta imposible enumerar hasta el último detalle. La muerte no sólo tiene implicaciones en el ámbito civil, sino que por la importancia central de la persona para el ordenamiento jurídico, el fin de su existencia tiene proyecciones en todas las ramas del Derecho.

En este contexto, la aparición de modernas técnicas de resucitación y sostenimiento por medio mecánico de las funciones cardio respiratorias, acompañadas del desarrollo de técnicas de ablación y trasplantes de órganos han puesto en cuestión los paradigmas tradicionales en la materia, generando la necesidad de contar con criterios y técnicas más precisas que a partir de un más acabado conocimiento sobre el fenómeno, nos acerquen a una determinación más precisa del momento de la muerte.

El presente trabajo se propone analizar en forma crítica un reciente fallo de la Quinta Cámara en lo Criminal de la Provincia de Mendoza en autos "O.A.A.N sobre Homicidio agravado por el uso de arma de fuego" (n° P-21085/08 - 18/08/2010), que presenta un particular acercamiento al concepto de muerte. Excede largamente el objeto del presente trabajo presentar un relevamiento acabado de la literatura sobre los debates médicos, jurídicos y filosóficos alrededor del concepto de muerte. En tal sentido, nos limitaremos a evaluar si el modo de aplicar dicho concepto resulta acorde con lo dispuesto por el orden jurídico nacional y con el estado actual del debate en la materia en el ámbito de las ciencias médicas y del Derecho.

Organizaremos nuestro comentario sobre la base del siguiente plan: En un primer momento, analizaremos las principales afirmaciones del fallo sobre el tema en cuestión, y el razonamiento lógico presentado en el mismo para la determinación de la sentencia. En una segunda sección, procuraremos interiorizarnos sobre el concepto de muerte en el derecho argentino, a la luz de los criterios establecidos por la doctrina jurídica, el derecho comparado, el estado de la cuestión en el ámbito de las ciencias médicas, y la legislación aplicable en la materia. Finalmente, presentaremos una crítica razonada del fallo en cuestión sobre la base del estudio del concepto de muerte, y expondremos nuestras conclusiones.

I. El caso bajo análisis

Para analizar el problema jurídico que se nos presenta partiremos del análisis del fallo citado. De la lectura del mismo, podemos entender que se tuvieron por suficientemente acreditados los hechos que resumimos a continuación, en cuanto resultan relevantes para el presente comentario: El día 13 de marzo de 2008, en horas de la tarde, el imputado O.A.A.N. recibió a su novia C.C., en una obra en construcción en la que se encontraba trabajando junto con su tío, para que le acercara un bolso con ropa limpia. Durante su encuentro, estuvieron reunidos en una pieza que oficiaba de obrador en la construcción. En una bolsa, C.C. encontró un arma de fuego, que el tío del imputado habría comprado para su seguridad. O.A.A.N. manipulando el arma, en forma aparentemente accidental produjo un disparo que impactó en el parietal izquierdo de su novia, quien fue trasladada al hospital más cercano para ser atendida. En el Hospital, C.C. ingresó en estado crítico, y posteriormente se le diagnosticó muerte cerebral. Con el consentimiento de los familiares de la víctima, el personal del INCUCAI procedió a practicar una ablación de órganos de C.C. para ser trasplantados a receptores que estaban en la lista de espera para ello.

A partir de estos hechos, el Fiscal de Cámara acusó a O.A.A.N. por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego. En el fallo de la cámara, se resuelve sorprendentemente modificar la calificación del delito imputado, resolviendo condenarlo por lesiones gravísimas culposas.

Podemos sintetizar los argumentos de la decisión en los siguientes puntos:

1) El hecho del disparo es causa natural de la muerte desde el punto de la teoría de la *condictio sine qua non*, esto es una condición que representa un antecedente necesario para la consecuencia que se produjo. No obstante, este criterio de causalidad no es el adecuado y debe ser limitado en función de criterios normativos analizados establecidos por la dogmática jurídico penal. (1)

2) C.C. estaba viva al momento de la ablación de sus órganos realizada por el INCUCAI con el

consentimiento de sus familiares, aún cuando presentara todos los signos establecidos por la legislación de trasplantes de órganos para proceder a los protocolos de ablación, ya que presentaba otros signos de vida, funcionando su sistema cardiorrespiratorio (aún cuando dependiera de la asistencia mecánica a tal efecto), riñones, etc. No se puede considerar muerta a una persona por el sólo hecho de que la legislación de trasplantes de órganos tome el criterio de muerte cerebral a los efectos de permitir dichos procedimientos. (2)

3) El consentimiento otorgado por los familiares es una concausa sobreviniente, que resultó determinante para producir la muerte de la víctima, ya que sobre la base del informe médico si la persona no hubiera sido donante de órganos hubiera resultado necesario "mantenerla con vida" por medios de asistencia mecánica. Dicho hecho debe reputarse independiente de la voluntad del autor del hecho. (3)

4) Es esta concausa sobreviniente la que pone a la víctima en una particular situación de vulnerabilidad, que no es compartida por aquellos que deciden no donar sus órganos. (4)

5) El consentimiento posterior de los familiares de C.C. para la ablación de sus órganos no podía ser conocido por el imputado y por lo tanto debe quedar excluido de la acción. No es claro que el autor del hecho tuviera conocimientos de la voluntad de la víctima de donar sus órganos y que tuviera esto en cuenta al momento de actuar. (5)

6) La causa principal de la muerte de la víctima es la ablación de sus órganos practicada por los médicos del equipo quirúrgico del INCUCAI, quienes son los únicos justificados por la ley 24.193 para llevar adelante lo que constituye una acción típica de homicidio. La ley opera como una causal de justificación que tiene por efecto la anulación de la antijuridicidad que implica el tipo penal. (6)

7) La ley de trasplantes considera muerta a la víctima sólo a los efectos de esa ley, no quedando dudas de que mientras mantenga algún signo o función vital, la persona debe ser considerada viva a los restantes efectos del ordenamiento jurídico. Lo que establece la ley de trasplantes no es un criterio para la determinación del momento de la muerte real o natural, sino una presunción de muerte que sólo es aplicable a los efectos de dicha ley. (7)

II. El concepto de muerte en el Derecho Argentino

El fallo bajo análisis en el presente comentario no presenta defectos en cuanto se refiere a su coherencia lógica interna, pero entendemos que para llegar a las conclusiones que fundamentan la sentencia, se basa en postulados erróneos que se derivan de un despreocupado manejo de algunos conceptos.

En particular, el defecto mas serio que presenta este fallo se encuentra en una interpretación equivocada del concepto de muerte en el derecho argentino y en la confusión del criterio establecido por la legislación de trasplantes de órganos con una presunción legal limitada a los efectos de una ley, cuando en realidad lo que pretende es establecer condiciones básicas que otorguen certeza sobre el hecho de la muerte de una determinada persona.

En este sentido, vemos que el fallo analizado refleja una temeraria despreocupación por los matices existentes entre los conceptos de coma profundo, muerte aparente, estado vegetativo, muerte cerebral y muerte encefálica, que se reflejan en la evolución de la legislación sobre ablación de materiales anatómicos y trasplantes de órganos. Estos conceptos, utilizados a lo largo de la sentencia en muchos casos como sinónimos, tienen un significado claro establecido por la ciencia médica y abundante doctrina jurídica, y las implicaciones jurídicas del uso de uno u otro no son indistintas.

Nuestro Código Civil no establece un criterio preciso sobre el momento en que se produce la muerte de la persona. En su artículo 103, 1ª parte se limita a señalar que "Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas", fijando en el hecho biológico de la muerte el momento del fin de la existencia de la persona humana. El silencio del Codificador sobre este punto se explica por el hecho de que en forma previa al desarrollo de las técnicas modernas de trasplantes de órganos, la determinación del momento en que se producía la muerte sólo era materia de preocupación en los casos de "muerte aparente" y por lo tanto las disposiciones del ordenamiento jurídico estaban orientadas a establecer condiciones que permitieran evitar que una persona viva en estado de muerte aparente fuera tenida por muerta, sin preocuparse en identificar el momento preciso del acaecimiento de la muerte real. Los avances de las técnicas mencionadas plantean un nuevo desafío jurídico, dado que ante la necesidad de una determinación precoz del acontecimiento de la muerte, las circunstancias concretas que deben evaluarse en esa etapa deben estar definidas con detalle.

Ante esta ausencia de criterios establecidos por la ley, es tarea del jurista avanzar en el análisis del concepto, sobre la base no sólo de las pautas establecidas por el derecho positivo y las ciencias médicas, sino también teniendo en cuenta principios de orden jurídico, ético, religioso y sociológico. La muerte marca el fin de la vida y de este hecho jurídico se deriva como consecuencia principal el fin de la existencia de la persona humana. Por ello resulta el límite de todas las proyecciones de la personalidad en el mundo jurídico, particularmente entre ellas los derechos personalísimos. La importancia capital de este concepto hace que su definición no pueda quedar librada a la fría aplicación de un criterio médico-eficientista.

Intentaremos en consecuencia identificar pautas y criterios que nos permitan analizar el tema desde la

perspectiva planteada.

a. El momento de La muerte

Se plantea la necesidad de que el ordenamiento jurídico establezca de alguna manera cuál es el momento único que se considerará como el de la muerte del ser humano. No obstante, el pasaje de un ser humano, desde el instante en que se encuentra desarrollando en forma autónoma sus funciones vitales, hasta el momento en el cual cesa en el todo tipo de vida celular, se da como un proceso que reconoce distintas etapas: "biológicamente, el pasaje de la vida a la muerte del cuerpo humano no constituye un fenómeno instantáneo o de un momento sino algo gradual: se trata de un proceso que reconoce fases sucesivas; las células, en efecto, cesan de vivir singularmente en un orden gradual que depende de la resistencia de cada grupo a la falta de oxígeno". (8)

En este orden de ideas, podemos afirmar que el momento exacto de la muerte continúa siendo un misterio. (9) Sin embargo, apoyándonos en los conocimientos que nos aportan las ciencias médicas podemos establecer criterios y pautas que nos permitan contar con certezas de que en un determinado instante, la muerte de una persona ya ha acaecido.

En principio, debemos plantear que no parece razonable identificar el momento de la muerte de un ser humano con el momento en el cual se produce la cesación de cualquier clase de vida celular, existiendo una coincidencia generalizada en sostener que la muerte natural se produce en una etapa anterior de este proceso gradual de deterioro de los signos vitales. En este sentido, Bustamante Alsina ha sostenido que "aunque la muerte no es un momento sino un proceso de cesación progresiva del funcionamiento de los distintos órganos, comenzando por la paralización irreversible de alguna función vital y terminando con la muerte celular, se puede decir que la persona está muerta antes de que se complete ese proceso." (10) Aceptado esto, resta establecer en qué etapa del proceso se entenderá que la persona ha dejado de existir. Como ya hemos señalado, el problema no sólo involucra exclusivamente al Derecho y a las ciencias médicas, sino que se trata de una cuestión compleja que implica consideraciones de índole filosófica, ética, cultural y religiosa.

b. Criterios para establecer una definición de muerte (11)

Aceptada la primer premisa presentada en el punto anterior, y antes de abordar el problema de las distintas definiciones sobre el concepto de muerte, presentadas por las ciencias médicas, corresponde que una serie de criterios fundamentales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar las alternativas que se le presentan al Derecho. En este sentido, entendemos que deben ser criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de avanzar con una definición sobre el concepto:

1) En un determinado momento y lugar, el concepto de muerte aceptado por el ordenamiento jurídico debe ser único. No es éticamente aceptable considerar a una persona como muerta a los efectos de una determinada ley y como viva a los efectos de las restantes.

2) Debe excluirse en la definición de muerte criterios que respondan a una concepción "médico-utilitarista" que defina la muerte sobre la base de una ética eficientista, con el objetivo de "maximizar" la cantidad de trasplantes de órganos. Ante estas consideraciones corresponde anteponer una restricción deontológica con el fin de preservar la autonomía y la dignidad de la persona humana, aún cuando el resultado de estas consideraciones nos llevara a la conclusión de que no es ético realizar trasplantes de órganos. (12)

3) Los indicios que establezca el ordenamiento jurídico y métodos para la determinación del acaecimiento de la muerte deben otorgar certeza sobre el hecho y no solamente un razonable cálculo de probabilidad sobre la misma, por más alta que dicha probabilidad sea.

4) No debe considerarse como muerte el cese de las funciones vitales sino sólo en el caso que este cese fuera irreversible, tomando en consideración la existencia de técnicas modernas de reanimación.

Estos criterios, al tratarse la muerte de un concepto que involucra valores elementales filosóficos, éticos y jurídicos, deben ser considerados el mínimo que desde una perspectiva integral de la persona humana deben ser requeridos a la ciencia médica para la definición de la muerte. Esto no implica negar el hecho biológico que implica el fallecimiento de la persona, sino establecer pautas para su determinación que excedan una lógica exclusivamente médica, aún cuando sin lugar a dudas la constatación e interpretación de los signos de la muerte sean una incumbencia de esa disciplina. (13)

c. Criterios médicos sobre el concepto de muerte (14)

c.1. Criterio Tradicional:

Conforme la noción tradicional muerte implica el cese irreversible de todas las funciones vitales del individuo, hecho que sucede cuando la circulación, la respiración y el sistema nervioso dejan de funcionar definitivamente. Así, "muerte es el cese de las funciones vitales, celular, tisular y visceral. Ocurre cuando claudican los sistemas circulatorio, respiratorio y nervioso, pudiendo definirse entonces como el cese definitivo e irreversible de las funciones autónomas (pulmón, corazón y cerebro) y de la oxigenación víscerotisular con pérdida de las relaciones sujeto-mundo circundante y de la condición de ente humano de existencia visible." (15)

Sobre la base del criterio tradicional, recientemente se ha generado cierta polémica a partir de la aparición

de una moderna técnica de trasplantes, conocida como nonheart beating organ donation (NHBD) o donation after cardiac death (DCD) o protocolo de Pittsburgh. (16)

Este criterio de muerte implica declarar a la persona muerta cuando se reúne la condición tradicional de un paro cardio-respiratorio irreversible o permanente, aún en ausencia de una determinación neurológica del acaecimiento de la muerte. Excede el objeto del presente trabajo abarcar las implicaciones médicas y éticas del concepto. No obstante señalamos que es objeto de serios cuestionamientos en virtud de la falta de certezas sobre el acaecimiento de la muerte real ante la ausencia de evidencia del cese de las funciones encefálicas; y problemas con relación a la definición de "irreversible y permanente" frente al hecho de que por ejemplo un corazón ablacionado a un paciente al cual se ha declarado muerto sobre la base de este criterio, sea transplantado a otro paciente funcionando en perfectas condiciones, o cuando la irreversibilidad se debe a que el propio paciente ha dado la orden de no resucitarlo frente a un paro cardio-respiratorio (DNR) (17) Por lo tanto, vemos como el criterio tradicional, hasta hace poco tiempo incuestionado, presenta con el avance de las nuevas técnicas de trasplantes una nueva serie de interrogantes éticos actualmente objeto de intensos debates.

c.2. Criterio Moderno. Muerte Cerebral o Encefálica:

El criterio tradicional presenta también ciertas anomalías frente a la aparición de técnicas modernas de reanimación, que permiten, aún luego del cese total e irreversible de sus funciones encefálicas, mantener en actividad las funciones inferiores del ser humano (funciones vegetativas) en forma artificial mediante la asistencia mecánica. Ante estas circunstancias, se ha planteado que la concepción tradicional constituye una forma inadecuada de caracterización de la muerte. (18) Dos nuevas preguntas surgen a partir de las nuevas técnicas de reanimación: ¿Cuándo es apropiado que un médico decida unilateralmente dejar de proveer el soporte mecánico de las funciones cardio respiratorias? y ¿Cuándo pueden ser ablacionados los órganos para trasplantes? (19) Frente a dichos interrogantes, las ciencias médicas y en particular la tanatología han planteado un nuevo criterio de muerte: la muerte cerebral o muerte encefálica, que anticipamos es el que recepta nuestra legislación sobre trasplantes de órganos.

Frente a la crisis del concepto tradicional de muerte, aparece como concepto modernamente aceptado el concepto de muerte encefálica o cerebral, que implica el cese total e irreversible de toda actividad cerebral, comprendiendo los centros superiores e inferiores. Esto implica que no sólo se requiere para que se produzca la muerte encefálica el cese de las funciones que hacen a la vida de relación, sino también el desarrollo autónomo de las funciones vegetativas (actividad respiratoria y cardiocirculatoria), esto es, que estas funciones no puedan mantenerse sino mediante el empleo permanente de medios mecánicos. Este criterio se asimila al actualmente conocido como "whole brain death", propuesto por el Comité Ad Hoc de la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard para examinar la Definición de Muerte Cerebral en el año 1968, (20) recogido en Estados Unidos por la Uniform Determination of Death Act (1981), (21) legislación que contó con el apoyo de la American Medical Association y la American Bar Association. Este criterio fue recibido por la legislación de los 50 Estados de Estados Unidos. (22) Sobre la base de este criterio, se establece en la legislación la regla del donante muerto o "dead donor rule", como límite ético fundamental para proceder a la ablación de órganos.

Esta situación debe distinguirse de la denominada "muerte cortical" o "higher brain death" que consiste en la pérdida de la actividad cerebral superior, conservándose las funciones respiratoria y cardiocirculatoria, debido a que los núcleos básicos del cerebro siguen funcionando aún cuando se ha producido un daño irreversible de los centros corticales y subcorticales que regulan la vida intelectual y sensitiva. Se desecha el concepto de muerte cortical como igual a muerte real dado que se entiende incompatible con la noción de muerte la continuidad del funcionamiento autónomo de las funciones vegetativas, (23) considerando que no entendemos que lo único que caracterice la existencia de vida humana sea la continuidad de las funciones superiores del encéfalo. (24)

En consecuencia, podemos decir que el concepto de muerte cerebral o encefálica puede ser asimilado al de muerte real, y se diferencia del simple cese de las funciones cerebrales o corticales cuando subsiste el funcionamiento autónomo de las funciones vegetativas. Es importante señalar esto a la luz del fallo que estamos analizando, en el sentido de que no puede considerarse muerta a la persona que mantiene sin asistencia mecánica sus funciones vegetativas. Las personas en estado vegetativo están indudablemente vivas. Pero cuando la continuidad de estas funciones depende exclusivamente de medios artificiales, podemos razonablemente entender a la luz de los avances de las ciencias médicas que la muerte real de la persona ya se ha producido. Este criterio, no sólo satisface estándares establecidos por la ciencia médica, sino que es compatible con los criterios normativos presentados en el presente trabajo y parece no estar en conflicto con valores morales compartidos por nuestra sociedad. (25)

d. Definiciones de las leyes de trasplantes de órganos

d.1. Ley 21.541. Art. 21

Sobre la base del criterio médico de muerte encefálica o muerte cerebral se avanzó en la definición de medios de prueba precoz del acaecimiento de la muerte, a causa de la necesidad planteada por los avances de las técnicas de ablación y trasplantes de órganos, aceptando como premisa que dichas intervenciones de ablación no serían jurídicamente admisibles si debieran realizarse sobre seres humanos vivos. (26)

El primer acercamiento en la materia fue el de la ley 21.541 cuyo artículo 21 decía:

"Exclusivamente a los fines de esta ley también será admisible la certificación del fallecimiento del dador mediante juicio médico determinado por un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo no integrantes del equipo que efectuará las operaciones de ablación y/o implante, quienes comprobarán dicho estado por comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales".

El criterio el de muerte cerebral o encefálica se encuentra implícitamente aceptado por la ley 21.541, tal como reza en la última parte del artículo citado. No obstante, este primer acercamiento legislativo a la problemática no estuvo exento de críticas, entre las cuales nos interesa destacar en primer lugar la referencia a que la aplicación de esta disposición se hacía "exclusivamente a los efectos de esta ley". Conforme los criterios que hemos mencionado esto representa un contrasentido que no puede ser aceptado por el ordenamiento jurídico, el cual debe establecer una definición única de muerte, esto es, no se puede estar muerto a los efectos de una ley y vivo a los efectos de las restantes. Esto ha llevado a autores como VIDAL TAQUINI (27) y YUNGANO (28) a interpretar que lo que se establecía por esta ley era la distinción entre una "muerte clínica" aplicable a trasplantes de órganos, distinta de la "muerte real" que entendían de todas formas se producía al momento del cese de las funciones nerviosas, respiratorias y cardiocirculatorias, conforme el criterio tradicional. Por nuestra parte, compartimos la interpretación contraria de TOBÍAS, (29) quien afirmaba que el criterio de muerte cerebral o encefálica establecido por esta ley, resultaba el único aplicable a todo el ordenamiento jurídico, estableciéndose para el caso de trasplantes de órganos un procedimiento especial para la determinación de la muerte.

En segundo lugar, fue criticada la expresión "cese total e irreversible de las funciones cerebrales" porque podía interpretarse en el sentido de muerte cortical, ya que las funciones vegetativas no son funciones propiamente "cerebrales", siendo en el bulbo raquídeo y no en el cerebro donde se regulan estas funciones. No obstante, la interpretación doctrinaria y la reglamentación, (30) aclararon el término quedando establecido que esta expresión debía entenderse en el sentido de muerte cerebral o encefálica.

d.2. Leyes 23.464 y 24.193

La ley 23.464 tomó en consideración las críticas al art. 21 de la ley 21.541, estableciendo en cuanto interesa a este estudio que:

"El fallecimiento de una persona por la cesación total e irreversible de las funciones encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica, será verificado por un equipo médico."

Esta redacción elimina la posibilidad de interpretación de la existencia de un concepto dual de muerte, al quitar la especificación prevista por la ley anterior de que el precepto era aplicable "Exclusivamente a los fines de esta ley". (31) Al modificar la expresión "funciones cerebrales" por "funciones encefálicas" aclara los alcances del precepto, al identificar el concepto de muerte real con el de muerte cerebral o encefálica.

La ley 24.193 que actualmente rige la materia (con las modificaciones establecidas por las leyes 26.066 y 25.281) sigue el mismo criterio que su predecesora inmediata, estableciendo en su art. 23 que:

"El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b) Ausencia de respiración espontánea;
- c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;

d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible."

A modo de conclusión parcial, podemos afirmar sobre la base de los criterios fundamentales presentados, el concepto moderno de la ciencia médica, y la evolución legal desarrollada, que el ordenamiento jurídico argentino acepta el criterio de muerte encefálica o cerebral para la determinación del momento de la muerte real. De esta forma, entendemos desterrado de nuestro ordenamiento jurídico la noción dual de muerte, entendiendo aceptado que el criterio de muerte encefálica o cerebral se encuentra identificado con la noción de muerte real, constituyendo el único concepto de muerte. Asimismo, podemos sostener que nuestra legislación consagra sin margen a excepciones la regla del donante muerto, exigiendo en el artículo 24 de la ley 24.193 la certificación del fallecimiento, una vez verificados los signos que a modo de prueba del acaecimiento de la muerte establece el artículo 23 de la misma ley.

La muerte encefálica o cerebral es entonces el único concepto de muerte que produce efectos jurídicos conforme nuestra legislación, obrando la certificación de fallecimiento expedida en los términos previstos por la ley como prueba del hecho, y produciendo todas las consecuencias jurídicas que se derivan del fin de la

existencia de la persona. (32) Sobre la base de este criterio, más allá del modo de comprobación del hecho de la muerte, no existen diferencias jurídicas entre una persona a la cual se le diagnostica la muerte cerebral, o aquella a la cual se constata según el medio tradicional el cese de todas sus funciones vitales: en ambos casos ha dejado de existir. La persistencia en el lenguaje común de la distinción entre muerte encefálica o cerebral y muerte real contribuye a la confusión que rodea al concepto y muestra cierta incomodidad con el criterio establecido, (33) que se refleja en el caso bajo análisis, aunque la misma no cuente con fundamento en normas jurídicas.

III. Lectura de las consecuencias del fallo a la luz del concepto de muerte

El fallo analizado reabre a partir de un serio error conceptual un debate planteado a partir de la redacción de la ley 21.543, que por las consideraciones expuestas previamente entendíamos cerrado durante los debates doctrinarios que dieron origen a las posteriores reformas. Sobre la base de la normativa vigente en la actualidad, no puede hacerse una diferenciación entre "muerte cerebral" o "muerte clínica" y "muerte real" tal como lo hicieran algunos autores en forma previa a la reforma (34) y como lo hace el juez en el caso. En este sentido, el fallo analizado presenta un marcado desconocimiento sobre el manejo adecuado del concepto de muerte, la evolución legislativa en materia de trasplantes de órganos que consagra el criterio neurológico de muerte encefálica como criterio único para determinar el momento de la muerte sin perjuicio de los medios de prueba de la misma, y del estado actual del debate médico y ético alrededor del concepto de muerte.

Las proyecciones negativas de la decisión analizada son enormes. Esta injustificada diferenciación por vía de interpretación, puede llevar a consecuencias graves. Antes de la reforma de la ley, en el año 1991, en un caso similar al que se analiza, este criterio dual provocó la muerte de un niño de nueve años de edad, afectado por una enfermedad cardíaca que esperaba un trasplante de corazón. El menor falleció luego de frustrarse la donación del órgano que necesitaba por la intervención un juez, que en la causa abierta por las lesiones provocadas a la donante, no otorgó autorización para la ablación del órgano en cuestión, fundándose en que la menor no se encontraba en estado de muerte real, aún luego de constatadas las circunstancias que permitían tener por acaecida la muerte cerebral, ya que por entonces todavía contaba con actividad cardíaca y respiratoria prolongada mecánicamente. El juez entendía que si se autorizara la ablación debería modificarse la calificación de la causa, transformándose las lesiones graves en homicidio. (35)

Sobre la base de nuestro análisis precedente, podemos afirmar que tanto en este último caso, como en el que es objeto de análisis del presente trabajo, los donantes no estaban con vida al momento de disponerse la ablación de sus órganos. Esto sería un contrasentido, desde el momento en que la propia ley exige como requisito previo para proceder a la ablación que se haya certificado la muerte de la persona. Interpretaciones como las del fallo bajo análisis nos obligarían a aceptar que la ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos ha establecido un supuesto de eutanasia legal, conclusión que no puede derivarse en forma alguna de la intención del legislador.

Esta interpretación del criterio otorgado por la ley de trasplantes como supuesto de "eutanasia legal" u "homicidio justificado" constituyen graves derivaciones del caso analizado. Tenemos que señalar que, tal como hemos demostrado, las reformas han tendido a aclarar sus supuestos de aplicación, reafirmando para este supuesto la regla del donante muerto, y descartando en forma contundente la posibilidad de proceder a la ablación de órganos de personas vivas, con excepción del supuesto previsto en los artículos 14 a 18 de dicha ley. En este sentido Bergoglio de Brouwer de Koning y Bertoldi de Fourcade, ya han señalado claramente esta distinción, mostrando que la muerte cerebral debe ser separada de la eutanasia, toda vez que "existe consenso respecto a que la desconexión de los aparatos externos en tales casos no puede ser considerada nunca eutanasia (ni activa ni pasiva) puesto que se está en presencia de un muerto", (...) "el hecho de la muerte no se modifica por la circunstancia de que se resuelva conservar, por un tiempo limitado, los mecanismos artificiales que mantienen la integridad de ciertos tejidos. El hombre ya ha muerto aunque el lego perciba tal realidad con un poco de retraso". (36)

Para marcar aún en forma más clara esta distinción, la ley llama al capítulo referido a los trasplantes intervivos como el referido a "Actos de Disposición de Órganos o Materiales Anatómicos provenientes de Personas" mientras que las disposiciones de los artículos 19 a 26 son tituladas como referidas a "Actos de Disposición de Órganos o Materiales Anatómicos Cadavéricos". La utilización de estos títulos no es casual, y la ley marca una diferencia entre las disposiciones aplicables a trasplantes de órganos entre personas vivas, oponiéndolos a los actos de disposición de materiales extraídos del cuerpo de un ser humano que ha fallecido, y que por lo tanto ha dejado de ser persona en los términos del art. 103 Cód. Civ.

De esto no puede sino concluirse que el ordenamiento jurídico ha incorporado la regla del donante muerto y el criterio de muerte encefálica como criterio único de la muerte, sin excluir por supuesto la posibilidad de su determinación por medios tradicionales a los fines de su prueba, en los casos en que no resultara necesario o posible proceder a la ablación de órganos.

Luego de estas consideraciones, podemos decir siguiendo a DESIMONE que "certificada la muerte cerebral del donante y prestado el consentimiento que requiere la ley de trasplantes, no constituye delito de homicidio extraer el corazón de quien se encuentra en tal estado y asistido mecánicamente (...) "En cualquiera de estos supuestos, u otros análogos, se trataría de la ejecución de acciones supuestamente delictivas sobre un cadáver y

no un moribundo y, por tanto, el hecho será atípico por faltar un elemento esencial como el bien jurídico protegido, esto es, la vida en un caso y la integridad corporal del sujeto con vida, en el caso de las lesiones." (37)

En el caso bajo análisis, la ablación de los órganos no puede ser considerada como causa eficiente, causa inmediata, causa adecuada o siquiera concausa de la muerte, dado que la propia ley exige la comprobación de la muerte del paciente como requisito previo indispensable para la realización de los protocolos de ablación.

Finalmente, otra implicación negativa del fallo bajo análisis reside en el cuestionamiento que implícitamente se formula a la regla del donante muerto. Este cuestionamiento puede ser criticado no sólo desde un punto de vista de una ética deontologista, conforme el criterio seguido en el presente trabajo, sino que existen razones de orden consecuencialista que nos permiten apreciar la importancia de la defensa de esta regla. El criterio del donante muerto es central para la defensa de la confianza pública en los procesos de donación y trasplante de órganos. Si se aceptara que los órganos pueden ser ablacionados de personas sobre las cuales no contamos con certeza sobre el acaecimiento de su muerte, podría generarse la preocupación y la sospecha por parte de los potenciales donantes sobre la posibilidad de no recibir los tratamientos adecuados cuando se encontraran en estado crítico. Esta sospecha puede redundar en forma negativa en la cantidad total de donantes de órganos. (38)

A modo de conclusión, consideramos prudente señalar que en una materia tan sensible, en la que se pone en juego la dignidad de la persona y el valor supremo de la vida humana, corresponde no aferrarse a concepciones dogmáticas, obrar con la máxima prudencia y diligencia, y con un pleno y acabado conocimiento de la legislación vigente, sus antecedentes y el estado actual del debate sobre la cuestión, tanto en el ámbito jurídico, como ético, filosófico y científico.

IV. Bibliografía

- BEECHER, H. K. and Harvard ad hoc Committee, "A definition of irreversible coma: Report of the ad hoc committee of the Harvard Medical School to examine de definition of brain death" *Journal of the American Medical Association* 205:337-40, 1968.

- BERGOGLIO DE BROKER DE KONING, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión". *Suplemento Diario de ED*, 6368, 21/11/85.

- BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "La muerte y los trasplantes de órganos", *LLC*, 1984-230.

- BERNAT, James L., "The Boundaries of Organ Donation alter Circulatory Death", *New England Journal of Medicine*, 359, 7, 2008, p. 669.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el trasplante cadavérico de órganos (Según la nueva ley 24.193)." *LA LEY* 1994-E, 1338

- DESIMONE, Guillermo Pablo, "El concepto de muerte en la ley de trasplantes de órganos y el delito de homicidio", *LA LEY* 1994-E, 952.

- HALEVY A. y BRODY, B. A. "Brain Death: Reconciling definitions, criteria and tests." *Annals of Internal Medicine* 119:519-25, 1993.

- ILTIS, Anna Smith, CHERRY, Mark J., "Death revisited: rethinking death and the death donor rule", *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 35, 3, 2010, pp. 223-241.

- JUAN PABLO II, Discurso Del Santo Padre con ocasión del XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes, N° 4, 29 de agosto de 2000.

- MENIKOFF, J., "The importance of being dead: Non-heart-beating organ donation". *Issues in Law & Medicine* 18:3-20. 2002.

- MUÑIZ, Carlos, "Fin de la Existencia de las Personas Físicas", en Limodio, Gabriel (ed), *Principios de Derecho Privado*, Educa, 2009.

- Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, *Carta de los agentes sanitarios*, n° 128, Ciudad del Vaticano, 1995.

- Presidenza del Consiglio dei Ministri. Comitato Nazionale per la Bioetica. "I criteri di accertamento della Morte", 24 de Junio de 2010. Algunas conclusiones de la presente sección, ya fueron presentadas en:

- TOBÍAS, José W., *Fin de la existencia de las personas físicas*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

- TRUOG, Robert D. y MILLER, Franklin G., "The Death Donor Rule and Organ Transplantation" *New England Journal of Medicine*, 359, 7, 2008.

- VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Muerte Real y Muerte Clínica", *LA LEY*, 1980-C, 1066.

(1) "La causalidad natural y otra muy distinta la relación de causalidad limitada por parámetros normativos a lo que hace referencia la dogmática jurídico penal. En la causalidad natural se comienza con la teoría de la

condictio sine quanon pero a esta se la limita para poder saber como dice Soler no sólo cuando una persona ha causado un resultado sino y esto es lo relevante si se le puede atribuir, imputar el mismo."

(2) "C.C. no puede ser una persona viva (en estado terminal o no, esto ni el propio Nanfaro lo sabe) y estar muerta al mismo tiempo, por más que su electroencefalograma le dé línea plana, pues los otros signos de vida continuaban estando presentes en ella, su corazón funcionaba, sus riñones, etc.. Es más, el propio Dr. Nanfaro dijo que se necesitan los órganos sanos y que el órgano no se puede transplantar de un muerto salvo el riñón y la córnea. Fue claro que si no hubiera intervenido el INCUCAI por la ley con la autorización de sus familiares estaría con vida." (...) "Es una contradictio in terminis sostener que está muerta y que de no ser donante se la debe hacer asistencia mecánica necesaria para mantenerla con vida. No puede estar viva o muerta una persona porque desde una norma especial para la ablación se toma el concepto de muerte cerebral para justificarla."

(3) "El consentimiento para la ablación si lo hubiera dado C. antes operaría como concausa preexistente y en este caso que lo dieron sus familiares estamos en presencia de una concausa sobreviniente." (...) "Es claro que tanto para el caso de que la víctima hubiera dado su consentimiento para la ablación como para el caso de que, como ocurrió en estos obrados sean los familiares de ella los que autorizaron cuando C.C. se encontraba internada en el Hospital, son causas independientes al accionar del imputado." (...) "El señor Fiscal concluye que la muerte cerebral es muerte producto de la lesión en el cerebro que le produjo el imputado, olvidándose de la condición impuesta por los familiares de la víctima y los médicos del INCUCAI que ablacionan los órganos, en este estadio de la relación de causalidad que es objetiva, no interesa si obraron o no justificadamente, esto se analiza en otra categoría, la de la antijuricidad. Pero no podemos obviar desde la causalidad, la intervención de terceras personas distintas al imputado que dominan el curso causal con sus respectivas acciones."

(4) "Entiendo que el donante por su propia voluntad al expresar su intención de donar se coloca en una situación vulnerable respecto de quien no decida donar sus órganos."

(5) "El Juez debe considerar la situación del agente o el nivel intelectual de éste, ya que como se dijo, el conocimiento es la llave de la capacidad causal y es así que se concluye con la enunciación de tres reglas: a) las relaciones que por nadie eran conocidas cuando la acción tuvo lugar, quedan excluidas de la acción, aun cuando sean causas (el imputado no podía saber lo que pasaría luego en el Hospital Central, esto es que los parientes de C. darían su consentimiento para la ablación de órganos y que intervendría para ello el INCUCAI). b) las relaciones conocidas para una categoría de personas, constituyen acción para esa categoría, pero no para la generalidad (fueron autores sus familiares y los médicos del INCUCAI de la ablación, claro que justificado por hacerlo en el marco de la ley, luego ampliare este punto con aportes doctrinarios de Boumpadre, Teran Lomas y Viñas) y c) las relaciones solo conocidas por el imputado son acción para éste" (ver Fierro fs. 277, 278, con nota 86), No está probado en esta causa que el imputado tuviera el conocimiento de que su novia fuera donante de órganos y que tomara esto en cuenta al actuar, como para ser causa de la ablación que es la que produce la muerte real de la víctima como luego lo desarrollaré; Muerte Justificada pero muerte al fin".

(6) "los únicos justificados para realizar la ablación que es una acción típica de homicidio son los médicos del equipo quirúrgico del INCUCAI, puesto que lo hacen conforme la ley 24.193, (actualizada por las leyes 26.066 y 25.281) (Adla, LXVI-A, 9; LX-D, 4089), el art. 3 de esa ley es claro: "los actos médicos referidos a transplantes contemplados en esta ley, sólo podrán ser realizados por médicos o equipos médicos registrados y habilitados por ante la respectiva autoridad de contralor jurisdiccional, por su parte el art. 27 de la ley es claro al disponer que queda prohibida todo tipo de ablación cuando la misma pretenda practicarse: a) sin que se haya dado cumplimiento a los requisitos y previsiones de la ley. Esto habla a las claras que estamos en el ámbito de la justificación, justificación que tiene por efecto anular el indicio de antijuricidad que implica el tipo penal; acá juega el principio de la regla excepción, los tipos penales implican antijuricidad salvo causas de justificación, es el famoso ratio conosciendi o escendi para otros de la antijuricidad. Lo único que justifica la muerte de C.C. es la ley de transplantes y ablación de órganos."

(7) "La ley de transplantes y ablación de órganos la considera muerta, pero al solo efecto de esa ley, pero no caben dudas que mientras le quede alguna función vital por precaria que sea aún se encuentra con vida. Una cosa es que la ley "considere" muerta a una persona y otra muy distinta es que lo esté en realidad. Para el Derecho Penal debe primar el concepto de muerte real y no de muerte presunta basada en consideraciones médicas legales para poder ablacionar los órganos."

(8) TOBÍAS, José W., Fin de la existencia de las personas físicas, Astrea, Buenos Aires, 1988, n° 3, p. 7.

(9) Como ejemplo de las discusiones sobre este tema ver BERNAT, James L., "The Boundaries of Organ Donation alter Circulatory Death", New England Journal of Medicine, 359, 7, 2008, p. 669.

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el transplante cadavérico de órganos (Según la nueva ley 24.193)." LA LEY, 1994-E, 1338.

(11) Ver premisas de MANTOVANI, citado por TOBÍAS, José W. op. cit., pp. 14 y 15. Ver también JUAN PABLO II, Discurso Del Santo Padre con ocasión del XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes, N° 4, 29 de agosto de 2000.

(12) Como ejemplo de los riesgos que implica dejar la cuestión librada a la exclusiva definición por parte de las ciencias médicas, en ausencia de otros criterios, vemos que la cuestión no es puramente teórica, y algunos autores proponen modificar la definición de muerte sobre la base de consideraciones eficientistas, e incluso cuestionan la regla del donante muerto, con el fin de maximizar la cantidad de trasplantes de órganos. Ej. TRUOG, Robert D. y MILLER, Franklin G., "The Death Donor Rule and Organ Transplantation" *New England Journal of Medicine*, 359, 7, 2008, p. 674. Entendemos que por las razones expuestas en este trabajo, y defendiendo el valor intrínseco de la vida humana, estas consideraciones no son éticamente aceptables.

(13) Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, Carta de los agentes sanitarios, n° 128, Ciudad del Vaticano, 1995.

(14) Para un relevamiento completo y actualizado de la temática ver ILTIS, Anna Smith, CHERRY, Mark J., "Death revisited: rethinking death and the death donor rule", *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol 35, 3, 2010, pp. 223-241 y Presidenza del Consiglio dei Ministri. Comitato Nazionale per la Bioetica. "I criteri di accertamento della Morte", 24 de Junio de 2010. Algunas conclusiones de la presente sección, ya fueron presentadas en MUÑIZ, Carlos, "Fin de la Existencia de las Personas", en Limodio, Gabriel (ed), *Principios de Derecho Privado*, Educa, 2009.

(15) BONNET, Emilio F. P., *Lecciones de medicina legal*, Buenos Aires, 1975, p. 90. citado por VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Muerte Real y Muerte Clínica", *LA LEY*, 1980-C, 1066.

(16) University of Pittsburg Medical Center. Policy and Procedure Manual: Management of Terminally Ill Patients who may become Organ Donors after Death. *Kennedy Institute of Ethics Journal* 3:A1-A15. Citado por ILTIS y CHERRY, op. cit.

(17) Para la discusión sobre este tema ver *The New England Journal of Medicine*, volumen 359, n° 7, 2008.

(18) TOBÍAS, José W., op. cit., n° 8, p. 17.

(19) HALEVY, A. y BRODY, B. A. "Brain Death: Reconciling definitions, criteria and tests." *Annals of Internal Medicine* 119:519-25, 1993.

(20) BEECHER, H. K. and Harvard ad hoc Committee "A definition of irreversible coma: Report of the ad hoc committee of the Harvard Medical School to examine de definition of brain death" *Journal of the American Medical Association* 205:337-40, 1968.

(21) "An individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including brain stem, is dead. A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards."

(22) Cfr. ILTIS and CHERRY op. cit., con excepciones de objeción de conciencia por motivos religiosos para los estados de New York y New Jersey.

(23) TOBIAS, José W, op. cit., n° 8, p. 19.

(24) Por razones consecuencialistas, que entendemos no aceptables en esta materia, sobre la base de que este criterio permitiría un mayor número de órganos vitales se han pronunciado a favor de redefinir la muerte sobre la base del criterio de muerte cortical o "higher brain death" TRUOG y FACKLER, "Rethinking Brain Death" *Critical Care Medicine* 20:1705-13, 1992, citado por ILTIS and CHERRY op. cit.

(25) Por ejemplo, Juan Pablo II ha sostenido que "la cesación total e irreversible de toda actividad cerebral, si se aplica escrupulosamente, no parece en conflicto con los elementos esenciales de una correcta concepción antropológica. En consecuencia, el agente sanitario que tenga la responsabilidad profesional de esa certificación puede basarse en ese criterio para llegar, en cada caso, a aquel grado de seguridad en el juicio ético que la doctrina moral califica con el término de "certeza moral". Esta certeza moral es necesaria y suficiente para poder actuar de manera éticamente correcta. Así pues, sólo cuando exista esa certeza será moralmente legítimo iniciar los procedimientos técnicos necesarios para la extracción de los órganos para el trasplante, con el previo consentimiento informado del donante o de sus representantes legítimos" op. cit.

(26) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, op. cit. "Si la ablación del órgano que ha de ser implantando en el cuerpo de un ser vivo, solamente puede practicarse después de haber cesado la vida del donante, es obvio que el problema de determinar el momento de la muerte de éste es fundamental, pues de otra forma la extirpación del

órgano vital de un ser aún con vida sería la causa inmediata de su deceso, con las consiguientes responsabilidades civiles y penales del médico cirujano que ejecuta ese acto el cual resulta así verdaderamente homicida."

(27) VIDAL TAQUINI, "Muerte Real y Muerte Clínica", LA LEY, 1980-C, 1066.

(28) YUNGANO, Arturo R., "La ley de 21.541 de trasplantes de órganos humanos", Buenos Aires, 1979, citado por TOBIÁS, José W, op. cit., n° 12, p. 28.

(29) TOBIÁS, José W, op. cit., n° 12, p. 28.

(30) Decreto 3011/77 (Adla, XXXVII-D, 3851).

(31) DESIMONE, Guillermo Pablo, "El concepto de muerte en la ley de trasplantes de órganos y el delito de homicidio", LA LEY, 1994-E, 952.

(32) TOBIÁS, op. cit.; DESIMONE, op. cit.; BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "La muerte y los trasplantes de órganos", LLC, 1984-230.

(33) ILTIS and CHERRY op. cit.

(34) VIDAL TAQUINI, op. cit.

(35) Investigación periodística del Diario Clarín del día 20/10/91 sobre el caso, publicada en la 1 y ss. de la Segunda Sección. Cit. por DESIMONE, op. cit.

(36) BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, op. cit.. BERGOGLIO DE BROKER DE KONING, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión". Suplemento Diario de ED, 6368 de 21/11/85.

(37) DESIMONE, op. cit.

(38) MENIKOFF, J., "The importance of being dead: Non-heart-beating organ donation". Issues in Law & Medicine 18:3-20., 2002.