

**Muñiz, Carlos**

*Fin de la existencia de las personas*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Muñiz, C. (2012). Fin de la existencia de las personas [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fin-existencia-personas-muniz.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

## FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

CARLOS MUÑIZ

### 1. El momento del fin de la existencia

El fin de la existencia de las personas físicas se produce en el momento de la muerte. La muerte es “una descomposición, una disolución, una ruptura” y “sobreviene cuando el principio espiritual que preside a la unidad de la persona no puede ejercitar más sus funciones sobre el organismo y en el organismo cuyos elementos, dejados a sí mismos, se disocian”.<sup>1</sup> El instante preciso de la muerte biológica se produce en el misterio, en el contexto de un proceso de degradación que tiene lugar desde el momento en el que una persona cuenta con todas sus funciones vitales, hasta la muerte de la última célula viva de su organismo. No obstante, aun cuando no se pueda establecer hasta las últimas consecuencias cuál es el momento exacto de la muerte de una persona determinada, una vez producida la misma, es posible a través de distintos modos de comprobación distinguir entre vivos y muertos.

La muerte marca el fin de la vida de la persona humana, y junto con ella el fin de su existencia como sujeto de derecho. Esta realidad innegable justifica el texto del artículo 93 del proyecto que establece que “La existencia de la persona humana termina por su muerte”. Con relación al artículo 103 del Código vigente, podemos señalar que se eliminan las referencias a la “muerte natural” como opuesta a la institución de la “muerte civil” por considerarlas anacrónicas. Todo esto se deriva del principio por el cual el ordenamiento jurídico asigna la categoría jurídica de persona a todo ser humano por el solo hecho de serlo. Por lo tanto, la muerte, al producir el fin de la vida física, provoca al mismo tiempo la finalización de los efectos de la personalidad que asigna el ordenamiento jurídico.

El artículo del proyecto, siguiendo a su antecedente se limita a fijar el momento del fin de la existencia de las personas en el momento de su muerte natural, sin establecer en concreto las condiciones que deben valorarse para que una persona sea tenida por muerta. El problema jurídico que en realidad se presenta no consiste en realidad en determinar el momento preciso de la muerte, sino en establecer genéricamente su concepto y los medios válidos para su comprobación.

Como consecuencia de los problemas presentados, se plantea la necesidad de que el ordenamiento jurídico establezca en forma precisa cuál es el momento único que se considerará como el momento de la muerte del ser humano y la consecuente extinción de la persona. No obstante, el pasaje de un ser humano, desde el momento en que se encuentra desarrollando en forma autónoma sus funciones vitales, hasta el momento en el cual perece la última de sus células, se da como un proceso

1. PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS, *Carta de los agentes sanitarios*, n° 128, Ciudad del Vaticano, 1995.

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”<sup>2</sup> 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. Sin embargo, resta establecer en qué etapa del proceso se entenderá que la persona ha dejado de existir. El problema no solo involucra 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.

Antes de avanzar con las consideraciones sobre los medios de comprobación del hecho de la muerte, corresponde presentar ciertos criterios que se entiende deben estar comprendidos en la noción jurídica de dicho hecho. En este sentido, entendemos que estos criterios son:

1. El concepto de muerte debe ser único. No es posible considerar a una persona como viva a unos efectos y como muerta a otros.
2. Debe excluirse en la definición de muerte criterios que respondan a una concepción “médico-utilitarista” que defina la muerte con un criterio eficientista con el objetivo de “maximizar” la cantidad de trasplantes de órganos. Ante estas consideraciones corresponde anteponer una restricción deontológica, aun cuando el resultado fuera que no es ético realizar trasplantes de órganos.
3. Los métodos que deben establecerse para la determinación de la muerte deben otorgar certeza sobre el hecho y no solamente un cálculo de probabilidad sobre la misma, por más alta que dicha probabilidad sea.
4. Considerando las actuales técnicas de reanimación existentes, no debe considerarse como muerte el cese de las funciones vitales sino solo en el caso que este cese fuera irreversible.

Estas pautas tienen sentido si consideramos que a la hora de establecer el concepto de muerte, si bien aceptamos que consiste en un hecho biológico, su determinación no puede ser entendida como un ámbito que el Derecho deba dejar librado a un criterio únicamente médico<sup>3</sup>, aun cuando sin lugar a dudas la constatación e interpretación de los signos de la muerte sean una incumbencia de esa disciplina<sup>4</sup>. Es decir, estos son los criterios que, al tratarse la muerte de un concepto que involucra valores elementales filosóficos, éticos y jurídicos, deben ser el mínimo que desde una perspectiva integral de la persona humana deben ser requeridos a la ciencia médica para la definición de la muerte y para el establecimiento de procedimientos válidos para su determinación.

## 2. Comprobación del hecho de la muerte

El artículo 94 del proyecto se ocupa del problema estableciendo que *“La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver.”* Por los motivos expresados en el punto anterior, se entiende positiva la diferenciación entre el concepto e instante mismo de la muerte, que es metajurídico y

2. TOBIAS, José W., *Fin de la existencia de las personas físicas*, Astrea, Buenos Aires, 1988, n° 3, p. 7.

3. JUAN PABLO II, op. cit.: “Al respecto, conviene recordar que *existe una sola “muerte de la persona”*, que consiste en la total desintegración de ese conjunto unitario e integrado que es la persona misma, como consecuencia de la separación del principio vital, o alma, de la realidad corporal de la persona. La muerte de la persona, entendida en este sentido primario, es un acontecimiento que *ninguna técnica científica o método empírico puede identificar directamente.*”

4. PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS, op. cit., n° 128.

transversal a distintas disciplinas, y el establecimiento de criterios de comprobación de que el hecho de la muerte ha acaecido en un caso concreto.

Para la comprobación del hecho de la muerte, una vez establecidos los parámetros morales, jurídicos y científicos comprendidos en el concepto, debe recurrirse inexorablemente a las ciencias médicas, para su comprobación. En forma previa al desarrollo de las técnicas modernas de transplantes de órganos, la determinación del momento en que se producía la muerte planteaba preocupación en los casos de “muerte aparente”. Por tal motivo 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<sup>5</sup>. Sin embargo, 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.

Cabe aclarar que los distintos criterios de comprobación no son entre sí excluyentes. Partiendo de la base de que hay un único concepto de muerte, no puede excluirse la posibilidad de que el mismo hecho pueda ser comprobado a través de distintos medios, los cuales dependerán de las circunstancias fácticas, y las necesidades concretas planteadas al momento de la determinación.

### *Criterios médicos para la comprobación de la muerte*<sup>6</sup>.

#### 1. Criterio tradicional.

Conforme la noción tradicional el hecho de la muerte se comprueba frente al 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 viscerotisular con pérdida de las relaciones sujeto-mundo circundante y de la condición de ente humano de existencia visible.”<sup>7</sup>

Sobre la base del criterio tradicional, recientemente se ha generado cierta polémica a partir de la aparición de una moderna técnica de transplantes, conocida como *nonheart beating organ donation* (NHBD) o *donation alter cardiac death* (DCD) o protocolo de Pittsburg<sup>8</sup>. Este parámetro de comprobación implica declarar a la persona muerta cuando se reúne la condición tradicional de un paro cardiorrespiratorio 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 criterio. No obstante, corresponde señalar que es objeto de serios cuestionamientos en virtud de la falta de certezas sobre el acaecimiento de la muerte real sobre la base de las pautas establecidas en la primera parte de este análisis, ante la ausencia de evidencia del cese de las funciones

5. Ver ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, p. 397, París, 1869, citado por VIDAL TAQUINI, Carlos H, *Muerte Real y Muerte Natural*, LL, 1980-C-1066.

6. 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, págs. 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 ideas 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 y en MUÑIZ, Carlos, “El derecho frente al momento de la muerte”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 2, n° 11, La Ley, diciembre 2010, págs. 280 a 290.

7. BONNET, Emilio F. P., *Lecciones de medicina legal*, Buenos Aires, 1975, p. 90. citado por VIDAL TAQUINI, Carlos H. “*Muerte real y muerte clínica*”, LL 1980-C-1066.

8. 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.

encefálicas. Existen 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 cardiorrespiratorio (DNR)<sup>9</sup> 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.

## 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 pauta tradicional constituye una forma inadecuada de determinación de la muerte.<sup>10</sup> 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 cardiorrespiratorias? y ¿cuándo pueden ser ablacionados los órganos para trasplantes?<sup>11</sup> 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, que implica el cese total e irreversible de toda actividad cerebral, comprendiendo los centros superiores e inferiores. Esto implica que no solo 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<sup>12</sup>, recogido en Estados Unidos por la *Uniform Determination of Death Act* (1981)<sup>13</sup>, 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.<sup>14</sup> 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 aun cuando se ha producido un daño irreversible de los centros corticales y subcorticales que regulan la vida intelec-

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

10. TOBIAS, José W., op. cit., n° 8, p. 17.

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

12. 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.

13. “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.”

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

tual y sensitiva. Se desecha el criterio de muerte cortical como medio válido de comprobación dado que se entiende incompatible con la noción de muerte la continuidad del funcionamiento autónomo de las funciones vegetativas<sup>15</sup>, considerando que la existencia de vida humana no se caracteriza únicamente por la continuidad de las funciones superiores del encéfalo<sup>16</sup>.

En consecuencia, el criterio de muerte cerebral o encefálica puede ser considerado un método válido de determinación del hecho de la muerte, y se diferencia del simple cese de las funciones cerebrales o corticales cuando subsiste el funcionamiento autónomo de las funciones vegetativas. 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, puede razonablemente entenderse a la luz de los avances de las ciencias médicas que la muerte real de la persona ya se ha producido. Este criterio, no solo 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<sup>17</sup>.

### *Criterio de la legislación sobre transplantes de órganos*

Dado que el proyecto remite a la legislación especial para el caso de la ablación de órganos para transplante, corresponde mencionar cual es el criterio actualmente adoptado por dicha legislación. En tal sentido, la ley 24.193 que actualmente rige la materia (con las modificaciones establecidas por las leyes 26.066 y 25.281) adopta para como principio para la comprobación del momento de la muerte a los fines de transplante el criterio de muerte encefálica, 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 Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).*

*La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardio-respiratorio total e irreversible.”*

### *Conmorcencia*

15. TOBIAS, José W, op. cit., n° 8, p. 19.

16. 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.

17. 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, solo 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.

El problema generado por del fallecimiento de dos o más personas sin que pueda determinarse cuál de ellas murió primero, es resuelto en el proyecto en el artículo 95, que reitera la regla del actual artículo 109 simplificando su redacción y estableciendo que “*Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario*”

### 3. Prueba de la muerte

El proyecto trata en forma unificada la cuestión sobre la prueba del nacimiento, la muerte y de la edad en los artículos 96 a 99. En tal sentido, podemos decir que el fallecimiento de una persona en la república se prueba con las partidas del Registro Civil (art. 96), siguiendo la actual regla que surge del artículo 104 1ª parte del código de Vélez.

Por su parte, el artículo 97 replica la regla del 2º párrafo del actual artículo 104, por la cual los fallecimientos ocurridos en el extranjero se prueban por los instrumentos otorgados de conformidad con las leyes del lugar donde se producen. El proyecto prevé que los mismos deben estar legalizados por vía consular o por medios especiales que resulten de tratados internacionales. Asimismo, se incorpora un último párrafo que establece que “Los certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos son suficientes para [...] acreditar la muerte de los ciudadanos argentinos.

Con relación a los medios de prueba supletorios del fallecimiento ante la falta de asiento o registro, el tema es tratado por el artículo 98 del proyecto, que en líneas generales recoge las pautas del actual artículo 108. Como novedad podemos afirmar que a tal fin puede recurrirse a cualquier medio de prueba, sin que esta se encuentre limitada a la testimonial o documental.

Finalmente, el proyecto elimina acertadamente las normas especiales contenidas en los actuales artículos 105 a 107, dado que las mismas resultan anacrónicas, y cuando no estuvieran derogadas tácitamente (tal el caso del art. 106), en la práctica se encuentran reducidas a raros casos, que bien pueden ser resueltos a través de los medios de prueba supletoria.

### 4. Simple ausencia y fallecimiento presunto

Los regímenes de simple ausencia y fallecimiento presunto son tratados en el proyecto en los artículos 79 a 84 y 85 a 95 respectivamente. No se observan innovaciones significativas con relación al actual sistema regulado en los artículos 15 a 32 de la ley 14.394.

En tal sentido, con respecto al régimen de simple ausencia, podemos señalar que a diferencia del régimen anterior que establecía pautas especiales a los fines de la designación de curadores del ausente, el proyecto remite en el artículo 83 a las reglas generales para el discernimiento de la curatela. Por otra parte, establece los actos que puede realizar el curador, estableciendo que “*solo puede realizar los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes. Todo acto que exceda la administración ordinaria debe ser autorizado por el juez; la autorización debe ser otorgada solo en caso de necesidad evidente e impostergradable.*” Asimismo, agrega que “*Los frutos de los bienes administrados deben ser utilizados para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente*”. Por nuestra parte entendemos que más allá de este último agregado, en función de la propia finalidad de la institución, en primer término los frutos de dichos bienes deben destinarse a los gastos necesarios para la conservación de los mismos, y eventualmente el destino indicado podrá darse al saldo restante.

En cuanto respecta al régimen de fallecimiento presunto, tampoco se observan novedades importantes. Simplemente se eliminan los actuales párrafos 2º y 3º del actual artículo 29 de la ley 14.394, remitiendo de esta forma en el supuesto de reaparición del ausente a los criterios generales en materia sucesoria y sobre posesión de buena o mala fe. Asimismo, se elimina la diferencia de efectos

entre la muerte y el fallecimiento presunto en materia matrimonial: la declaración de fallecimiento presunto produce los mismos efectos que la muerte, desde la fecha presuntiva de fallecimiento, extinguiéndose desde esa fecha el vínculo matrimonial (art. 435 inc. b<sup>18</sup>) y la sociedad conyugal (arts. 475 inc. a y 476).

Como comentario final, corresponde señalar que sorprende la ausencia en el proyecto de remisiones a la legislación especial sobre desaparición forzada de personas (Ley 24.321)

18. Dicho artículo establece que “*El matrimonio se disuelve por: [...] b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento*”. Se entiende que se trata de un error, dado que debió decir “sentencia firme de fallecimiento presunto”.