

# LA LEY

## ACTUALIDAD

Buenos Aires, jueves 20 de diciembre de 2007

Año LXXI N° 245 / ISSN 0036-1636

Opinión

### Permiso para morir en la Justicia Argentina

POR CARLOS R. GHERARDI

Se analiza la presentación judicial efectuada en Octubre del 2000 por el esposo (A.M.G.) de una señora (M. del C.) con 35 años y un estado vegetativo permanente (EVP) de más de 2 años de evolución, en la que solicitó autorización para el retiro de la hidratación y nutrición artificiales con el fin de permitir su muerte. Los fundamentos de la denegatoria del Tribunal de Familia Nro. 2 de San Isidro el 2/05/2002 y también de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por un fallo unánime justifican un análisis médico y bioético del caso en cuestión (S.MdC, SC Buenos Aires, 09/02/2005). Se debe comenzar por la descripción que el Asesor de Menores efectúa de la paciente, y que fuera repetidamente citada en los correspondientes fallos: *"Verdaderamente me sorprendí, pues no hallé lo que esperaba, pensé que encontraría, según el diagnóstico, a una persona físicamente deteriorada, inmóvil, como dormida, desatendida, conectada a algún respirador mecánico y con máquinas que controlaran su pulso o ritmo cardíaco, pero lo cierto es que hallé a una mujer con excelente aspecto físico y estético, arreglada, despierta, respirando por sus propios medios y sin ninguna máquina que la controlara. Sólo cuenta con una sonda de gastrostomía mediante la cual se la alimenta e hidrata. Quedé realmente impresionado por su parpadeo, dirigía su mirada hacia distintas partes, tosía, se movía al toser y efectuaba algunos gestos con el rostro". Este Asesor pidió el rechazo de la petición "in limine" por la defensa del derecho a la vida y por considerar que hacer lugar a la petición eventualmente configuraría el abandono de persona seguida de muerte u homicidio calificado. En su argumentación, el Asesor se refiere al Creador y a la parábola de los talentos. Y concluye "que debe mantenerse incólume la esperanza del Milagro". El amor y la fe demandarán siempre reposo en un corazón heroico. Ese heroísmo puede radicar en saber esperar los tiempos de Dios, que sabemos no son los tiempos del hombre".*

La credibilidad y el impacto que este insólito relato -que parece corresponder a una persona casi normal, cuando en verdad se trata un trágico cuadro de quien ha perdido irreversiblemente toda actividad cognitiva sin exhibir los atributos esenciales de comunicación y afectividad que caracterizan la identidad de la persona-, efectuado por el único funcionario judicial que efectivamente vio a la paciente, puede haber ejercido sobre los magistrados es imaginable cuando se observa que su cita ha sido frecuente por parte del Procurador de la Corte y algunos de los jueces en los fundamentos de sus votos. La probable percepción equívoca en quienes han tenido

que decidir una cuestión tan compleja y opinable se acentúa cuando ninguno de ellos ha visto a la paciente, ni tampoco recogieron ningún testimonio de los múltiples testigos ofrecidos (familiares, profesionales, religiosos) y tantos otros. Aunque no existiera obligación procesal, nada prohibía a los jueces contar con declaraciones testimoniales para enriquecer su propio conocimiento por parte de quienes tienen la difícil obligación de fallar en un caso tan complejo. Y es inimaginable que algún juez no haya sentido la obligación moral de ver a la paciente o conocer al esposo y a sus hijos para evaluar el entorno familiar que este caso suscita.

#### I. El derecho a la vida. El soporte vital

La vida es el derecho humano básico que se defiende primariamente como pilar fundamental de los objetivos de la medicina desde la época hipocrática. (1,2). Pero la defensa de la vida considerada como un valor absoluto, que todos los jueces invocan, significa en esta etapa tecnológica de la medicina un verdadero mandato de encarnizamiento terapéutico. No es correcto expresar "los galenos tienen el deber de prolongar la vida" (Hitters) ni que ante un hipotético rechazo de tratamiento "cesaría el deber de los galenos de mantener la vida a ultranza" (Hitters), porque desde Hipócrates ese nunca fue un deber absoluto de la medicina (2). En todo el fallo se ignora la existencia del "soporte vital" en la atención médica y quizá de allí proviene incorrecta percepción de la medicina crítica y la ausencia de una perspectiva bioética. La vida comprende un comienzo, un transcurso y un fin y en este caso debemos centrarnos en el fin de la vida y concretamente en la muerte que la define e integra constitutivamente (1,2). La aparición del soporte vital en la medicina asistencial ha cambiado el eje del debate e inicia la primera experiencia de campo en la cual debe aceptarse la vinculación entre una acción médica y la llegada de la muerte. Su existencia desde hace más de cuarenta años generan la posibilidad de aplicarlos, no aplicarlos o suspenderlos, por lo que en este escenario *las decisiones sobre la utilización de estos métodos de soporte tienen una influencia decisiva y generalmente cercana en la determinación de la muerte del paciente (muerte intervenida)* (3,4). Y los problemas éticos son distintos cuando el paciente está inconsciente, como en este caso (EVP), donde al hablar de vida biológica se intenta definir la existencia vital a través de números, fórmulas y gráficos que indican las funciones de órganos y sistemas por imperio del sostenimiento externo (4). Si algún juez hubiera visto a la paciente quizá pudiera haberse preguntado,

(Continúa en pág. 2) ►

#### Notas

(1) JONSON, A.; SIEGLER, M.; WINSLADE, W., "Clinical Ethics", 3rd Edition, 1992.

(2) The Hastings Center. Las metas de la medicina: establecer nuevas prioridades. The Hastings Center Report, Supl. Especial, Nov.-dic., 1966.

(3) LAUREYS, S.; BERRÉ, J.; GOLDMAN, S., "Cerebral function in coma, vegetative state, mini-

mally conscious state, locked-in syndrome, and brain death". Yearbook of intensive care and emergency medicine 2001. Ed. J.L. Vincent, pág. 386-396, Springer, 2001.

(4) GHERARDI Carlos R., "La muerte intervenida. De la muerte cerebral a la abstención o retiro del soporte vital". Medicina (Buenos Aires), 2002; 62:279-290.

Actualidad Parlamentaria

### Proyectos de reformas al Código Civil (\*)

El martes 4 de Diciembre, la Cámara de Diputados dio media sanción a dos Proyectos de Ley que persiguen modificaciones al Código Civil de la Nación.

El primero de ellos versa sobre los accesos a caminos públicos, y fue firmado por los Diputados oficialistas Balestrini y Cigogna.

La iniciativa, propone la incorporación del Artículo 2660 bis al Código Civil, disponiendo que los propietarios de heredades contiguas a un pueblo, cercado por heredades vecinas y privado de salidas a caminos públicos, están obligados a dejar un camino de seis metros de ancho hasta el acceso a los caminos públicos. Se establece además que el camino debe ser trazado por el trayecto más corto o por las vías que tradicionalmente se utilizaren, y el propietario, que sólo está obligado a soportar el paso, no podrá reclamar indemnización alguna.

Finalmente se establece que esta obligación es imprescriptible y sólo se extingue por la apertura de caminos públicos suficientes.

Según pluma de los autores, este proyecto pretende dar solución al problema de los pueblos cercados por propiedades privadas y sin salidas a los caminos públicos. Según los firmantes, esta incorporación no afectaría derechos de propiedad, dado que no implicaría un desmembramiento de la propiedad y, correlativamente, aporta soluciones a las poblaciones aisladas.

Por último, los autores establecen que la iniciativa tiene como fin conciliar el derecho de propiedad del titular dominial de los inmuebles contiguos al pueblo con el derecho al desarrollo cultural y progreso económico de los habitantes del pueblo cercado.

El segundo proyecto con media sanción de Diputados, también de autoría de Balestrini y Cigogna, propone, en primer lugar, la incorporación de un apartado final al Artículo 1831 del Código Civil, comprendido dentro del Capítulo VII -De las donaciones infructuosas-, del Título VIII -De las donaciones-, de la Sección III del Libro II.

La redacción vigente del artículo dispone que *"si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas, hasta que sean cubiertas sus legítimas."*

El párrafo que se pretende incorporar establece que la reducción declarada por los jueces no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles, constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de

buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido.

Finalmente, el Proyecto propone la sustitución del Artículo 3955 del Código Civil, que actualmente afirma que la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

La nueva redacción del 3955 afirma que *"La acción contemplada por los artículos 1831 (1) y 1.832 (2) de este Código no es prescriptible sino desde la muerte del donante."*

Un tercer proyecto que persigue modificaciones al Código Civil fue aprobado en la Comisión de Legislación General y es de autoría del Diputado Osvaldo Nemirovski (FpV Río Negro). La iniciativa sustituye los artículos 3953 y 3954 del mencionado Código, en lo relacionado a la porción legítima de los herederos.

En lo concerniente al artículo 3593, la redacción vigente establece que la porción legítima de los hijos **es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador**, y los que hubiere donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3.570 (3). La nueva redacción del artículo instaura que la porción legítima de los hijos será de **de las dos terceras partes**, e incorpora tres párrafos más al texto. El primero de ellos establece que tanto el padre o la madre podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a cualesquiera de sus hijos o descendientes.

Como segundo párrafo se incorpora la mención que indica que cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. Finalmente, como tercer párrafo, se agrega que la tercera parte restante será de libre disposición.

En lo que respecta al artículo 3594, la redacción vigente establece que la legítima porción de los ascendientes es de **dos tercios** de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3.571 (4), mientras que la propuesta aprobada para el 3594 modifica el porcentaje estableciendo que la legítima porción será de **la mitad de los tercios**. ♦

#### Notas

(\*) Redacción La Ley.

(1) Hace mención a la nueva redacción del 1831.

(2) **Art. 1832.** La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada:

1° por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación;

2° si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas.

(3) **Art. 3570.** Si han quedado viudo o viuda e hijos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de los hijos.

(4) **Art. 3571.** Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes.

## Permiso ...

(Viene de pág. 1) ►

tal como lo hizo el Juez Stevens en el fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos de 1990 sobre Nancy Cruzan, si la vida de esa joven era la misma a la que se refería la Constitución y la Declaración de Independencia de su país (5).

### II. La muerte cerebral. La muerte natural

La muerte encefálica fue el resultado del informe del Comité de Harvard (integrado por diez médicos con la asistencia de un abogado, un historiador y un teólogo) que aconseja en 1968 una nueva definición de muerte basada en la irreversibilidad del daño cerebral producido (JAMA 5/08/1968). La propuesta fue que en pacientes en coma y ante la presencia de determinados signos taxativamente descriptos debía suspenderse todo método de soporte asistencial, en especial el respiratorio. Simultáneamente se sugiere la elaboración de una norma legal que, para protección de los médicos, declarara a la persona muerta antes de retirarle del respirador y la explícita mención de los dichos del Papa Pío XII respecto que la prolongación de la vida y la verificación del momento de la muerte eran de incumbencia estrictamente médica (6). La muerte encefálica expresó la necesidad de poner límites en la atención dado el avance tecnológico; fue producto de una convención, instaló a la muerte como un diagnóstico médico, y abrió la posibilidad futura y cierta de modalidades de muerte intervenida como formas frecuentes y hasta predominantes en el final de la vida, por oposición a la muerte natural que era la única existente durante toda la historia de la vida del hombre (6). La muerte natural que invocan en este fallo muchos jueces (Negri, Soria, Pettigiani y otros) citando la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 12 inciso 1) casi no existe en la era tecnológica de la medicina más allá del lenguaje de la propia Constitución Provincial. Salvo en el supuesto de una muerte súbita, o se muere en terapia intensiva actuando hasta que la desaparición de la reversibilidad de un cuadro con amenaza de muerte exija cesar con la aplicación del soporte vital o se muere en medio de cuidados activos para paliar el dolor y el sufrimiento omitiendo la aplicación de toda la tecnología que impida una muerte digna. E incluso, dentro de lo que se llama muerte súbita, los procesos de reanimación efectivos que se aplican (masaje cardíaco y ventilación, aunque sea boca a boca) se suspenden, si no se recupera el ritmo cardíaco y respiratorio propio después de un tiempo variable o cuando se constata la presencia de una enfermedad crónica incurable.

El juez Soria fue el único juez que menciona a la muerte cerebral como manifestación del cese de la actividad de la corteza y del tronco cerebral (*whole brain criterion*) (3,4). Esto último implica el cese de las funciones

corticales (coma, ausencia de motilidad voluntaria y sensibilidad) y aquellas dependientes del tronco cerebral (reflejos que involucran pares craneanos, ausencia de respiración espontánea (3,4,6). El juez Soria afirma correctamente que en "los términos de perspectiva jurídica a que el tribunal debe ceñirse, (...) el caso que se trata es ajeno a lo prescripto en el artículo 23 de la ley 24.193 (Adla, LIII-B, 1344)" donde la legislación argentina acepta la muerte encefálica, manifiesta también que la paciente exhibe alguna funcionalidad de su tronco cerebral, y que no obstante su nula posibilidad de reversión aún está con vida o al menos "con cierto tipo de vida". Este el momento de recordar que más allá de la ley, el muerto encefálico también tiene cierto tipo de vida (7,8) como lo demuestra la integridad endocrina, la actividad eléctrica cortical, las respuestas a su estimulación externa por parte del sistema nervioso autónomo, la vitalidad de las células germinales como el esperma y el registro de muertes encefálicas en las que su corazón no se detiene en pocas horas o días sino después de semanas, meses y hasta en algunos casos después del año (9). Finalmente, hay mujeres embarazadas con muerte encefálica en quienes se han mantenido los signos vitales (¿vitales?) hasta plazos de cien días para permitir el nacimiento de niños con absoluta normalidad (10).

### III. Los estados vegetativos

Los estados vegetativos son cuadros intermedios con menor daño neurológico que la muerte cerebral, y donde el coma es el resultante de una injuria cerebral con lesión variable como en el estado vegetativo persistente, demencias profundas y otros, en los que no se cumplen los criterios aceptados de muerte cerebral (indemnidad del tronco cerebral y de las funciones respiratoria y circulatoria), pero transcurren con pérdida absoluta de las funciones corticocerebrales superiores. Tienen abolida la conciencia, la afectividad y la comunicación con conservación de los ciclos sueño-vigilia, y fuertes estímulos pueden provocar apertura ocular, si los ojos permanecen cerrados y también acelerar la respiración, el pulso y la tensión arterial. Los reflejos y movimientos oculares están conservados y también los reflejos protectores del vómito y de la tos. El estado vegetativo implica inexistencia de la percepción de sí mismo y de su entorno y es el paradigma de las situaciones clínicas que desarrollaron el criterio de muerte neocortical (*high brain criterion*) en los que la lesión neurológica irreversible se asienta en los centros superiores existentes en la corteza cerebral aunque con indemnidad del tronco cerebral. El estado vegetativo persistente (hasta un mes) no implica irreversibilidad. El calificativo de estado vegetativo permanente y que denota irreversibilidad corresponde a aquel que dura tres meses después de una inju-

ria no traumática y doce meses después de una injuria traumática (3,4). Este estado vegetativo permanente (EVP) es el que tiene nuestra paciente M. del C. hace casi ya nueve años.

El criterio cerebral superior (*high brain criterion*) abandona completamente el sentido puramente biológico de la vida que regula la homeostasis de las funciones vegetativas y prioriza los aspectos vinculados a la existencia de la conciencia, afectividad y comunicación como expresión de la identidad de la persona (11). Esta línea de pensamiento es la base de la teoría de la identidad personal de Wikler que argumenta que cuando queda abolida totalmente la conciencia como en el EVP la persona desaparece, quedando en cambio 'vivo' el cuerpo biológico que la albergó. El juez Negri objetó la calificación de "vegetativo (en lo que se ha dado en llamar con fuerte matiz cosificante) del paciente", como si esta mención significara un demérito para el ser humano. También el juez Pettigiani cita a la Real Academia Española, y sugiere que se está calificando de vegetal a un ser humano. Debieran saber estos jueces que la regulación involuntaria de las funciones del sistema nervioso se llama vegetativo y comprende el sector simpático y parasimpático y éste es el significado de la nomenclatura neurológica por siempre aceptada en medicina. La frecuencia aumentada de los estados vegetativos es dependiente, como en el caso que examinamos, de una "exitosa" reanimación cardiovascular que no le impidió, no obstante, el establecimiento de una encefalopatía anóxica muy grave. Los muertos encefálicos primero y ahora los estados vegetativos se presentan como claros "emergentes del progreso médico", y han sido muy bien interpretados por el juez Brennan ya en 1990 cuando en el fallo sobre el caso "Cruzan" dice "los progresos de la medicina han creado en efecto una zona crepuscular en donde la muerte comienza y la vida, en cierto sentido no ha cesado todavía" (5).

### IV. Indicaciones de abstención y suspensión de soporte vital

Las indicaciones de tratamiento o su contraindicación se gestan siempre por iniciativa médica, pero no son absolutas ni indiscutibles desde el punto de vista científico. El carácter de extraordinario o desproporcionado, obligatorio u optativo de un soporte dependerá de en qué circunstancias son aplicadas. Entre las indicaciones absolutas y obligatorias y las contraindicaciones claras y no objetables existen una mayoría de decisiones optativas y, a su vez, dentro de ellas, existen las neutras que son aquellas que no son necesarias ni está prohibido aplicar (no están indicados ni contraindicados); y las supererogatorias, que se refieren a las que exceden de la obligación propiamente dicha (12). Y dentro de las acciones consideradas optativas (neutras y las supererogatorias) existe un amplio margen para la discusión profesional. La hidratación y nutrición en un estado vegetativo permanente son optativas pudiendo ser

consideradas por algunos como de acción neutra (no modifica el cuadro clínico del paciente) o supererogatoria (va más allá del deber médico). Siguiendo la nomenclatura anterior son medidas extraordinarias y desproporcionadas, calificaciones que sólo indican su posicionamiento respecto de la enfermedad de base y ninguna obligatoriedad o prohibición para su uso. Contrariamente a los jueces que se refieren a la misma, la jueza Kogan ha sido la única que considera como extraordinaria a la hidratación y nutrición justamente teniendo en cuenta la manifiesta irreversibilidad del estado vegetativo permanente de la paciente.

Además de los estados vegetativos existen otros cuadros clínicos críticos irreversibles y/o irrecuperables en los que, cuando se ha aplicado algún método de soporte vital, es corriente y habitual que en algún punto deba decidirse sobre la continuidad o la suspensión de algún procedimiento como la asistencia respiratoria mecánica, la resucitación cardiopulmonar, medicación vasopresora, hemodiálisis, nutrición, etc. Este conjunto de situaciones ante las cuales se debate el retiro o suspensión de soportes vitales, consensuadas académicamente en forma similar por Consensos y Comités Internacionales han sido normatizados en nuestro país por el Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva (12,13,14). Las decisiones médicas guiadas en el principio bioético central de la beneficencia deben respetar también otros valores junto con el de la vida. La vida y la libertad, la identidad, la integridad, la salud y el bienestar constituyen valores que apareados constituyen la fundamentación de una bioética apoyada en los derechos humanos. La obligatoriedad ética de no dañar es anterior y más importante que la exigencia de promover el bien ("primun non nocere") y ha sido reconocido como principio bioético (no maleficencia). Cuando la técnica actualmente disponible y aplicada a la medicina, y en este caso el soporte vital, sustituye como medio a los fines se produce una inversión de las metas de la medicina. Esta medicina de hoy, donde la soberanía de los medios se justificarían a sí mismos nos lleva no sólo a que el fin justificaría los medios, sino que puede hasta consentir que la aplicación indiscriminada de algún medio justificara cualquier fin. La traducción de este imperativo tecnológico a la medicina ("porque se puede se debe") es el sustrato de formas indignas de muerte con sufrimiento, aislamiento y desfiguración (12).

### V. Autonomía. Sustitución de la decisión

El principio de autonomía por el que la fuente de autorización primaria de la decisión de tratar o no tratar emana del paciente y admite el rechazo de tratamiento independientemente de la naturaleza y la evolución de la enfermedad ha sido reconocido expresamente por varios de los jueces (Haibiden en primera instancia) y aunque con

matices diferenciales por varios jueces de la Corte (Hitters, Roncoroni, Genoud, Kogan y Soria). En este sentido es bueno aclarar que en medicina crítica hay decisiones sobre el soporte vital que se deben tomar sin consulta o comunicación previa por la agudeza de la situación clínica (detención cardiocirculatoria, shock, insuficiencia respiratoria), por la urgencia en la toma de decisión (reanimación cardiopulmonar, intubación y colocación de un respirador mecánico) o por la valoración inmediata del resultado (futilidad fisiológica). La cuestión que se analiza extensamente en los fallos es la sustitución de la decisión cuando el paciente no está consciente y no ha dejado directivas anticipadas. Sin perjuicio de la validez de las mismas en el ordenamiento jurídico argentino, para los médicos resulta indispensable atender a las preferencias del paciente cuando se conocen a través de familiares, amigos o médicos. Las directivas anticipadas son infrecuentes hasta en los Estados Unidos donde se las ha impulsado desde hace décadas y generalmente existen en pacientes con enfermedad crónica (por ejemplo cuadros neurológicos), que ya han estado en terapia intensiva o tienen mucha probabilidad de ingresar por la naturaleza de su enfermedad. En cambio son excepcionales en personas jóvenes y en pleno estado de salud como el caso de M. del C. En nuestro caso su esposo refiere no conocer ninguna opinión sobre las preferencias de la paciente al respecto, aunque dos personas muy allegadas a ella, una de ellas psicóloga, manifestaron que, por conversaciones mantenidas con la paciente, su opinión es que no hubiera deseado ser mantenida viva en estas condiciones. Este testimonio no fue tomado en cuenta por ninguno de los jueces y tampoco se las aceptó como testigos de igual forma que con todos los ofrecidos.

En medicina crítica se torna difícil cumplir con el principio de autonomía porque es habitual la incompetencia del paciente (coma, estupor o acción farmacológica) o en razones del privilegio terapéutico (no es aconsejable la consulta al paciente sobre sus preferencias en virtud de la gravedad del estado). Ante esta situación, cuando es posible, para el médico es indispensable la participación de la familia o su representante en la toma de decisión (12). En este punto de la discusión del caso tres son los problemas que se presentan como conflictivos en el fallo de la Corte y que finalmente inclinan la decisión denegatoria: (i) si es posible la sustitución de la decisión sobre la vida, (ii) quién es la 'familia' y (iii) el particular carácter de la hidratación y nutrición como tratamiento. La sustitución de la decisión cuando el paciente es incompetente es lo normal en el paciente crítico; y la resolución siempre es tomada por terceros, su apoderado, un familiar, los médicos, o aun un juez, todos 'terceros' al fin, como bien dice el Dr. Bidart Campos en la presentación del recurso por este caso ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Cuando el juez Roncoroni pretende distinguir entre la

#### Notas

(5) "Missouri contra Cruzan", en BAIRD, Robert M.; ROSENBAUM, Stuart E., "Eutanasia: Los dilemas morales", Capítulo 20, Barcelona, Martínez Roca, 1992, págs. 191-233.

(6) Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to examine the

definition of brain death. A definition of irreversible coma, JAMA, 1968; 205:337-340.

(7) President's Commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research: Defining the death: medical, legal

and ethical issues in the determination of death. Washington D.C. U.S. Government. Printing Office. 1981.

(8) YOUNGNER, S.J., "Defining Death: A superficial and fragile consensus Arch". Neurol. 1992; 49:370-2.

(9) SHEWMON D.A., "Chronic Brain Death", meta-analysis and conceptual consequences". Neurology 1998; 51: 1538-1545

(10) POWNER, D.J.; BERNSTEIN I.M., "Extended somatic support for pregnant women alter brain death". Crit Care Med 2003; 31 1241-49.

(11) WIKLER D., "Who defines death? Medical, legal and philosophical perspectives. Brain death". E. Elsevier. 1995. Pág. 13-22.

(12) BEAUCHAMP, T.L. and CHIL-DRESS, J.F., "Principios de Ética Biomédica", 4ta Edición Masson, 1999.

conducta médica para conseguir la cura o el alivio de una enfermedad en contraposición con la decisión sobre la vida o la muerte muestra su desconocimiento sobre las decisiones en medicina crítica respecto del soporte. El planteo que hace el juez entre tratar para vivir y matar para morir es equivocado porque ignora la esencia misma de la terapia intensiva donde la muerte siempre es posible y hasta esperable. Y en este caso particular es menester darse cuenta que el EVP es la cronificación de la evolución de un coma de un estado crítico, con amenaza de muerte, como final de un proceso emergente del progreso tecnológico. La excelente resucitación que se le efectuó a M. del C. resultó no obstante tardía y quedó con el cuadro de EVP que hoy tiene y que también pudo haber finalizado con muerte encefálica que es simplemente un paso más de injuria cerebral (3).

La afirmación del juez Roncoroni de que aceptar actitudes como la solicitada en este expediente judicial llevar al peligro de “*desembocaren atrocidades como las que provocó la Alemania nazi o en la reimplantación de una nueva roca tarpeya*” sólo pueden explicarse a partir del absoluto desconocimiento del problema que se analiza. Se puede sostener una opinión contraria por otros motivos atendibles, pero no es el mejor argumento sugerir la calificación de asesinos a quienes no piensan como el Sr. Juez. En el mismo sentido que lo anterior puede encuadrarse la expresión del Dr. Hitters que dice “no poder proveer una autorización para la muerte”, porque el marco del ‘permitir morir’ es el encuadre que cabe a este proceso en que la vida biológica pende del hilo que significa el soporte vital (4). Y en este sentido la referencia del mismo juez respecto de que “la irrazonabilidad del tratamiento no está demostrada palmaria y manifiestamente”, no es comprensible por cuanto nadie duda médicamente de la irreversibilidad del cuadro y de la imposibilidad absoluta de modificar su evolución. Aun más, el EVP es el mayor ejemplo de futilidad médica que se expone en la bibliografía al hablar sobre este tema (12). La referencia que el mismo Dr. Hitters efectúa sobre el criterio bioético de los mejores intereses no es absoluto, porque esto se vincula no sólo con los intereses del paciente (intrapersonales) sino también con los que comparan la vida del paciente con la de otros (interpersonales) como el entorno familiar y social donde transcurren los hechos e incluye decisiones que por definición y eventualmente pueden conducir a la muerte en este tipo de pacientes.

## VI. La familia

En este caso el esposo de la paciente solicita la autorización para la interrupción de la hidratación y nutrición, sus hijos son menores de edad y los padres y hermanos de la paciente se presentan en el juicio manifestando su oposición al citado pedido. El juez Hitters parece finalmente condicionar incluso su voto a la falta de unanimidad en la decisión familiar. No es infrecuente la falta de consenso en todo un grupo familiar; y cuando esto ocurre, el diálogo permanente

con los médicos permite acuerdos y eventualmente un Comité de Ética puede ayudar a la mejor elaboración de los argumentos encontrados. “Si no obstante esto no fuera posible, convendría priorizar la opinión del familiar que resulte con mayor compromiso afectivo con el paciente por su convivencia habitual”, dice la pauta 13.3 del Comité de Bioética de la Sociedad antes aludida. Para un médico la familia es aquel familiar, amigo, allegado o compañero que está todo el día y todos los días con el drama que significa tener un afecto muy cercano en estado crítico. Es quien transmite la opinión reflexiva y racional de quien estuvo, está y estará con el paciente, con el que lo quiere, lo cuida, lo protege y ocupa un lugar prominente en la célula familiar donde está instalado el paciente de que se habla. La familia para el médico no es una entidad abstracta y su opinión no es la suma algebraica de todas las opiniones, ni el resultado de una votación ni de la unanimidad, que aunque deseable, no siempre se puede lograr. En el caso de M. del C. su esposo, que la ha cuidado y la cuida desde el comienzo de su infortunio y quien también cuida a sus cuatro hijos, uno de los cuales es producto del parto cuya complicación marcó el comienzo de este drama y de cuya situación psicológica ningún juez se preguntó en tantas fojas del fallo, tiene y representa toda la autoridad moral que puede esperarse de la familia de la paciente. Esta autoridad moral deviene entonces de quien protege y cuida la célula familiar soportando el diario dolor que representa la convivencia con este cotidiano sufrimiento que no tiene fin, durante estos largos casi nueve años. Sería mejor el consenso de los padres y hermanos pero, si no se lo tiene a pesar del diálogo que ha existido, este hecho no nos puede paralizar. Hasta en este caso se cumple con el ordenamiento que nuestra propia ley 24.193 de trasplantes indica en su art. 21 para la familia respecto de la facultad de autorizar la ablación de un muerto cerebral, decisión también importante y grave. Primero el cónyuge o compañero, luego los hijos y finalmente los padres y los hermanos. Aunque obviamente esto no es aplicable a este caso, como lo dice el Juez Soria, la ley no previene lógicamente que deban sumarse todos los acuerdos o desacuerdos de la cadena familiar.

Cuando a pesar de otras consideraciones respecto de la inexistencia de normas en el derecho positivo para acceder a la petición, el Juez Hitters manifiesta finalmente como un problema que no puede resolver la falta de un “criterio unívoco” en la familia por la opinión de los padres que están en “las antipodas”, todo hace presumir que una unanimidad podría haber cambiado su decisión. De igual forma el Juez Roncoroni menciona como importante para él, más allá de todos los argumentos jurídicos, en la toma de decisión final “los disímiles deseos del círculo familiar íntimo”. Tampoco la jueza Kogan, que considera la hidratación y nutrición como métodos extraordinarios para un EVP, accede a la petición ante “la falta de voluntad consensuada de los familiares más cercanos”. Finalmente la opinión del tercero, en este caso el

familiar, debe respetarse cualquiera sea el sentido en que lo exprese. El sufrimiento de quien padece semejante infortunio con un familiar no termina con la decisión cualquiera fuera la elegida. Quien desee seguir con su vida adelante con el cuidado eterno de un EVP merece el mismo respeto que quien desea se permita morir a quien ya ha perdido los rasgos y atributos que lo identifican como persona respecto a la comunicación, conciencia y afectividad. El sufrimiento será permanente en ambos casos, sólo que cada uno tiene el derecho de elegirlo. Y en este caso quizá sólo el esposo de M. del C. y sus hijos, que no desean convivir con la herida permanente abierta, podrán decirnos cuánto de cierto y razonable hay en la teoría de la identidad personal de Wikler cuando afirma que en el EVP la persona desaparece, quedando en cambio ‘vivo’ el cuerpo biológico que la albergó (11).

## VII. Hidratación y nutrición. Hambre y sed

Lamentablemente el hambre y la sed, a la que alude el Juez Negri en la última apelación de su voto por la negativa de la solicitud del esposo, no son sensaciones que pueda tener M. del C., porque ella está privada de poder disfrutar de toda percepción subjetiva. La visión simbólica de la muerte producida por hambre y por sed no tiene ninguna relación con la decisión solicitada. La provisión del oxígeno que nos da el aire respirado también integra nuestra cultura de la vida pero no obstante ello se detiene la respiración mecánica en la muerte cerebral en virtud del daño encefálico y en muchas otras circunstancias de cuadros clínicos de evolución irreversible que se asisten cotidianamente en terapia intensiva (4). Cuando los jueces Negri y Pettigiani, con mucho efectismo, hablan de interrupción de bebida y comida al referirse a la interrupción de la hidratación y alimentación, y se refieren a la sed y el hambre, debe recordarse que la paciente no toma un vaso de agua ni come una porción de comida como nosotros. La gastrostomía no es la vía natural para la administración de nutrientes y como todo procedimiento primariamente quirúrgico tiene complicaciones, como la paciente ya tuvo varias. La hidratación y nutrición es un tratamiento ordinario y proporcionado para cualquier circunstancia médica que no sea absolutamente irreversible como en este caso en donde se transforma en extraordinario y desproporcionado. Pero cuando se apela a las formas del morir también debe saberse que en los pacientes terminales conscientes que mueren en su casa rodeados de sus familiares, como era habitual hace más de cincuenta años, la enfermedad misma autoregula la homeostasis del final de la vida con poca o nula ingestión de líquidos y sólidos y los pacientes aún competentes no perciben sed ni hambre.

## VIII. Milagros y creencias

El juez Pettigiani luego de citar la desconcertante descripción de la paciente por parte del Asesor de Menores concluye: “*no estamos frente a una paciente claudicante sino frente*

*a quien con un contexto físico suficiente carece momentáneamente de una función que siéndole restituida podría llevarla al goce de una vida plena. No es un organismo decrepito sino más próxima a la vida que a la muerte*”. No se puede interpretar con seriedad esta afirmación que parece más producto de la fantasía que del raciocinio. Quizá si hubiera visto a la paciente tendría otra opinión. El mismo Sr. Juez, como ya lo ha expresado en otro fallo de la Corte en el que se solicitaba una autorización para interrumpir un embarazo con feto anencefálico (B.A. s/ Autorización Judicial - SCBA 22/06/2001 —LLBA, 2001-1298—), dice creer en el milagro y en que “lo que hoy no es posible, quizá mañana sí”, y que “mientras hay vida, hay esperanza”, pensamiento que con referencia a estos dos casos (anencefalia y EVP) significaría la aparición de los hemisferios cerebrales ausentes y la restitución de la corteza cerebral destruida respectivamente en cada uno de ellos. Cualquiera tiene todo el derecho de creer en el milagro, pero lo cierto es que en este caso no creen en él ni los ministros de la religión católica que profesa la familia y que testimoniaron a favor de la petición. “*El amor y la fe demandarán siempre reposo en un corazón heroico. Ese heroísmo puede radicar en saber esperar los tiempos de Dios, que sabemos no son los tiempos del hombre*”. Este texto del Asesor de Menores y que el Procurador de la Corte repite en su rechazo a la petición de la apelación, merecen una reflexión final. Más allá de toda creencia nadie puede imponer a otro la obligación supererogatoria de ser héroe o mártir cuando no se lo quiere ser. El mismo Juez Brennan, en el fallo sobre Nancy Cruzan, ya citado, dice sabiamente “*el instante de la muerte, hoy día se halla en manos del hombre*” (5).

## IX. Conclusiones

Con la denegatoria judicial M. de C. hoy lleva casi nueve años de evolución y todavía no se ha efectuado el retiro del soporte hídrico y nutricional que le permitiría morir en paz. La decisión judicial condena a un esposo

e hijos no sólo a no poder disfrutar jamás de una esposa y madre con los atributos humanos que conocieron, sino tampoco a poder, nadie sabe por cuánto tiempo, venerarla y recordarla como muerta. La decisión judicial ignora que, desde hace varias décadas, el debate sustantivo de la medicina de estos tiempos pasa por la interrupción o no aplicación de un método de soporte vital, lo que en términos de asistencia médica implica el no-tratamiento y consecuentemente el establecimiento un límite en la atención médica en situaciones de clara irreversibilidad clínica. Es necesario abrir el debate hacia las situaciones que hoy son habituales en medicina crítica reconociendo el diagnóstico de muerte cerebral como una convención derivada de la observación clínica, de su frágil y discutible argumentación biológica, de la controversia vigente en la discusión bioética y sí reducir la cuestión únicamente en la compleja metafísica de la muerte. Si ahora se observa todo este proceso como un continuo gracias a los hechos operados en estos últimos cuarenta años, resultará difícil aceptar llanamente que la muerte (la muerte cerebral) existe antes del establecimiento del límite, o finalmente puede debatirse si la muerte (¿la única?) ocurre en realidad después de establecido ese límite.

Varios jueces en el fallo de la Corte de la Provincia de Buenos Aires se refieren a la ausencia de normas del derecho positivo argentino para legitimar jurídicamente una decisión como la solicitada en estas actuaciones. No nos corresponde efectuar ninguna consideración al respecto, sino más que decir que hemos escuchado y leído muchas veces que los principios generales del Derecho, el Derecho Internacional, el Derecho comparado y la propia Constitución Nacional pueden permitir la apertura de un cauce legal posible frente a situaciones no explícitamente expresadas en la legislación cuando se logra transmitir la realidad de los acontecimientos y su racionalidad moral, bioética y médica. Creemos haber hecho un aporte a esa transmisión de la realidad como parte de nuestra obligación. ♦

## Noticias

### Universidad Argentina de la Empresa

## Tendencias del Derecho Societario a nivel internacional y nacional

### Concurso de monografías en Derecho

La Universidad Argentina de la Empresa convoca al concurso de monografías en homenaje al Dr. Jorge E. Rivarola sobre el tema **Tendencias del Derecho Societario a nivel internacional y nacional**. La convocatoria estará dirigida a abogados, graduados de universidades nacionales o extranjeras. La iniciativa tiene como objetivo incentivar y fomentar la profundización del conocimiento jurídico en los temas societarios y promover la investigación y la producción de material científico, estimulando la participación de los profesionales del derecho. El premio consistirá en el otorgamiento de una estancia académica (pasaje aéreo y estadía) en la Universidad de Salamanca (España). Los trabajos monográficos deben ser individuales e inéditos y no superar una extensión de 50 carillas. Los concursantes deberán presentar sus trabajos bajo pseudónimos, acompañando sus datos personales en un sobre cerrado. La recepción de los trabajos finalizará el 31 de marzo de 2008. Todo el material deberá entregarse en la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), Lima 717, 1er. piso. El Jurado estará compuesto por los Dres. Héctor Alegria, José María García Cozzi y Daniel Vergara del Carril. Las bases pueden consultarse en [www.uade.edu.ar/concursoderecho](http://www.uade.edu.ar/concursoderecho). Para más información, comunicarse al 4000-7645 o escribir a [actividadesderecho@uade.edu.ar](mailto:actividadesderecho@uade.edu.ar).

## Notas

(13) Task force on ethics of Society of Critical Care Medicine: Consensus report on the ethics of foregoing life-sustaining treatments in the critically ill. Crit. Care Med. 1990; 18:1435-1439.

(14) Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva. Pautas y recomendaciones para el retiro y/o abstención de los métodos de soporte vital. Medicina (BsAs) 1999; 59, 501-504.

(15) BERNAT, J.L., CULVER, C.M., PERT, B., “On the definition and criterion of death”. Ann Inter. Med. 1981; 94:389-94.

# LA LEY

## ACTUALIDAD

4 Buenos Aires, jueves 20 de diciembre 2007

Noticias

### Colegio Público de Abogados de la Capital Federal - Matrícula

Se encuentra al cobro la matrícula 2007/08 que corresponde al ejercicio económico N° 22 que abarca el período desde el 1 de mayo de 2007 al 30 de abril de 2008.

El monto es de \$ 130 de acuerdo a lo aprobado por la Asamblea de Delegados.

Además, el mismo órgano fijó el valor del Bono de Derecho Fijo en \$ 10.

Los horarios de cobro son de 7.30 a 16 hs., en Corrientes 1441, P.B. ♦

### Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

#### Premio Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

##### Ensayo Edición 2007

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre la base del Convenio oportunamente suscripto, abren la convocatoria de trabajos sobre "Educación universitaria para personas con necesidades especiales y derechos humanos" para el otorgamiento del Premio Ensayo - Edición 2007.

El concurso está abierto a todos los graduados de cualquier Facultad de Derecho del país.

##### Recepción de trabajos:

Los trabajos, que deberán ser individuales, inéditos y originales, deberán presentarse en Mesa de Entradas de la Facultad de Derecho (Av. Figueroa Alcorta 2263 — CP 1425 —, Planta Principal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires) hasta el martes 1 de abril de 2008.

##### Premio: una medalla de oro

##### Bases y condiciones:

[www.derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar) - [www.tsjbaires.gov.ar](http://www.tsjbaires.gov.ar)

##### Más información:

Secretaría de Investigación, Av. Figueroa Alcorta 2263

Horario de atención: lunes a viernes de 9 a 20 hs.

Tel: 4809-5690

Correo electrónico: [internacionales@derecho.uba.ar](mailto:internacionales@derecho.uba.ar)

Secretaría de Investigación

### Novedades bibliográficas en el mundo

Administración electrónica. Cerrillo i Martínez, Agustí, 2007 [EDITORIAL ARANZADI]

Regulation and public interests. The possibility of good regulatory government. Croley, Steven P., 2007 [PRINCETON UNIVERSITY PRESS]

Grupos públicos de sociedades. Fuertes López, Mercedes, 2007 [MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES]

Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación Marco Molina, Juana, 2007 [ATELIER]

La détermination du prix dans le contrat. Etude comparée entre le Droit français et le Droit hellénique. Gardounis, Emmanuel, 2007 [ETAB. EMILE BRUYLANT]

La multipropiedad. Torres Lana, José Ángel, 2007 [IUSTEL PUBLICACIONES]

Responsabilidad por culpa "in eligendo" o "in vigilando". Responsabilidad del cabeza de familia; responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos menores. Responsabilidad de los centros docentes por los daños de sus alumnos y de los empresarios por los daños causados por sus empleados. González Orviz, M<sup>a</sup> Eloina, 2007 [BOSCH CASA EDITORIAL]

Emerging issues in intellectual property. Trade, technology and market freedom: essays in honour of Herchel Smith, 2007 [EDWARD ELGAR PUBLISHING LIMITED]

Contract Law. An introduction to the english Law of contract for the civil lawyer. Cartwright, John, 2007 [HART PUBLISHING]

Les principes de la responsabilité civile. Jourdain, Patrice, 2007 [EDITIONS DALLOZ-SIREY]

Istituzioni di Diritto privato. Trimarchi, Pietro, 2007 [DOTT. A. GIUFFRÉ - EDITORE]

El daño por intromisión. Derecho y economía. Cano Martínez de Velasco, José Ignacio, 2007 [DILES]

La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos. Santos Morón, María José, 2007 [IUSTEL PUBLICACIONES]

Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina. Boggio, Luca, 2007 [DOTT. A. GIUFFRÉ - EDITORE]

Igualdad de trato en el Derecho de sociedades. Ruiz Peris, Juan Ignacio, 2007 [Librería TIRANT LO BLANCH]

Grupo de empresas y Derecho antitrust. La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo. Girgado Perandones, Pablo, 2007 [MARCIAL PONS, Ediciones Jurídicas y Sociales]

The new corporate accountability. Corporate social responsibility and the Law. McBarnet, Doreen, Voiculescu, Aurora, Coautor: Campbell, 2007 [CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS]

Fairness in consumer contracts. The case of unfair terms. Willett, Chris, 2007 [ASHGATE DISTRIBUTION SERVICES]

