

Especialización en Medicina Legal

Trabajo Final de Especialización

Autora: Liz Fols

NATURALEZA JURÍDICA DEL CADAVER

2013

Citar como: Fols, L. (2013). Naturaleza Jurídica del cadaver. [Trabajo Final de Especialización, Universidad ISALUD]. RID ISALUD.

Índice:

INTRODUCCION	4
OBJETIVOS	5
EL CADAVER	6
DISPOSICION CADAVERICA.	10
1. Derechos sobre el propio cuerpo.	10
EL CADAVER Y LOS DERECHOS REALES.....	15
MUERTE CEREBRAL O ENCEFÁLICA.....	16
MUERTE SUBITA.	18
MUERTE APARENTE.....	21
IV. DETERMINACION DE LA MUERTE. CERTIFICACION DE LA MUERTE ANTE LA LEY DE TRANSPLANTES (art. 21 de la Reglamentación de la Ley 21541) OBJECIONES MEDICO LEGALES	23
CONCLUSIONES.....	32

INTRODUCCION:

Elegí este tema porque me pareció interesante de abordar, investigando cuales son las disposiciones sobre un cadáver, que está amparado y que no, en nuestra legislación actualmente.

Además quise abarcar, dentro de este tema, lo establecido en el trasplante de órganos, ya que es un tema muy debatido, y al investigar y profundizar sobre el mismo quise también afianzar conceptos que fueron dados en la cursada de esta especialización.

De este tema, “Naturaleza jurídica del cadáver”, surgieron temas tan controvertidos como Concepto de Muerte, si el cadáver se considera una cosa o no; que métodos diagnósticos llevan a la certificación de la muerte en un paciente hospitalizado con lesiones neurológicas irreversibles, etc. Como fueron cambiando los conceptos antes mencionados con el transcurrir del tiempo y los avances de la tecnología.

Es un tema muy abarcativo, apasionante y clave en el ejercicio de la Medicina Legal, que seguiré profundizando en el desarrollo de esta especialidad.

OBJETIVOS

- Conocer son los derechos lícitos e ilícitos que se pueden ejercer sobre el cadáver y que alcances tienen los mismos.
- Dilucidar si el cadáver, se trata de una cosa, de una persona o ni de una ni de otra de estas naturalezas. Qué dice la ley al respecto.
- Entender el concepto de muerte, desde el punto de vista medicolegal, y que dice nuestra legislación al respecto.
- Saber que tiene en cuenta la legislación argentina para determinar la muerte en un paciente crítico.
- Conocer que leyes y artículos contemplan este tema.
- En la donación de órganos, saber que se tiene en cuenta para desconectar a un paciente grave.
- Conocer cuáles son las maniobras diagnosticas para determinar el momento de la muerte.

EL CADAVER:

El cadáver es el cuerpo muerto, es decir que al morir el hombre se convierte en un objeto despojado de los atributos humanos, quedando solo una materia rígida, insensible, que se descompone hasta desaparecer. El cadáver humano, ya sea de hombre o de mujer, al perder la vida adquiere el derecho a descansar en paz. El destino del cadáver presenta alternativas no solo de leyes sino también de formas, pues puede ser enterrado en tierra, depositado en bóveda o cremado según dispongan sus familiares más allegados. También determinados tratos que reciben son penados por la ley, como por ejemplo, la profanación, la inhumación, el uso sexual de los cadáveres (necrofilia) y usarlo como alimento (necrofagia).

Desde antiguo se consideraba la muerte de una persona sobre la base del cese de las funciones respiratorias. El signo determinante de esa situación resultaba, como es obvio, de la falta de respiración, por lo cual el momento de la muerte se hacía coincidir con la exhalación del último suspiro.

Más adelante, con la profundización de los conocimientos, se considera que la muerte clínica se produce con el cese del latido cardíaco y, por tanto, con la cesación definitiva de la actividad cardiocirculatoria. Tal situación se establece por la cesación del pulso o de los latidos del corazón. En realidad, al menos desde principios del siglo pasado, el concepto de muerte se hacía coincidir con el cese de las tres funciones vitales: la respiratoria, la cardiocirculatoria y la nerviosa. Pero el cese de la función cardiocirculatoria indicaba (indirectamente) el cese de las otras dos: la interrupción del flujo sanguíneo, en efecto, determina en pocos minutos la destrucción definitiva e irreversible de los centros nerviosos. De ahí que con la acreditación directa del cese de la función cardiocirculatoria se tiene por comprobado, de una manera indirecta, el cese de las funciones nerviosas.

Las causas del replanteo de los criterios tradicionales en torno de la muerte clínica: con el advenimiento de las modernas técnicas de reanimación, se impone la necesidad de replantear los criterios tradicionales acerca del concepto de muerte. A través de ellas, es posible (en determinadas situaciones) restablecer y mantener las funciones vitales cuando éstas han cesado de una manera no irreversible, a resultas de lo cual (si no media el fracaso total del intento reanimatorio) es posible la reconstitución integral de las tres funciones vitales o, al menos, de las funciones respiratorias y cardiocirculatorias. En este último caso, el procedimiento de reanimación ha fracasado en el intento de restablecer las funciones nerviosas, que se encuentran irreversiblemente dañadas, pero ha restablecido, en cambio, las otras dos funciones, que continúan actuando, espontáneamente o en virtud de mecanismos artificiales. Se presenta, de ese modo, la "vida" a un nivel puramente vegetativo y, a veces, dependiente del artificio de la máquina.

A consecuencia de los avances científicos en esta materia se presenta, por tanto, una nueva y triste realidad: una irrevocable y definitiva extinción de la actividad cerebral (la extinción de una de las funciones vitales) con la simultánea persistencia artificial de la función cardiocirculatoria y respiratoria. Esto ha llevado inevitablemente a replantear el concepto de muerte que antaño se tenía por comprobada con el cese de la actividad del corazón. Se trata de saber, en suma, si ese estado de "vida", en un nivel puramente vegetativo y dependiente de la máquina, puede considerarse "vida humana" por la circunstancia de que subsistan las funciones respiratoria y circulatoria o, en otros términos, si es posible todavía continuar identificando la muerte con el cese de las tres funciones vitales.

Más recientemente, el advenimiento de la técnica de la ablación y trasplante de órganos humanos ha agudizado la necesidad de introducir nuevas precisiones en el concepto de muerte. Sucede que las garantías de éxito del trasplante están directamente vinculadas con la "vitalidad" del órgano a trasplantar y ello supone que la circulación haya sido eficiente en el período inmediatamente anterior a la ablación, en plazos que varían según sea el órgano a trasplantarse, lo cual se logra por medios mecánicos que mantiene artificialmente la función respiratoria y cardiocirculatoria hasta el momento de la ablación.

Se advierten, por tanto, los varios problemas jurídicos que las nuevas situaciones plantean:

Si puede tenerse por muerto a quien padece un daño encefálico irreversible, con subsistencia artificial de las funciones circulatoria y respiratoria, para posibilitar el trasplante, y por ende, si es lícito, en esas circunstancias, proceder a la ablación.

Si es lícito someter a reanimación a un sujeto irrecuperable en la integridad de sus tres funciones vitales o continuar las prácticas reanimatorias, cuando se establezca la imposibilidad de una recuperación plena de aquellas, al solo fin de mantener "vitales" los órganos a trasplantar.

Si es lícito suspender las prácticas que mantienen artificialmente las funciones vegetativas cuando se tiene la certeza de la irreversibilidad definitiva de los daños encefálicos.

Las respuestas, como se comprenderá, presuponen una previa determinación del concepto de muerte sino que debe tomar en cuenta la posibilidad del restablecimiento integral de ellas. Por tanto – conceptualmente – la muerte no puede coincidir con la que, desde un punto de vista biológico, se designa como "muerte" relativa; la noción de muerte surge, cuando el cese de las funciones es irreversible.

Para saber cuál es la naturaleza jurídica del cadáver, es necesario analizar el artículo 2311 del CC y su significado. El mismo establece que: "se llaman cosas en este código a los objetos materiales susceptibles de tener valor". Cuando el codificador habla de valor se refiere a que la cosa tiene que ser apreciable en dinero, es decir que debe tener un valor pecuniario. En este caso no se podría decir que el cadáver sería una cosa porque darle

apreciación monetaria iría en contra de la moral y las buenas costumbres. Para algunos se trata de un valor amplio que además del sentido económico se le debe dar una interpretación amplia que abarque una función social o humanitaria.

Las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del cadáver son:

1º) Teoría de las semi-personas y de la personalidad residual

Para Demogue los muertos pueden ser considerados semi-personas, por eso hay normas que protegen su memoria y que castigan las profanaciones de las tumbas.

Esta postura es fuertemente criticada ya que cae en una contradicción lógica al hablar de una semi-personalidad. La cuestión se plantea porque no puede existir una categoría intermedia que acepte la existencia de personas a medias, ya que se es persona o no.

Por otro lado Gierke sostiene que el cadáver es un resto de la personalidad, estando en este caso sujeto a la decisión de sus deudos. Kipp también está de acuerdo con esta postura porque para él esa personalidad residual es lo que permite que sus deudos pueden disponer de su cadáver para que el mismo tenga un entierro adecuado. En este caso se crearía un derecho de familia que es lo que permite la disposición del cadáver. Cifuentes opina que la muerte produce el fin de la existencia de las personas físicas, y que por eso no se podría hablar de un resto o residuo de la personalidad, cuya idea es abstracta. Agrega que cuando se protege la memoria y honor de los muertos se lo hace teniendo en cuenta a los parientes vivos y al conjunto de la sociedad, remarcando que esta teoría de la semi personalidad se contradice con el concepto de derechos personalísimos.

2º) Teoría de la res

Dentro de esta teoría se encuentran los doctrinarios que sostienen que el cadáver es una cosa o res, existiendo una controversia en si esa cosa tiene comercialidad relativa o bien está absolutamente fuera del comercio. Para Coviello el cadáver es una cosa en sentido jurídico y el derecho de disponer le corresponde al que algún día va a ser cadáver. Una vez producida la muerte va a tener una existencia impersonal pudiendo producir alguna utilidad industrial o científica, que puede ser a título gratuito u oneroso. Esta onerosidad a la que Coviello hace referencia es duramente criticada, sobre todo por la doctrina extranjera, porque parece inmoral y contrario a las buenas costumbres aceptar una comercialidad absoluta del cadáver. Un contrato de estas características tiene que considerarse nulo.

Dentro de esta teoría se encuentra la doctrina alemana encabezada por Oertman quien considera que el cadáver de una persona es cosa, pero que por motivos de moralidad pública son limitadas las relaciones jurídicas en que puede entrar como objeto. En la misma línea Enneccerus piensa que con la muerte de una persona el cuerpo se convierte en cosa, aunque no sea propiedad del heredero ni susceptible de apropiación.

Para De Cupis como la parte separada del cuerpo vivo es cosa, de la misma forma lo es el cadáver. Su teoría tiene fundamento en que con la muerte se produce un cambio completo en la sustancia y en la función del cuerpo entero, el cual es sólo un elemento de la persona. Por otro lado argumenta que con la muerte se extinguen todos los derechos que tenía esa persona, pero a pesar de ello la persona tiene un poder jurídico sobre el futuro cadáver.

En conclusión la mayoría de los doctrinarios acepta que se trata de una cosa pero no comerciable, aunque sobre el mismo se puedan ejercer cierto tipo de disposiciones gratuitas por parte de la persona antes de morir.

3º) Doctrina nacional

En principio los despojos mortales mientras que sean inhumados en forma natural no pueden considerarse cosa en los términos del art. 2311, porque como no son susceptibles de tener un valor económico no pueden ser objeto de derechos reales o personales. Por ello se dice que nadie puede tener un derecho de propiedad sobre un cadáver.

Esta también es la opinión del Dr. Tezanos Pinto quien al referirse al carácter jurídico decía que éste no podía pensarse como una cosa porque no tiene ese valor pecuniario al que hace referencia el art. 2311, y tampoco puede ser sujeto de derechos porque una vez extinguida la vida desaparece la aptitud psíquica y legal.

Elena Highton dice que el cadáver es cosa en el sentido físico, aunque no pueda ser considerada cosa en los términos legales - recordemos que el art 2.311 define a las cosas como " los objetos materiales susceptibles de tener un valor – y no se le puede aplicar el régimen legal de las cosas. Pero hay una excepción: el cadáver puede considerarse cosa cuando la finalidad inmediata es social o científica, entonces se le pueden atribuir derechos de propiedad. En estos casos no se trata de darle un valor pecuniario sino que su finalidad es científica o humanitaria. También sostiene que como el comercio jurídico puede ser gratuito, entonces los actos de donación de órganos implican que el cadáver o sus partes están en el comercio jurídico.

Por otro lado Orgaz afirma que el cadáver no es cosa, ya que no es susceptible de tener un valor económico o patrimonial, tal como hace referencia el art. 2311 del código civil. Por lo tanto el mismo no puede ser objeto de derechos reales o personales, ni siquiera si fueren por parte de los herederos o parientes. Pero en caso de que exista expresa voluntad del difunto o disposición de la autoridad pública, el cadáver puede ser entregado a algún instituto con fines de estudio o de enseñanza. En estos casos excepcionales el cadáver es considerado como una cosa y puede ser objeto de actos jurídicos.

Anahí Malicki entiende que sólo los hombres tienen el carácter de personas físicas, siendo estas últimas " todo ente susceptible de tener signos característicos de humanidad ", los cuales se pierden una vez ocurrida la muerte de la persona. Por ello si no hay un ser

humano, no hay persona física, y no existe un sujeto de derechos, por lo tanto el cadáver no es una persona.

Malicki a través del análisis de las diferentes teorías arriba a las siguientes conclusiones:

- Teniendo en cuenta los principios de la iglesia y el sentido religioso que se le da a los despojos mortales, basados en el dogma de la reencarnación de las almas no se puede considerar al cadáver como una cosa susceptible de tener un valor pecuniario. A esta teoría adhirió la doctrina al sostener que los cadáveres sólo pueden ser objeto de sentimientos de piedad o un culto religioso.

Para hablar de la naturaleza jurídica del cadáver también hay que hacer referencia a los adelantos de la ciencia y la técnica, que permitieron que los cadáveres o bien sólo partes de los mismos, puedan utilizarse con fines de estudio o de investigación, o que ciertos órganos de personas muertas sean cedidos para realizar transplantes. Cuando se trata de momias, esqueletos, cráneos o cadáveres abandonados su venta es lícita, siempre y cuando se tenga como finalidad tareas de investigación o estudio.

DISPOSICION CADAVERICA.

1. Derechos sobre el propio cuerpo.

Cuando el cuerpo es cadáver la persona que vivió en él ya no es persona, por lo tanto una vez producida la extinción ya no subsisten ni derechos ni pretensiones, por ello podría decirse que no es lógico hablar de "derechos o disposiciones sobre el propio cuerpo". Con la muerte ya deja de tener utilidad para el hombre todos aquellos bienes de los que disponía mientras tenía vida. En algunas civilizaciones muy antiguas cuando una persona moría algunos de sus bienes acompañaban al difunto a su sepultura: manjares, vestidos, joyas, la esposa o el esclavo, sacrificándose a estos últimos. Su concepción era que el muerto tenía servirse de todo aquello que le fue útil mientras él vivía. Esta era una forma de pensar en una vida futura y era propio de las civilizaciones más antiguas. En el derecho romano ya se había prohibido enterrar junto con el cadáver adornos y objetos de valor, ya que consideraba que éstos elementos no le sobraban a la humanidad como para dejarlos con los despojos mortales, "sin razón suficiente".

Taparelli sostiene que es un derecho y un deber social proteger a los difuntos con la sepultura. Sus fundamentos son los siguientes:

- 1) El hombre no puede dejar de respetar en otros la imagen que puso de Sí en todo hombre la mano de Dios.
- 2) La inmortalidad del alma hace respetable el cuerpo que contiene la misma.

3) Por la resurrección prometida al hombre por la bondad divina.

Para Borrel Macia A. "el destino del cadáver es retornar a la tierra de la que viene, hasta que por gracia divina vuelva a reunirse con el alma, el día de la resurrección de la carne y alcanzar una vida definitiva e inmortal". La sepultura de los difuntos tiene lugar como consecuencia de la salud pública y del horror que produce ver a los seres queridos corrompidos. Incluso en los textos literarios antiguos se reflejaba este tema a que los restos mortales de un ser que había vivido quedara sin sepultura. (La Iliada) Así, Fustel de Coulanges en su obra *La Ciudad Antigua* sostenía que en las ciudades antiguas la ley privaba de sepultura a los criminales. Ulpiano decía que no se les daba sepultura si no lo pedían, pero a veces cuando se pedía la misma era denegada, especialmente cuando se trataba de delitos de lesa majestad. Otro autor, Papini, en su obra *Vida de Cristo* describe cómo en los tiempos antiguos los cadáveres permanecían en la cruz hasta su descomposición; pero en los tiempos de Augusto el cadáver se entregaba a los amigos o a los parientes.

Pero en vida la persona tiene el derecho de determinar lo que quiere que se haga con su cuerpo una vez producida su muerte.

Una persona puede disponer de su cuerpo de la siguiente forma:

- Donar el mismo a instituciones con fines científicos o de estudio
- Disponer la extracción de algún órgano o varios para que se realicen transplantes
- Disponer de las formas de sus exequias
- Disponer la forma de inhumar sus restos

En este caso la persona está ejerciendo un poder jurídico en vida para después de su muerte. Cualquiera sea la voluntad que haya expresado la persona antes de morir va a tener que cumplirse a menos que la misma sea contraria a la moral y las buenas costumbres. El orden jurídico siempre debe consagrar esta voluntad con validez y eficacia. Esa validez se reconoce a través de los testamentos los cuales contienen la voluntad del difunto. El testador puede disponer del cadáver de la forma indicada o bien puede hacerlo el albacea. No se trata de la voluntad de un cadáver sino de la voluntad de una persona que en el ejercicio de su derecho da una disposición de última voluntad que sólo tiene efectos después de muerta la persona. El respeto de esta voluntad está supeditado a su contenido, fines y fundamentos, siempre y cuando los mismos no sean contrarios a la moral y las buenas costumbres. Para que esta expresión de voluntad tenga fuerza legal no es requisito indispensable que la misma se realice en forma testamentaria.

En la doctrina nacional el Dr. Tezanos Pinto sostenía que se trataba de un derecho de contenido moral sobre el cadáver propio o ajeno, por lo tanto lo más lógico era buscar una manifestación expresa o tácita del interesado sobre el destino que quiere darle a sus restos mortales. Actualmente se discute si el derecho de disponer sobre el propio cuerpo se trata

de un derecho mortis causa, pero hay algunos autores que se expresaron en contra ya que consideran que el hombre no tiene derechos sobre su propio cuerpo. Para Cifuentes hay un derecho personalísimo sobre una cosa futura con respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos, ese derecho cuando se ejercita se excluye al de los parientes. En este supuesto no se requiere que se realice por testamento, es unilateral, revocable y sólo es admitido si a cambio no hay una contraprestación en dinero.

La mayoría de la doctrina le reconoce al hombre un derecho subjetivo sobre el cuerpo, que se extiende hasta después de la muerte, en todo lo referente a la disposición del cadáver, de su destino, cremación y lugar de entierro. Edmundo Gatti sostiene que la facultad de las personas para disponer en vida sobre la ablación de sus órganos o sobre las partes de su cuerpo hace a los derechos personalísimos

Cuando una persona muere sin haber dejado instrucciones sobre lo que se debe hacer posteriormente con su cuerpo, son sus allegados quienes pueden establecer el lugar, forma, modo del entierro, culto a la memoria, epitafio, etc. Para De Cupis ese poder que ejercitan los parientes del difunto no se identifica con el derecho de la personalidad, pero es un reflejo de la tutela. Como ya dijimos la voluntad se encuentra completamente protegida por la costumbre y la ley, ya que se trata de una voluntad activa que impone sus dictados.

En cuanto al tema de la disposición de cadáveres en nuestra legislación hay una laguna legislativa, ya que sólo en normas del derecho administrativo, y más específicamente en las comunales hay disposiciones sobre sepulcros, custodia de cadáveres, inhumaciones y aspectos registrales. Por ejemplo el decreto –ley 8204/63 requiere la licencia de inhumación que tiene que exigir el encargado de los cementerios para autorizarla, no establece plazos máximos y mínimos, pero la ley anterior establecía que debía hacerse después de las 12 horas y antes de las 36. La misma norma establece que si la muerte se produjo como consecuencia de un delito se tiene que dar aviso a la autoridad policial o judicial.

La única referencia que se hace en el código civil es el art. 2551 el cual establece que no son tesoros los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en lugares públicos destinados a la sepultura de los muertos.

La voluntad del causante, es siempre decisiva para establecer las condiciones de inhumación, y si la misma no se hubiese expresado la decisión le corresponde al cónyuge viudo. Este derecho que tiene el viudo puede modificarse por causas graves como puede ser el hecho de que él mismo haya provocado la muerte de esa persona. El principio que rige este tema es el de la voluntad del causante, y en ningún caso su sucesor puede disponer de alguna forma diferente a la expresada por el fallecido. Su voluntad debe prevalecer aún por sobre la voluntad del viudo y contra sus propias creencias o deseos. El Derecho Canónico permite la cremación de los cadáveres sólo en época de epidemia y en otros casos en los cuales se producen grandes amontonamientos de cadáveres con peligro de la salud pública.

Pero la opinión del derecho en cuanto este tema difiere bastante. En primer lugar no es ilícita y la ley no la prohíbe, y en segundo lugar la misma se puede manifestar por escrito o por una declaración ante el director del crematorio, así también lo expresaba el Anteproyecto de 1954, el cual establecía que esta voluntad podía manifestarse en forma escrita, no exigiéndose que se haga en forma testamentaria. En un fallo de Julio de 1961 en autos " Folgueros de Martínez M. A. s/ sucesión ", el juez Dr. Noé Quiroga Olmos resolvió en base a que la cremación no se encuentra prohibida por la ley y que es perfectamente lícita. En este caso los familiares del difunto no querían realizarla porque iba en contra de sus creencias religiosas. La voluntad del difunto le impone a sus herederos una obligación jurídica que debe cumplirse, emana de la propia persona muerta, de la cual se excluye el derecho de los parientes sobre el cadáver. En este punto Cifuentes aclara que más inmoral sería no respetar la voluntad de los muertos, cuando no se opone a los intereses sociales.

En este tema también puede darse un presupuesto negativo y es que el difunto no haya expresado nada en cuanto al destino que debe darse a su cuerpo.

Desde hace ya muchos años que se destinan cadáveres como material científico, pero el cuerpo muerto de una persona empieza a adquirir un verdadero valor con el éxito que se tiene en la realización de injertos y trasplantes con sus órganos. Estas actividades tienen como fines humanitarios como pueden ser devolver la visión o hacer de un impedido una persona útil. Crusen sostiene que el cadáver que está destinado a fines científicos sufre una capitis diminutio, mientras que Fadda y Bensa lo niegan, y dicen que por razones de utilidad y necesidad social se reemplaza el tratamiento ordinario y se lo somete a experimentos que no degradan la dignidad humana ni ofenden la conciencia del pueblo.

Por otro lado Orgaz acepta que en forma excepcional, y por voluntad del difunto, el cadáver tenga un destino diferente al del sepulcro y que pueda ser entregado a institutos científicos con fines de estudio y enseñanza. En este caso se trata de una cosa y puede ser objeto de actos jurídicos, con los límites que impone la moral y las buenas costumbres. Se trata de una cesión unilateral, gratuita de última voluntad y revocable. Este sería el caso de un legado a una facultad o instituto. Si esto no hubiese sido previsto por el difunto los herederos y los albáceas no pueden disponerlo. Los cadáveres que fueren abandonados pertenecen a la municipalidad que los entrega a las facultades y a los museos.

Para realizar un trasplante deben tenerse en cuenta tres situaciones, entre otras:

1. determinar el estado de muerte del donante
2. el problema inmunológico
3. que todavía no se sobrepasó la etapa experimental

Son dos los médicos que deben certificar la muerte del donante.

Derechos sobre el cadáver ajeno.

Cuando se entra en el campo de la disposición del cadáver ajeno la situación ya es diferente, que no tiene nada que ver con los derechos personalísimos porque el cuerpo ya es una cosa y lo único que queda por establecer es su destino o reposo final. Hay que destacar que el derecho de los parientes y de los terceros sólo empieza a funcionar cuando no hay una voluntad expresa del difunto sobre el tema.

El Proyecto de Reforma de 1936 trató el tema en el art 1979 estableciendo que si no hay disposición del causante relativo al cadáver las va a adoptar el cónyuge supérstite, y si no lo hubiere los descendientes y ascendientes por el orden en que son llamados a la sucesión. En nuestro ordenamiento jurídico todo lo que podía hacerse sobre un cadáver ajeno se limitaba a la sepultura, las recordaciones, misas, funerales, custodia de restos, a dar un sentimiento de piedad al difunto. Ante los parientes y los terceros no podían disponer que se hicieran actos normales como por ejemplo, la dación de partes del cadáver, para fines de estudio, investigación o terapéuticos o que se efectuara la cremación del cuerpo. En la actualidad esta situación se modificó mucho, sobre todo por el gran avance técnico y científico que se produjo en los últimos años. De esta forma, la ley 21.541 establece los derechos, de los parientes y de los terceros, así se admite que éstos den su consentimiento cuando no haya una voluntad expresa del difunto. Cuando no haya familiares, o el difunto antes de producirse el deceso haya manifestado por escrito no tener ningún familiar, la disposición puede ser tomada por el director del establecimiento en el que se haya producido la muerte del sujeto.

Borrel sostiene que los que deben hacerse cargo del cuerpo del difunto son sus herederos, pudiendo disponer sólo a fines de inhumación, pero sucede que a veces no puede esperarse a conocer con seguridad la identidad de éstos para proceder a inhumar el cadáver. En nuestra legislación es el causante quien debe hacerse cargo de todos los gastos de entierro y funeral. El art. 902 Del Código Civil reconoce a los albáceas las facultades y atribuciones que por el testador les fueron reconocidas.

El art. 18 de la ley " De los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas fallecidas " se establece un orden de parentesco prioritario y excluyentes de los que estén presentes en el lugar del deceso y que va a regir si no hay una voluntad expresa del fallecido:

1. el cónyuge supérstite
2. los hijos mayores de edad, los naturales reconocidos y los adoptivos según la ley vigente
3. los padres legítimos, naturales y adoptivos
4. los hermanos mayores de edad, los naturales reconocidos como tales, y los adoptivos
5. los abuelos y nietos
6. los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive

7. los parientes por afinidad hasta el segundo grado

Cuando se trata de parientes del mismo grado es suficiente el consentimiento de uno solo de ellos, aunque la oposición de uno de éstos elimina la posibilidad de disponer del cadáver para fines que no sean de entierro.

De todo esto resulta que los parientes y los terceros tienen sobre el cadáver un derecho subjetivo que implica: a) el poder jurídico para impedir que se le de al cadáver un fin no querido por el causante, b) frente al silencio del difunto la facultad de disponer del destino a darse a los despojos mortales.

EL CADAVER Y LOS DERECHOS REALES.

Para poder desentrañar la relación que existe entre el cadáver hay que hacer una distinción entre derechos reales y personales.

Existe un dualismo entre derechos reales- personales, cuyo contenido en cuanto a cada uno de los términos que abarcan el dualismo, no es siempre el mismo. En el derecho moderno se trata de dos subdivisiones de una de las categorías en que se puede clasificar los derechos, según el contenido económico o no económico, es decir la categoría de los derechos patrimoniales.

Se puede definir al derecho real como a aquél que tiene por objeto inmediato las cosas. A esta últimas se las define como los objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2311). Por el mismo debe entenderse como un valor económico. Además para ser objeto de derechos reales las cosas deben reunir determinados requisitos:

- comercialidad
- existencia actual
- determinación
- singularidad
- integridad

Sólo las cosas pueden ser objeto de derechos reales porque implica un señorío de voluntad, y una vez abolida la esclavitud se elevó al hombre a la categoría de sujeto de derechos, y los derechos reales se dan en la naturaleza no libre, es decir, en las cosas. En principio, los bienes que no son cosas no son objeto de los derechos reales.

Beatriz Arean sostiene que en principio ni el cadáver ni sus partes pueden ser consideradas cosas, aunque teniendo en cuenta los adelantos científicos nos damos cuenta que la

situación ha variado bastante. Se considera que para la investigación científica o para trasplantes, tanto el cadáver como sus partes pueden ser posibles objetos de derechos reales.

Cuando el cadáver es utilizado con fines científicos, tanto él como sus distintas partes pueden ser considerados como derechos reales. Es sólo en este caso cuando el cadáver se encuentra dentro del comercio y se lo considera como propiedad.

MUERTE CEREBRAL O ENCEFÁLICA

Frente a la descripta realidad que ha venido a exteriorizar el auge de las técnicas de la reanimación y la de los trasplantes, la concepción tradicional de la muerte (basada en el cese de las tres funciones vitales) conduce, inevitablemente, a considerar con vida a quienes se encuentran "descerebrados", es decir, en la situación en que hay una cesación total e irreversible de las funciones cerebrales (muerte cerebral o encefálica) con subsistencia, puramente mecánica, de las funciones respiratorias y cardiocirculatorias.

La existencia de la vida humana, no parece compatible con la de un cuerpo cuyas funciones superiores e inferiores se encuentran irreversiblemente dañadas y en el que el corazón late por un mero impulso mecánico.

Por otra parte, la aludida noción tampoco es compatible con la subsistencia del latido cardíaco en sujetos decapitados (en los que está fuera de duda que el individuo "ha" muerto, aunque subsista provisoriamente el latido cardíaco) ni con la actual cirugía a "corazón abierto", en donde se provoca el cese del latido cardíaco, estableciéndose un sistema de circulación extracorpórea que asegura la oxigenación del cerebro.

Partiendo del concepto tradicional de muerte clínica y haciendo uso de las posibilidades que permiten las técnicas de reanimación se podrían mantener artificialmente las funciones vegetativas para "postergar" el momento de la muerte, de modo que se alterara discrecionalmente el orden temporal de los fallecimientos, con las consiguientes y graves implicancias jurídicas.

Está adquiriendo cada vez mayor vigencia en el ámbito médico, el criterio de identificar el concepto de muerte con el de muerte "cerebral" o muerte "encefálica". Este enfoque ha sido reconocido en diversos documentos internacionales, en los textos legislativos de algunos países y también adoptado por la ley 21541, de trasplante.

Inclusión de la Muerte Encefálica en la Legislación Argentina:

Ley 21.541 (1977), art. 21 Especificaba los criterios médicos para la certificación de la muerte, pero sólo "A LOS FINES DE ESTA LEY"

Ley 23.464 (1987) modifica la anterior legislación y quita los términos que entienden que la muerte era sólo a los fines de esa ley.

Ley 24.193 (1993), especifica la hora de la muerte y los criterios generales dando al INCUCAI la factibilidad de modificación del Protocolo de acuerdo a la actualización tecnológica.

Código Civil: Art. 103 el fin de las personas se produce por la muerte natural de las mismas

Para la evaluación adecuada de esa postura, es indispensable, en primer término, precisar el alcance (no siempre claro) de la mencionada noción de muerte cerebral o encefálica. Esta situación se presenta cuando ha cesado, irreversiblemente, toda actividad cerebral, la de los centros superiores y la de los centros inferiores.

Con la muerte cerebral o encefálica aparece, no sólo la imposibilidad de la vida de relación, sino también la prosecución autónoma de la vida vegetativa (actividad respiratoria y cardiocirculatoria) que, sin embargo, puede ser artificialmente mantenida con el empleo permanente de medios mecánicos. La mencionada situación debe ser cuidadosamente distinguida de la que se presenta en la denominada "muerte cortical": en este caso es irrecuperable la actividad cerebral superior – la que regula la vida intelectual y la vida sensitiva – y, por ende, la posibilidad de la vida de relación, pero se conservan autónomamente las funciones respiratorias y cardiocirculatoria. Esto se debe a que los núcleos básicos del cerebro (que regulan las funciones vegetativas), siguen funcionando, a diferencia de los centros corticales y subcorticales (reguladores de la vida intelectual y sensitiva) que están irreversiblemente dañados.

La opinión que identifica la muerte real con la denominada muerte cortical, se basa en el concepto de que son las funciones superiores las que caracterizan esencialmente a la existencia humana, de lo cual se deduce que la vida concluye con la cesación de esas cualidades centrales de la persona. Pero la distinción entre la vida y la muerte fundada en la carencia de inteligencia y percepción, ignorando la aptitud cerebral para mantener automáticamente la función vegetativa, supone adoptar un enfoque basado en la "calidad" de la existencia y no en la existencia misma.

Si, en cambio, han cesado irreversiblemente las funciones superiores y las inferiores o vegetativas, tal situación puede identificarse con la muerte del ser humano, aunque subsista por un mecanismo artificial la actividad de alguno de los órganos. La vida del organismo humano no es, en efecto, la vida de sus órganos singulares.

Con la expresión de muerte cerebral o encefálica se quiere significar el cese de las tres funciones vitales, aunque las vegetativas puedan subsistir mecánicamente. En tales

condiciones no hay "vida humana" sino "apariencia artificial de vida humana"; la vida sólo puede existir cuando subsistan manifestaciones que sirven para caracterizarla: las intelectuales y sensitivas, las instintivas y afectivas y las inferiores o vegetativas, y con la muerte del encéfalo decaen tales funciones.

La expresión muerte cerebral o encefálica indica que con la muerte del encéfalo se produce la muerte "natural" de todas las funciones vitales (aunque subsistan artificialmente algunas), lo cual supone que con la muerte del encéfalo se produce la muerte "real" del ser humano.

El término muerte "cerebral" o muerte "encefálica" es, por consiguiente, impropio y equívoco y a la situación descrita con esa terminología cabe catalogarla como "muerte" sin ninguna clase de adjetivaciones.

MUERTE SUBITA.

La medicina forense estudia en especial la muerte brusca, inesperada, o sin causa evidente, debido a las dudas judiciales que ella plantea, englobándose como "muerte sospechosa", que comprende todos aquellos fallecimientos inesperados o de origen desconocido en el primer momento, entre ellos la muerte súbita.

Esta última es la producida con mayor o menor rapidez, inesperadamente, durante una apariencia de salud más o menos buena.

La muerte súbita puede presentarse en diversas formas, pero todas son de origen patológico. Se trata a veces de una enfermedad aguda, otras de un proceso agudo en una enfermedad crónica ignorada o silenciosa, otras aun de epílogo natural en la evolución de un proceso rebelde al tratamiento, algunas, por fin, de un accidente brusco mortal sin causa anterior ni lesión conocida, como en la muerte por inhibición.

En estas condiciones, la muerte súbita, no tiene, en cuanto a sus causas y caracteres, aspectos medicolegales propios, pues en esta materia las cosas se presentan como en los hechos extrajudiciales.

Los problemas médico legales de la muerte súbita son de marcada trascendencia forense. Tales circunstancias pueden encontrarse en cualquiera de los fueros que tratan de las personas, especialmente en materia penal, comercial, laboral y contenciosos administrativo.

En materia penal integra el grupo de las muertes de origen dudoso y que lógicamente exige que se descarten las influencias dolosas o culposas de causalidad de la misma.

Si bien es característico que se trata de una muerte que no permite determinar en forma inmediata una causa de la muerte, también de inmediato surge la necesidad de la

información pericial del examen del cadáver, tanto en su examen externo como en el interno. Estos exámenes deben ser completos, exhaustivos, con plena conciencia de que no pueden repetirse y de que los datos del examen de levantamiento pueden permitir conocer detalles de los últimos momentos de la vida y, por consiguiente, los movimientos de la víctima.

La muerte brusca se presenta en el 18% de los casos, según algunas estadísticas, pero la falta de cultura estadística y sanitaria hace no prestar mayor atención al certificar el diagnóstico de muerte, e imposibilita cifras indiscutibles. La muerte brusca parece ser más frecuente en los extremos de la vida, infancia y vejez.

Las causas a las cuales se ha atribuido la muerte pueden agruparse en verdaderas o determinantes y coadyuvantes u ocasionales.

Causas verdaderas o determinantes:

La constituyen las modificaciones patológicas a las cuales, luego de la autopsia, se les imputa primariamente la causa de la muerte. Bichat, a principios del siglo pasado, estableció su célebre trípode de causas de muerte: corazón, pulmón y cerebro. Siguiéndolo a él, autores posteriores atribuyen las causas primordiales a cada uno de estos sectores.

Thoinot, frente al mecanismo de la muerte y al resultado de la autopsia, agrupa los casos en:

1. Lesiones de grave afección aguda o crónica que pasaron inadvertidas pero sin causa sobreañadida que explique la brusquedad del caso.
2. Lesiones de grave afección aguda o crónica que pasaron inadvertidas, a las cuales se agrega una que explica la brusquedad del caso: rotura de aneurisma, edema pulmonar, etc.
3. Sujeto sano con una causa agregada que explica la brusquedad del caso.
4. Sujetos sin lesiones que expliquen la causa de la muerte.

Costedoat explica el mecanismo brusco de la muerte en base a una acción vasomotriz con un aumento de la tensión arterial (dolor, esfuerzo muscular, coito, asfixia, baño frío, etc.) o con una disminución brusca de la tensión arterial (emoción brusca, baños calientes, digestión, hiperpnea).

La muerte brusca por lesiones cardiovasculares figura entre el 46 y 74% de los casos, según los autores. Se han encontrado lesiones valvulares por endocarditis crónica, infarto de miocardio, aortitis y coronaritis, rotura del corazón, rotura de aneurisma, hemorragia intracraneal, etc.

La muerte brusca por lesiones respiratorias es debida a edema agudo de laringe, a congestión pulmonar, neumonía, bronconeumonía, hemoptisis, etc.

Entre las causas de muerte brusca por lesiones del sistema nervioso podemos encontrar las hemorragias encefálicas y meníngeas, los abscesos y tumores cerebrales, las meningitis y encefalitis, etc.

Entre las causas de muerte brusca por lesiones del sistema nervioso podemos encontrar las hemorragias encefálicas y meníngeas, los abscesos y tumores cerebrales, las meningitis y encefalitis, etc.

Entre las causas de muerte por el aparato digestivo se describen ulceraciones esofágicas, hemorragias de várices esofágicas, úlcera gástrica o de duodeno, trombosis mesentérica, oclusión intestinal, apendicitis, pancreatitis aguda, etc.

Brouardel, reunió las muertes que se atribuían a excitación periférica transmitida por vía nerviosa al bulbo y determinante de inhibición de las funciones cardíacas y respiratorias, en un grupo que llamó muertes por inhibición. Allí se agruparon las causadas por traumatismo de laringe, del epigastrio, dilatación del orificio externo del cuello del útero, el traumatismo del testículo, las emociones, etc. Se trataba de un simple arco reflejo, al que modernamente se aplicaron explicaciones neuroendocrinas y de los intermediarios químicos.

El mecanismo del síncope difiere de uno a otro caso pero, ellas siempre deben considerar una insuficiencia circulatoria inesperada, con pérdida progresiva del conocimiento y finalmente la muerte.

Podemos considerar síncope vascular, cardíaco, cerebral, etc. El síncope vascular o vasodepresor es una insuficiencia brusca de aflujo al corazón por hemorragia (síncope anémico) o por vasodilatación periférica (abdominal); tiene etapas progresivas de dilatación periférica vascular, etapa cardíaca con alteración del volumen sistólico y minuto y, etapa cerebral con isquemia; se le encuentra en los síncope anémicos postural, vasovagal, carotídeo de forma vasodepresora. El síncope cardíaco o cardiogénico es una incapacidad primaria del corazón para impulsar sangre, es decir, es funcional (alteración del volumen sistólico) directo y primitivo; se puede reconocer una etapa cardíaca y una cerebral y se le encuentra en la bradicardia sinusal, en el bloqueo sinoauricular o con ausencia de dos o más latidos, en la taquicardia ventricular paroxística y en la fibrilación ventricular, etc. El síncope cerebral o vasocerebral es producto de la isquemia por directa alteración de la circulación endocraneal.

La muerte súbita del lactante debe reever conceptos. Antes se atribuía su causa principal a la hipertrofia del timo, la cual debe ser definitivamente eliminada de la patogenia de este tipo de muerte. Las causas de muerte súbita de los lactantes son por cardiopatías congénitas, miocarditis, lesiones coronarias, trombosis de las arterias pulmonares, lesiones cerebrales o meníngeas, edema respiratorio, infiltración y proliferación epitelial, malformaciones digestivas, urinarias, etc., espasmo de glotis, hemorragias suprarrenales, anafilaxia en especial a alimentos que regurgitan y que inhalan.

Causas coadyuvantes u ocasionales:

Podemos mencionar:

Frío: favorece congestiones viscerales, aumento de la resistencia periférica, aumento de la tensión arterial, etc.

Esfuerzos: en los cuales se presenta inspiración profunda con cierre de glotis, contracción pulmonar parietal (comprensión visceral con aumento de la tensión arterial y de la frecuencia cardíaca, etc.)

Cólera o emociones: con producción de mecanismos iguales a los del esfuerzo o síncope metabólico u oxibiótico, etc.

Embriaguez: actúa por efecto tóxico, por acción de esfuerzo muscular, por acción del frío, etc.

Digestión: actúa por síncope vascular, con congestión abdominal.

Coito: actúa por esfuerzo o por emoción.

MUERTE APARENTE

La ley fija un término mínimo (12 horas) y otro máximo (36 horas) después del fallecimiento para efectuar la inhumación. El tiempo máximo obedece a razones de higiene, por los fenómenos de putrefacción; el mínimo obedece a la necesidad de evitar las inhumaciones prematuras en casos de muerte aparente.

Esta última cuestión ha dado motivo a diversos trabajos y muchos comentarios, en los cuales la fantasía popular o periodística ha llegado con frecuencia a extraordinarias exageraciones o francas fabulaciones.

En tal problema es necesario distinguir la muerte aparente de la inhumación prematura. La primera es un fenómeno conocido y obedece a síncope, asfixia, letargia, apoplejía, fakirismo, etc. En cambio, la segunda o sea la realidad de los enterrados vivos por error del diagnóstico de muerte, es algo por lo menos dudoso, y los casos referidos son en su mayoría evidentemente inaceptables.

El diagnóstico de la muerte real en la mayoría de los casos es fácil, como que ella se produce a raíz de una enfermedad y es comprobada por el mismo médico que atendió al enfermo. Pero, en ciertas condiciones, puede el hecho implicar dificultades y errores, para salvar los cuales se han propuesto signos y pruebas especiales.

La prueba de Bouchut es una de las más simples y difundidas: falta de tonos cardíacos a la auscultación de los focos semiológicos durante doce a veinte minutos. Hay casos que

prueban que no es un signo de valor absoluto (variaciones de oído del examinador, ruidos dudosos, silencio a pesar de contracciones débiles, etc)

La cardiopuntura o método akidopeirástico de Middeldorf consiste en la introducción de una aguja hasta el corazón, cuyas contracciones se transmiten a la punta de aquélla, dejada afuera. Es un procedimiento peligroso.

La prueba de Icard es muy categórica: inyección subcutánea, endovenosa o intramuscular de una solución de fluorescenina, que al difundirse en el organismo si hay todavía circulación sanguínea, o sea vida, antes de media hora da coloración amarilla de la piel, como de ictericia, y verde esmeralda de los ojos.

El estado de la respiración da un dato muy difundido. Colocado un espejo delante de la boca se empaña por los gases de la expiración y no se modifica si el sujeto ha fallecido. El procedimiento es inseguro, lo mismo que sus afines: oscilación de la llama de una bujía o de filamentos de algodón. El ennegrecimiento de papel con acetato neutro de plomo colocado delante de las narices, demuestra que se trata de un cadáver, por desprendimiento de gases de hidrógeno sulfurado. Es un signo propuesto también por Icard y tiene mucho valor.

Prueba de Lecha-Marzo: enrojecimiento del papel de tornasol colocado bajo los párpados hasta el fondo de saco conjuntival, por acción de las lágrimas acidas en el cadáver. Signo de investigación obligatoria en España, aunque de resultado inseguro.

Los signos dependientes del sistema nervioso son de muy relativo valor; dependen, sobre todo de la sensibilidad general y especial que ha desaparecido, lo mismo que los movimientos. Se han descrito también signos oftalmológicos: falta de circulación en la arteria central de la retina, disminución de la tensión intraocular, mancha turbia de la córnea en el cadáver, etc.

La piel puede dar signos en el cadáver: el apergaminamiento, fenómeno de deshidratación, y la quemadura, que no trae la ampolla con líquido albuminoso y el reborde inflamatorio.

IV. DETERMINACION DE LA MUERTE. CERTIFICACION DE LA MUERTE
ANTE LA LEY DE TRANSPLANTES (art. 21 de la Reglamentación de la Ley 21541)
OBJECIONES MEDICO LEGALES

Concepto de Muerte (artículo 23)

LEY 21.541 “Cese total e irreversible de las funciones
cerebrales” (a los fines de esta ley).

LEY 23.464 “Cesación total e irreversible de las
funciones encefálicas cuando hubiese
asistencia mecánica”.

LEY 24.193 “Verificación de modo acumulativo de
varios signos, que deberán ser constatados
a las 6 Hs. de verificados por primera vez”

Los métodos tradicionales o comunes son los basados en la normal sintomatología clínica. Se usan normalmente procedimientos simples: constatación del cese del latido cardíaco o de la respiración, verificación de la rigidez cadavérica, etc. La posible falta de precisión de ese sistema (y la consiguiente eventualidad de confundir la muerte real con la apariencia de muerte) queda compensada con el período de observación: durante un determinado lapso, contado desde el momento que se considera el de la muerte no es posible practicar la inhumación.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, la inhumación no puede hacerse antes de las doce horas siguientes a la muerte, ni demorar más de treinta y seis horas, salvo lo dispuesto por la autoridad competente.

La "vitalidad" del órgano a trasplantar es condición indispensable para el éxito del trasplante y por lo que se requiere que el período de isquemia sea sumamente breve, en plazos que varían según el órgano de que se trate. El diagnóstico precoz de la muerte es esencial para el desarrollo de esta técnica y, por lo tanto, para el logro de los altos fines humanitarios que con ella se buscan. El método electrocardiográfico no constituye un procedimiento que se adecue a la mencionada necesidad de un diagnóstico precoz. Por ese medio se puede constatar, por vía indirecta, el acaecimiento de la muerte: si previa

estimulación cardíaca durante al menos quince minutos (veinte para algunos) el trazado electrocardiográfico es plano (línea isoeletrica), se podrá certificar la muerte.

Pero la necesidad del transcurso del indicado término, que resulta intrascendente para el trasplante de córnea, es un impedimento técnico para el trasplante de riñón y corazón.

Apareciendo la necesidad de establecer el diagnóstico a través de signos neurológicos que demuestren la irreversibilidad de las lesiones cerebrales, y, por ende, la comprobación "directa" de la muerte del sistema nervioso central. Es el inicio de la era del electroencefalograma. A través de su uso, la constatación de un trazado lineal absoluto permite establecer el cese de la actividad celular cerebral.

Sin embargo, ello sólo indica (en todo caso) el cese de las funciones superiores (la denominada muerte cortical), pero no necesariamente la muerte cerebral total: se ha observado, en efecto, que el trazado registra variaciones de potencial de una pequeña zona cortical subyacente al electrodo, pero tiene escasa influencia en las áreas corticales profundas y en cuanto a las superficies basales y medias de los hemisferios cerebrales y de las regiones subcorticales, su actividad no es registrable, o se la percibe por signos indirectos; de ahí que pese a un trazado lineal absoluto, puedan subsistir autónomamente las funciones vegetativas.

Las objeciones formuladas al diagnóstico electroencefalográfico, por atribuir a sus resultados un valor absoluto, han sido superadas, en la actualidad, al no adjudicársele un valor exclusivo, descartándose su valor como única prueba decisiva de la muerte. Se mantiene, por tanto, su utilidad como método de diagnóstico, aunque sumado a otros signos. Estos varían de acuerdo con las legislaciones, autores o asociaciones, que han propuesto una variedad de sistemas para llegar al diagnóstico de la muerte (cerebral o encefálica). En general, los distintos países han seguido la evolución científica, posibilitando el diagnóstico precoz de la muerte como medio de facilitar el éxito de la cirugía sustitutiva.

Los métodos de comprobación tradicionales o comunes vienen a coexistir, de este modo, con los modernos y precoces.

En efecto, aquellos que no han perdido de ningún modo su valor como criterio válido para establecer la defunción en los casos (casi todos) en que el proceso de muerte no ha sido suspendido por medios artificiales, por cuanto el cese de la actividad cardiopulmonar conduce en pocos minutos al cese inexorable de las funciones encefálicas por falta de oxigenación.

Más brevemente, tanto los métodos tradicionales como los precoces tienden a determinar un hecho: el cese total o irreversible de las funciones encefálicas.

Una vez fijado, en efecto, que la muerte clínica coincide con la cesación total e irreversible del sistema nervioso central y que dicha cesación es coincidente con el cese irreversible de las funciones respiratorias y cardiocirculatorias, ya que este comporta, además, la necesaria muerte de las células cerebrales en un breve lapso, queda claro que los distintos procedimientos tienden, por diversos caminos, a determinar un mismo concepto de muerte: los métodos tradicionales (basados en la normal sintomatología clínica) y el electrocardiodiagnóstico, por medio de la "indirecta" comprobación de que con el cese cardíaco irreversible se ha producido la destrucción anóxica de las células cerebrales y los métodos precoces o modernos (representados por el uso del electroencefalograma) mediante la "directa" comprobación del cese de las funciones cerebrales.

A los efectos de la regulación legal la existencia de las personas termina con su muerte, es decir, con la extinción de la vida. Ese es el hecho determinante de la disposición de su cadáver, de la transmisión de su patrimonio a sus herederos, etc. Establecer el momento en que ello se produce, no es nada fácil. Antes, por lo rudimentario de la ciencia médica y, hoy, con los grandes progresos de que dispone y se auxilia la medicina, creo que si bien en algún aspecto se ha simplificado, en otros, al poder prolongar situaciones límites, ha contribuido a oscurecerlo.

El art. 103 del Código Civil ha descripto con una sencillez y claridad extraordinaria, la realidad material, dice así: "Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas". Con la nota al mismo, queda perfectamente comprendido que el término "natural" con que califica a la muerte, tiene el sentido de "real", habiéndose empleado el primero para alejar toda duda en el sentido de que pudiera abarcar a la denominada "muerte civil" (privación de los derechos), la que nada tiene que ver en el concepto de muerte de dicho artículo.

En ese título VII del Libro Primero del Código Civil, nada se dice sobre la forma de comprobar la muerte, aunque, por supuesto, sí se refiere al modo de probarla jurídicamente. Es que, por su profesión, son los médicos quienes tienen a su cargo la comprobación de la realidad material de la muerte. A ellos se les ha deferido la responsabilidad de certificar la defunción en los casos comunes para proceder a la inhumación como surge del art. 55, inc. 1 del decreto ley 8204/ 63, ley local del Registro Civil que se encuentra vigente. Cuando no hubiere médico con certificación policial o de autoridad civil y dos testigos (art. 55, inc. 2)

Los casos dejados a la exclusiva certificación médica son los de muerte natural (por enfermedad o edad), pues en los demás debe intervenir el juez.

La muerte real es la que tiene lugar cuando la circulación, la respiración y el sistema nervioso dejan de funcionar definitivamente.

Los síntomas vitales son el funcionamiento cardíaco y la respiración. Las pruebas clásicas de la muerte la constituyen la arteriotomía y la fluoresceína.

El notable progreso de la Ciencia Médica ha llevado a realizar trasplantes de órganos provenientes de personas fallecidas (cadáveres). En diciembre de 1967 Christian Barnard asombró al mundo con el primer trasplante de corazón que realizó en el Hospital Groote Schuur de la Ciudad del Cabo, Sudáfrica, con éxito sólo inicial. El primer trasplante con éxito lo concretó también Barnard en enero de 1968, cuyo receptor fue Blaiberg, aunque el éxito desde el punto de vista técnico fue completo no así por el pronóstico de sobrevivencia, máxime en las condiciones que se llevó hasta que falleció en un relativo corto plazo. Desde entonces se han producido centenares de trasplantes de corazón en el mundo. La corta supervivencia del receptor, quizás sea lo que ha enfriado la euforia desatada en el mundo, que no dejó de ser experimental. Distinto es el pronóstico de supervivencia en el trasplante de otros órganos, como el riñón. Ello ha puesto de manifiesto que la probabilidad de éxito aumenta cuando el tiempo transcurrido desde la muerte del dador, la consecuente extracción del órgano y su implante en el receptor, es ínfimo. Por tal motivo, ha cobrado una superlativa importancia el momento de la muerte y los síntomas que la ponen de manifiesto. Así es como ha surgido el concepto de muerte cerebral o clínica, que anticipa el momento de la muerte, al comienzo del proceso que conduce a la muerte real. Con ello, se dice, se evita que los órganos a trasplantar se perjudiquen con la hipotensión agónica y el cese cardíaco.

Hay disparidad entre los sostenedores de la muerte clínica o cerebral y los que ven a la muerte como producida en un instante, que es la muerte real.

En España la ley 30 del 27 de octubre de 1979, que recogió el informe de la Comisión de Sanidad y Seguridad Social sobre la extracción y trasplantes de órganos, basa la comprobación de la muerte "en la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida". El certificado de defunción debe extenderse por tres médicos entre los que deberán figurar un neurólogo o neurocirujano y el jefe de la Unidad Médica correspondiente, o su sustituto. Ninguno de estos facultativos podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano a efectuar el trasplante.

Francia, en forma expresa, decide por el concepto de muerte real y que entre los signos existen dos pruebas clásicas: la arteriotomía y la fluoresceína.

En Venezuela, la ley sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos en seres humanos establece en su art. 12 que "cuando los órganos y materiales anatómicos vayan a ser trasplantados, la muerte de la persona deberá ser comprobada por tres médicos distintos de los facultativos que integren el equipo de trasplante. La determinación de la realidad de la muerte se hará mediante el juicio clínico complementado con los procedimientos instrumentales idóneos..."

Es de hacer notar que tanto la ley francesa, como la venezolana y también la del Brasil de 1968 que exige la prueba indubitable de la muerte, se han inclinado predominantemente, por el concepto real de la muerte.

Pero aún los países que han adoptado con mayor o menor amplitud el concepto de muerte clínica o cerebral, lo han hecho pura y exclusivamente a los fines del trasplante, es decir, para facilitar las operaciones de trasplantes con el mayor margen posible de probabilidad de éxito. Ningún país ha adoptado dicho concepto a los únicos fines de la inhumación o de la transmisión de la herencia, con lo cual se reconoce que la única muerte que sufre el ser humano es la real. Es que jurídicamente no pueden existir dos conceptos diferentes para una única muerte que sufre el ser humano es la real.

La actividad médico-quirúrgica se encuentra amparada por el fundamento general de justificación del legítimo ejercicio de un derecho previsto en el art. 34, inc. 4° del Código Penal (aparte de las situaciones de estado de necesidad justificante o cumplimiento de un deber impuesto legalmente). Pero para que ella funcione en su plenitud requiere, necesariamente, complementarse con el consentimiento (expreso, tácito o presunto, según los casos) del interesado o de quien tenga derecho a prestarlo. En verdad, el consentimiento es lo que legitima el ejercicio de curar. Pero dicho consentimiento no puede ser entendido como facultad limitada, pues como bien lo destaca Terán Lomas, el consentimiento no habilita ni es válido para la mutilación del cuerpo, la eutanasia, ni para trasplantes en los cuales se extraigan órganos vitales de personas cuya muerte no sea real o indudable.

Por tal virtud, la extracción de órganos vitales de seres humanos no queda cubierta por la justificante genérica.

En nuestro país, los trasplantes de órganos en seres humanos se rige por la ley 21540. Dicha ley ha establecido la posibilidad de efectuar trasplantes de órganos provenientes de personas con vida siempre que se trate de uno de los dos órganos pares o materiales anatómicos (tejidos pertenecientes a órganos) cuya remoción no implique riesgo razonablemente previsible de muerte o incapacidad total y permanente del dador (art.12). También ha regulado el trasplante de órganos provenientes de personas fallecidas (art.17). Y, en lo que aquí nos interesa, se adopta el criterio de muerte por medio "comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales". Vale decir, el concepto de muerte cerebral.

La nota que acompaña al proyecto de ley (exposición de motivos), se hace cargo de la diversidad de criterios para determinar la muerte. Y luego de señalar que la determinación del momento de la muerte resulta fundamental para el desarrollo de la técnica de los trasplantes, dice: "en ese orden el proyecto adhiere también a la concepción de la muerte como proceso y a la validez del concepto de que por irreversible, tan válido resulta admitir su comienzo como su conclusión y por ende, establecido ese comienzo mediante la

comprobación simultánea de ciertos signos resulta lícito resolver la disposición del cadáver para los fines que se persiguen..."

El párrafo transcrito de la Exposición de Motivos, es útil naturalmente, para la interpretación del concepto de muerte cerebral que adopta el art. 21 de la ley.

Dicha disposición legal establece: "exclusivamente a los fines de esta ley también será admisible la certificación del fallecimiento del dador mediante juicio médico ... quienes determinarán dicho estado por comprobación idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales..."

El equipo médico que emitirá el juicio y la correspondiente certificación, se integra con un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo, no integrantes del equipo que efectuará las operaciones de ablación y/o implante. Con ello se quiere garantizar la independencia y objetividad del juicio y despejar de dudas acerca de un eventual apresuramiento que pudieran tener quienes concretarán las operaciones de ablación y las de implante.

Al expresar que también será admisible, significa que no se ha abandonado el criterio de la muerte real, que es la norma general que rige por el art. 103 del Cód. Civil, para todos los efectos, salvo el caso, de excepción de los fines de la ley 21541.

Esto, aparentemente, llevaría a la conclusión que del sistema legal argentino surgen dos criterios distintos de muerte: a) muerte real y b) muerte cerebral.

El criterio de muerte real, que tiene fundamento material y ha sido recogido acertadamente por el art. 103 del Cód. Civil, es el único válido para todos los efectos. El rige para la inhumación del cadáver, para la transmisión de la herencia, para todos los tipos penales que protegen la vida y, por eso, la comprobación de esta realidad material es fundamental para la subsunción legal de la conducta en ellos. También rige para la extracción de órganos o material anatómico donado para después de su muerte a los fines del art. 17 de la ley 21541.

El otro criterio de muerte cerebral que adopta el art. 21 de la ley 21541 sólo es válido para los fines de trasplantes de órganos vitales, siempre que se dé la excepcional situación de irreversibilidad y se hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en la ley y la reglamentación, y se hayan comprobado los siguientes signos en su totalidad y como mínimo:

Ausencia total de respuestas de todo tipo a estímulos externos, especialmente los nociceptivos aplicados, por encima del agujero occipital.

Electroencefalográficos: sólo en pacientes no intoxicados ni sometidos a hipotermia, observándose los siguientes requisitos: trazado lineal, sin respuestas bioeléctricas a

distintos estímulos sensitivos-sensoriales, aplicados durante la obtención del registro; utilización de por lo menos ocho electrodos; emplear la máxima amplificación del aparato durante 1 minuto de trazado; constante de tiempo de 0.3; registro de una duración mínima de 15 minutos repetidos a las 6 horas.

Ausencia de respiración espontánea, con absoluta necesidad de respiración artificial.

Pupilas fijas midriáticas o en posición intermedia pese al empleo de estímulos fotónicos intensos para observar una reactividad pupilar.

Ausencia de reflejos oculocefálicos durante las rotaciones cefálicas pasivas.

Pruebas calóricas vestibulares.

Prueba de la atropina.

El Doctor Avelino Do Pico sugerirá en la conferencia del 18 de noviembre de 1981 que a estas comprobaciones deberían agregarse algunas (dos o tres) de las siguientes: arteriografía o angiografía carotídea cerebral o del "stop" circulatorio; examen del fondo de ojos o retinoscopía; medición de la presión parcial del anhídrico carbónico y del oxígeno de la sangre; detención de las funciones circulatorias; inyección endovenosa de la fluoresceína; arteriotomía; prueba del centellograma con isótopo.

Decimos que el criterio de la muerte cerebral sólo es válido para el trasplante de órganos vitales, porque él no puede habilitar para la extracción de otros órganos no vitales o de tejidos de estos órganos, como córneas, piel, etc, si no están precedidos por la extracción del corazón.

Sabido es que el estado de muerte cerebral puede llegar a prolongarse en el tiempo y no sería lógico mutilar a una persona con el corazón aún latiendo, ni tampoco es lógico ni legal detener el corazón voluntariamente por el médico para la extracción de otro órgano no vital, aunque se tratare de uno tan importante como el riñón, si ese corazón no va a ser implantado de inmediato en otro ser humano y, por consiguiente, tampoco puede inhumarse a una persona que aún conserva la circulación sanguínea porque late su corazón, aunque se hubiere certificado el estado de muerte cerebral. Sin muerte real nadie puede ser inhumado.

El único fundamento en que puede apoyarse la disposición legal del art. 21 de la ley de trasplantes para anticipar el momento preciso de la muerte real de un ser humano, cuando se presenta el estado comprobado fehacientemente del cese total e irreversible de las funciones cerebrales, es la prolongación de otra vida humana en situación de extrema necesidad del implante del órgano vital.

El art. 21 de la Reglamentación de la Ley de Trasplantes de Órganos reduce a siete, las pruebas generales "en su totalidad y como mínimo" para certificar la muerte de una persona

y las podemos agrupar: a) en la constatación de la muerte de las células cerebrales; b) muerte de los centros respiratorios, y c) pruebas que llamamos o englobamos con el nombre de laboratorio o verificadoras de la muerte cerebral.

Constatación de la muerte de las células cerebrales.

La núm. 1: "Ausencia total de respuestas de todo tipo a estímulos externos, especialmente..."

La núm. 4: "Pupilas fijas midriáticas o en posición intermedia pese al empleo..." La respuesta sería la falta de movilidad pupilar a los estímulos fóticos, intensos.

La núm. 5: "Ausencia de reflejos óculo cefálicos durante las rotaciones cefálicas pasivas". La respuesta sería la falta de movilidad de los globos oculares al rotar la cabeza.

La núm. 6: "Pruebas calóricas vestibulares, previo examen otológico, realizar irrigación con cánula de 200 cm³ de agua helada, en cada conducto auditivo externo, en forma alternada en cada conducto..." La respuesta sería la ausencia de movilidad en los glóbulos oculares.

Muerte de los centros respiratorios

La núm. 3: "La prueba consistiría en ausencia de la "respiración espontánea", con absoluta necesidad de respiración artificial previa.

Pruebas de laboratorio

La núm. 2 "Electroencefalográficas": "sólo en pacientes no intoxicados ni sometidos a hipotermia", observándose los siguientes requisitos: "Trazado lineal sin respuestas bioeléctricas a distintos estímulos sensitivos- sensoriales, aplicados durante la obtención del registro". Y a continuación se menciona el número de electrodos a utilizar, la distancia interelectródica, la amplificación del aparato, la constante de tiempo, terminando que "el registro debe tener una duración mínima de 15 minutos repetidos a las 6 horas".

La núm. 7 Prueba de la atropina: "Inyectar por vía intravenosa de a 2 a 4 mg de atropina, observando las posibles modificaciones del electrocardiograma. No debe existir aceleración de la frecuencia cardíaca al efectivizar la prueba, realizando la observación durante seis minutos."

Según lo expuesto en las Sextas Jornadas Médico-Legales y Criminológicas celebradas en Tucumán, en abril de 1997, planteamos que se admiten dos clases de certificación de muerte: una para trasplantes, la que tendría que ser suscripta en un acta por tres médicos, y otra para la inhumación en cementerios. Por los problemas jurídicos que podrían plantearse ello es inadmisibile.

Por otra parte, y según conclusiones del Dr. Do Pico en referencia al tema, la Ley nacional de trasplantes 21.541, necesita ser actualizada pues presenta fallas médico-legales y jurídicas profundas:

La muerte desde el punto de vista médico-legal y jurídico es un "instante o un momento" y no un proceso como dice la ley.

Una persona jurídicamente (concepto que debe privar y no el concepto médico asistencial) está muerta en el "instante" en que tiene el paro respiratorio y cardíaco, funciones vitales básicas o mínimas de vida, debiendo ser este paro: "total o completo y definitivo o irreversible".

Los medios o métodos artificiales o electromecánicos para mantener las funciones cardiorespiratorias o la vida en forma artificial, deben cesar, previa consulta médica, cuando ya no haya posibilidades razonables de recuperación espontánea, de esos centros cardio-respiratorios.

La muerte cerebral, encefálica, del tronco encefálico o clínica, es una muerte aparente, no real, irreversible a veces, pero parcial. Esta muerte utilitaria, permite extraer, sobre todo, el corazón, cuando aún no ha dejado de latir. Es una muerte por conveniencia, por acuerdo de un grupo de médicos.

La extracción del corazón y la consiguiente muerte de seres que han dejado de tener valor social, como los que presentan muerte cerebral, debe ser considerada como homicidio por cuanto no objetivan el paro cardio-respiratorio irreversible y completo.

Entendemos que la ley de trasplantes, en su art. 21, autoriza la extracción del corazón, cuando el mismo aún no ha dejado de latir, es decir en un agónico, en un ser vivo. La muerte cerebral sería de esta manera, una variedad de muerte civil, en la que el dador, ya no pierde sólo sus derechos civiles, sino también el derecho a la vida, estando esto en contra, según nuestra manera de pensar, del art. 103 del Cód. Civil.

La extracción en una persona del corazón latiendo, cuya muerte sea inminente, con lesión cerebral irreversible, para nuestro Código Penal, constituye delito. Nuestra ley de trasplantes actual legaliza dicho acto, siempre y cuando el dador o sus familiares, den su consentimiento por escrito de acuerdo a lo especificado en el art. 11 de la misma y de su Reglamentación. Consideramos que para que no se interprete que ha habido engaño o fraude, se especificará de acuerdo a la esencia de dicho artículo que toman conocimiento que el corazón se extraerá estando éste latiendo.

Si aceptamos que a una persona, por el hecho de presentar en forma irreversible la muerte cerebral, se le puede extraer su corazón funcionando, según la ley de trasplantes, sin cometer homicidio, pensando de esta manera, no deberíamos tener inconveniente que cuando se hace diagnóstico de agonía muy prolongada, incierta o dolorosa, se pueda

requerir, que la eutanasia sea incluida entonces, como justificante, sin cometer homicidio y "así iremos entrando, bajo el concepto de adelanto de la medicina, en una serie de concesiones, de cuya peligrosidad, no podemos siquiera llegar a imaginar."

Si una persona dona solamente sus córneas, efectuado el diagnóstico de muerte cerebral y extraídos sus globos oculares de acuerdo a la ley de trasplantes, debe ser inhumado con el corazón latiendo, antes de las 4 hs. Por lógica, una vez retirado el respirador y ante la ausencia de respiración espontánea, el organismo entraría en anoxia, que lo llevaría a la muerte. Jurídicamente podría contemplarse si el retiro del respirador es delito.

La extracción en el dador del corazón latiendo, no es indispensable. Schumway, de la Universidad de Stanford, California EEUU, extrae corazones de centros médicos de ablaciones alejados hasta 700 km., del sitio de donde se realizó el trasplante, colocando al corazón a inyectar en solución especial, a 4 grados sobre cero. Este simple método, le da al corazón una vitalidad, que no lo afecta durante tres horas.

El concepto de muerte cerebral o muerte clínica, llamada por nosotros "muerte social", no es más que una parcialidad, que jamás debe pasar más allá de un "valor pronostico pero no de decisión". La muerte "debe ser una sola, sin apellidos, sin adjetivos."

Desde el punto de vista médico-legal, para evitar desorientaciones jurídicas, siempre se deben considerar los mismos parámetros, para efectuar el diagnóstico de muerte y, al legalizar la muerte cerebral, por la ley de trasplantes, se pone al arbitrio de algunos profesionales, la declaración de muerte de una persona.

No pueden existir dos clases de muerte, una para trasplantes y otra para ser inhumado directamente. El examen clínico médico-legal y no social, debe privar sobre el diagnóstico por aparatos o mecanización de la medicina. Ningún procedimiento técnico actual puede reemplazar, sin tener causas de error, al diagnóstico clínico opinión soberana e indiscutida en la medicina, para determinar la muerte de una persona.

CONCLUSIONES:

El hombre es corpóreo, el cuerpo no es algo exterior a él, materialmente distinto o independiente del hombre en sí. Sin embargo con la muerte, al desaparecer la persona, no es posible hablar de una continuación residual de la personalidad. Nos encontramos frente a un bien material, que como los demás bienes personalísimos, puede ser objeto de relaciones jurídicas determinadas con la posibilidad de disponer de él dentro de ciertos límites.

Existe un derecho personalísimo sobre una cosa futura respecto del propio cadáver, limitado por los intereses públicos; cuando se ejercita ese derecho se excluye a los parientes, no se requiere de una expresión solemne por acto testamentario, es unilateral, y sólo se admite cuando no tiene carácter oneroso sino que es gratuito.

Cuando una persona dispone que sus despojos sean cremados, que puedan extraerse de los mismos órganos para trasplante, cuando decide donarlos a un instituto con fines científicos, etc, está ejerciendo un poder jurídico asimilable al del testador que dispone de sus bienes. Se trata de un acto unilateral y revocable, que deberá ser respetado por sus familiares siempre y cuando no contradiga la moral y las buenas costumbres. Si se produjera la muerte sin haberse expresado disposición al respecto, se tendrá a la voluntad de los más allegados.

Por lo antes desarrollado, el cadáver es una cosa con comercialidad relativa, ya que por motivos de moralidad y salubridad pública son muy limitadas las relaciones jurídicas que lo pueden tener por objeto.

Similar a lo referido a las partes separadas del cuerpo, puesto que si bien se las puede considerar cosa, objeto de propiedad y susceptibles de entrar en el mercado, dicho dominio y comercialidad dependerán siempre de que la ley y las buenas costumbres no se opongan (por ejemplo: no podrían venderse miembros amputados para la confección de objetos industriales).

Con referencia a la determinación del momento de la muerte la postura que considera que la muerte es un instante, y no un proceso, es más acertada. Una vez acaecida la muerte, aparece el " proceso de muerte " donde comienzan a actuar los fenómenos físicos, químicos y microbianos. Las dos funciones vitales mínimas de todo ser humano son la respiración y la circulación, y solamente cuando estas dos funciones cesan de forma irreversible y total aparecen los signos de la muerte real. Si una persona se encuentra con funcionamiento respiratorio y cardíaco asistido por medios electromecánicos de reanimación está vivo; opinar lo contrario implicaría aceptar una concepción de muerte parcial, limitada sólo a un grupo de células, que son las nerviosas.

Bibliografía:

- ACHAVAL ALFREDO. Manual de Medicina Legal. Abeledo Perrot. 1975. Buenos Aires.
- ACHAVAL ALFREDO. Muerte Súbita. Una forma de morir. Ed. Abeledo Perrot. 1996. Buenos Aires.
- AREAN BEATRIZ. Manual de Derechos Reales. Ed. Abeledo Perrot. 1997. Buenos Aires.
- BORREL MACIA ANTONIO. La persona humana. Bosch Casa Editorial. 1953. Barcelona
- CIFUENTES SANTOS. Derechos Personalísimos. Ed. Lerner 1974. Buenos Aires.
- DO PICO. La Certificación de la muerte ante la ley de transplantes. (Ley 21.541) La Ley 1982. Tomo D.
- ECHAZU DARDO. Investigación de la muerte. Ed. Policial 1973. Buenos Aires.
- GATTI EDMUNDO. El cuerpo humano, el cadáver y los derechos personalísimos. La Ley, 1977 tomo C pág. 747.
- GHERSI CARLOS A. Manual de Derecho Civil. Parte General. Ed. Astrea. 1993.
- HERRERA EDUARDO. La Ley 1982 Tomo D.
- HIGHTON ELENA. Nuevas Formas de Dominio. Ed. Nolasco. 1993 Ed. AD-HOC 2º edición.
- MALICKI ANAHI S.M. El Cadáver. Actos Dispositivos
- PRAXIS MÉDICA. PROTECCION DEL PROFESIONAL: Suplemento del Diario del Mundo Hospitalario. Publicación de la Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires. Año 5 Nº 20 . Julio de 2001.