Comunicación del Académico Dr. Alberto Rodríguez Varela

El tema que me corresponde desarrollar es polémico. Debo hablar de la muerte. Pero no de la muerte de un vegetal o de un animal. Mi cometido es mucho más arduo porque debo referirme a la muerte del hombre, al fin de la vida de esa sustancia individual de naturaleza racional, con vocación de eternidad, creada a imagen y semejanza del Altísimo, compuesta de materia y espíritu, que adquiere en la perspectiva cristiana un valor y una dignidad inmensurables.

Se me dirá que debo ceñirme a hablar de la muerte desde una perspectiva estrictamente jurídica. Ocurre, empero, que a pesar de los esfuerzos mecanicistas de los últimos siglos, que tienden a divorciar, de modo absoluto, a la teología de la filosofía y a ésta de las diversas disciplinas científicas, una visión del hombre que guarde fidelidad a Aristóteles y Cicerón, a Agustín de Hipona y a Tomás de Aquino, no puede ceñir su enfoque jurídico a lo que dispongan los ordenamientos positivos vigentes.

Quiero, por ello, ser sincero. Mi visión del derecho no se agota en la exégesis de la norma jurídica sancionada por el legislador humano. Tiene como Fundamento a Dios, Causa Eficiente Primera de todo orden. Las corrientes ateas, agnósticas, inmanentistas, relativistas, materialistas, y otras que niegan la existencia de un Dios trascendente, pretenden prescindir de Aquel que es el único verdadero sustento del orden

natural. El negar a Dios tiene, además, consecuencias trágicas en el campo del Derecho. Porque como lo apunta Dostoievski en *Los endemoniados*, si Dios no existe todo está permitido. En vano invocaremos la intangibilidad de la vida o la significación trascendente del hombre, porque ésta ha quedado reducida a una partícula en la inexorable evolución del cosmos, a un fragmento de un gran engranaje, a lo sumo, al momento en que la materia en evolución dialéctica toma conciencia de su existencia.

Todo esto no son abstracciones distantes de la realidad. Todo lo contrario. El siglo XX, a través de los satánicos totalitarismos de signo diverso pero de común vocación humanicida, ha comprobado a qué extremos conduce la negación de Dios y, por vía de consecuencia, de la dignidad connatural al hombre y de sus derechos esenciales.

Por eso no oculto que en la base de mi pensamiento jurídico se encuentra la *ley eterna*, a través de la cual "desde su eternidad Dios pone orden en los seres materiales y en el ser espiritual del hombre" [1]. Esa ordenación —como explica Monseñor Derisi— Dios la comunica a sus creaturas por la *Ley Natural*, impresa en su naturaleza y que el hombre conoce por medio de su inteligencia. El *Derecho natural* es uno de sus capítulos más relevantes y tiene por objeto el *obligar* a dar a cada uno lo suyo [2]. Finalmente, la *ley positiva* que sancionan los hombres no tiene otra vigencia o fuerza moral obligatoria que la que viene de constituirse en una determinación histórica del Derecho Natural [3]. Por ello enseña el Dr. Angélico en su *Suma Teológica* que "Todas las leyes en cuanto participan de la recta razón, en tanto se derivan de la ley eterna" [4]. Agrega Derisi que "porque el derecho positivo se funda y alimenta de la obligación moral del Derecho Natural, cuando se opone a este Derecho Natural pierde su fundamento moral y su consiguiente vigencia y obligación de ser acatado" [5]. Como lo expresa con claridad Santo Tomás, "en cuanto (la ley humana) se separa de la razón, dícese ley inicua, y no tiene carácter de ley, sino más bien de cierta violencia" [6]. En otras palabras, el derecho positivo, en la pers-

1 OCTAVIO NICOLAS DERISI, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Buenos Aires, "El Derecho", 1980, p. 251.

2 Idem, p. 259

3 Idem, p. 260.

4 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma teológica*, traducida por el R.P. Manuel Mendía, Madrid, Moya y Plaza Editores, 1881, I-II: 93, III: 615.

5 OCTAVIO N. DERISI, op. cit., p. 261.

6 SANTO TOMAS DE AQUINO, op. cit., I-II, 93, 3, p. 615.

pectiva tomista, pierde su vigencia jurídica, deja de ser derecho, cuando se opone abiertamente a la justicia —ya que no hay derecho que no sea objeto de la justicia— o cualquier otro precepto de la Ley natural. Más que de derecho injusto —advierte Derisi— debe hablarse de un derecho inexistente o de "corrupción de la ley".

El tema de la oportunidad y legitimidad de la desobediencia, activa o pasiva, o de la conveniencia de soportar prudencialmente una ley inicua, así como todo lo concerniente a la forma como la Historia y la Cultura condicionan el campo propio del legislador humano, remite al examen de otras cuestiones que están más allá de esta exposición. Baste afirmar que en la perspectiva jusnaturalista toda ley positiva puede y debe ser objeto de una exégesis que determine, en primer lugar, si vulnera algún parámetro de la ley natural. El jusnaturalismo opera así como una garantía frente a cualquier extralimitación estatal. Fue el olvido, el desconocimiento o el rechazo de este enfoque lo que en el siglo XX abrió las puertas a los desbordes totalitarios precisamente porque en sus presupuestos figuraban enfoques inmanentistas, negadores de Dios y de todo orden natural objetivo. Y ya que tengo que hablar de la muerte frente al derecho, señalo, con Zbigniew Brzezinski [7], que ese extravío práctico, a nivel planetario, justifica que la presente centuria sea considerada "el siglo de las megamuertes".

No me parece exagerado el rótulo que pone a nuestra época el autor de *El Gran Fracaso* [8], en el que efectuó un detallado inventario que eleva a aproximadamente 50 millones de muertos el costo en vidas humanas del experimento bolchevique. No menos escalofriantes son las cuentas del racismo germano. Baste recordar que la eliminación de 300.000 minusválidos y de supuestas "vidas humanas sin valor", de 6.000.000 de hebreos y de 800.000 gitanos, durante el régimen de Hitler, se cumplió con adecuación a "leyes eugenésicas" que, en rigor, eran sólo iniquidades con forma de normas.

El siglo XX se nos presenta así como una extraña paradoja. Por un lado, la afirmación de los derechos humanos ha alcanzado nivel planetario. Y por otro, nunca la muerte de personas inocentes había sido prodigada en la Historia con

[7] ZBIGNIEW BRZEZINSKI, *Out of Control*, cit. por EMILIO J. CARDENAS en "A propósito de mi primer 'Seder'", "La Prensa", 8-4-1993.

[8] ZBIGNIEW BRZEZINSKI, *El gran fracaso*, Buenos Aires, Javier Vergara, 1989.

tanta desaprensión. Brzezinski arriesga la cifra de 170 millones de muertos, víctimas de las guerras, el totalitarismo o el genocidio.

Este humanicidio cósmico no se habría producido si los hombres no hubieran extraviado la genuina visión del derecho, recibida de griegos, romanos, judíos y cristianos, y no hubieran llevado hasta extremos apocalípticos el pecado de soberbia, pretendiendo erigirse en supremos y absolutos creadores de normas negadoras de Dios y del orden natural.

El derecho argentino

La República Argentina, desde sus orígenes históricos se encuentra indisolublemente unida a la tradición jusnaturalista de inspiración cristiana. Al adherir al constitucionalismo, lo hizo descartando las versiones racionalistas, voluntaristas o iluministas del jusnaturalismo [9], para optar por la corriente que reconoce a Dios como fuente de toda razón y justicia. Así lo proclama el Preámbulo de nuestra Constitución histórica, consagrando su texto, de modo explícito o implícito, derechos esenciales cuya vigencia no puede ser alterada por las leyes que los reglamenten. Sarmiento, al postular en la convención de 1860 la incorporación al texto constitucional del art. 33, precisó que los principios que sirven de base a los derechos fundamentales del hombre *son superiores a la Constitución.* En igual sentido se expresó en dicha Asamblea Vélez Sarsfield, sosteniendo que tales derechos *son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y a todo cuerpo legislativo, y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución* [10]. Igual enfoque jusnaturalista adoptó, diez años después, Bartolomé Mitre, al manifestar en la convención porteña de 1870 que *hay derechos superiores y anteriores a toda Constitución escrita, que no se inscriben ni se borran nunca* [11].

9 Ver: OCTAVIO N. DERISI, op. cit.; TOMÁS D. CASARES, *La Justicia y el Derecho,* Buenos Aires, 1945; JOSÉ CORTS GRAU, *Curso de Derecho Natural,* Madrid, 1953; GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La historicidad del hombre, del derecho y del Estado,* Buenos Aires, 1965; MANUEL V. ORDÓÑEZ, *El derecho natural,* en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", Nº 15; FEDERICO TORRES LACROZE, *Introducción al Derecho,* Buenos Aires, 1967.

10 Asambleas Constituyentes Argentinas, Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad de Buenos Aires, 1937, V. 702 y 705.

11 Cit. por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional,* T. II, p. 98, Buenos Aires, 1966.

Resulta, pues, forzado, pretender agotar el derecho argentino en el marco de la legislación positiva. Los autores de la Constitución no pretendieron crear los derechos que proclamaban. Como lo explica Bidart Campos, los reconocían como naturales, "o sea, exigidos por la justicia en forma tal que la normatividad constitucional sólo los reconoce, los constata, los positiviza, en cuanto encierran un valor, un deber ideal: no nacen del texto estatal, ni de la voluntad de los constituyentes" [12].

Como debo referirme a la muerte, no puedo menos que recordar a su presupuesto, que es la vida, en particular, la vida inocente. Dejo, por ello, ahora a un costado otras hipótesis de significación jurídica en las que se *muere* y se *mata*, como la guerra, regulada por el Derecho de Gentes —que es parte del Derecho Natural— y el Derecho Internacional Público, cuyas normas forman parte del derecho positivo. Tampoco me ocuparé de la legítima defensa, contemplada en el art. 34 inc. 6º del Código Penal y considerada por Santo Tomás como aplicación del "principio del doble efecto" [13]. Finalmente, dejo también de lado el tema de la pena de muerte, que el reciente Catecismo de la Iglesia Católica admite para hipótesis de extrema gravedad, y la cuestión derivada del derecho que tiene la autoridad pública de rechazar por medio de las armas a los agresores de la sociedad, tal como lo destaca el mismo documento romano [14].

Quiero limitarme, en esta exposición, a los efectos jurídicos del *morir* y a la prohibición de *matar de modo directo* a cualquier persona inocente [15].

La legislación argentina

La Constitución Nacional, precisamente porque positiviza criterios básicos del derecho natural, ampara la vida inocente y proscribe todo pretenso "derecho a matar". Bidart Campos lo explica claramente cuando señala que "toda autoriza-

12 Ver: ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, Capítulo: *Fundamentos del derecho a nacer*, en el volumen "El Derecho a Nacer", p. 15, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

13 SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., II-II, 64, 7, p. 408.

14 Catecismo de la Iglesia Católica, versión oficial en español, Asociación de Editores del Catecismo de la Iglesia Católica, Madrid, 1993, Nº 2263/2267.

15 Ver: Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción "Donum vitae", intr. 5, cit. en "Catecismo de la Iglesia Católica", op. cit., Nº 2258.

ción legal o infralegal para privar de la vida ofende a la Constitución, en cuyo art. 33 (de los derechos implícitos) se aloja sin lugar a duda el derecho a la vida, porque sin vida humana no se puede gozar ni ejercer ningún otro derecho" [16]. Como lo sostiene Gregorio Badeni en un libro reciente [17], una interpretación finalista, sistemática y dinámica de los preceptos de la Ley Fundamental obliga a reconocer que el derecho a la vida integra el concepto de "hombre" al que se refiere el articulado del texto constitucional. "Sin vida —subraya Badeni— no existe el hombre, ni la libertad y dignidad que le garantiza el texto constitucional. *Sin el amplio reconocimiento del derecho natural de vivir no existe una Constitución personalista*".

La implícita declaración del texto constitucional adquiere carácter explícito en la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por el Congreso mediante la ley 23.054. Con arreglo, pues, al art. 31 de la Constitución dicha Convención es, desde su vigencia, *ley suprema de la Nación*. Su artículo 4º, apartado 1º, establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida "a partir del momento de la concepción". En igual sentido, el art. 63 del Código Civil reconoce como personas a las que "no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Con sujeción a elementales principios de hermenéutica constitucional, de los tratados internacionales y de la legislación positiva, y a la aplicación de la regla analógica del art. 16 del Código Civil, la condición de persona debe reconocerse también a quienes fueren concebidos fuera del claustro materno. Unos y otros, de acuerdo con el art. 70 del mismo ordenamiento, pueden adquirir ciertos derechos "como si ya hubiesen nacido". Sabiamente Vélez Sarsfield advierte en la nota al art. 63 que las personas por nacer no son personas futuras porque ya existen desde el momento de la concepción.

Lo expuesto significa que el derecho argentino ha incorporado a su normativa un axioma que el Miembro de la Academia Pontificia de Ciencias, Profesor Jerome Lejeune, describe en los siguientes términos: "tan pronto —dice Lejeune— como los veintitrés cromosomas paternos se encuen-

16 GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Comentario a fallo Nº 40.831*, publicado en "El Derecho", 17-6-1988, p. 7.

17 GREGORIO BADENI, Capítulo: *El derecho constitucional a la vida*, en el volumen cit. "El Derecho a Nacer", p. 31.

tran con los veintitrés cromosomas maternos, está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo". Así —agrega Lejeune— "el nuevo ser empieza a manifestarse tan pronto como queda concebido" [18]. Añade J. C. Wilke que en la historia del mundo nunca existió, ni existirá jamás, un ser idéntico a éste. Es un ser único que contiene dentro de sí un código genético, completamente programado, y que se mueve activamente hacia una existencia humana adulta. Tiene, bajo cualquier marco, una vida propia, y de ninguna forma es una parte de la madre o del padre. *Nada se añadirá a este ser, entre el momento de la fecundación y el momento de su muerte al llegar a la vejez, excepto el tiempo, la nutrición y el oxígeno. Está ahí en su totalidad, a la espera de recorrer cada una de las etapas del desarrollo*" [19].

El aborto

Como consecuencia de lo expuesto, el primer tema, en orden cronológico, que debemos considerar al referirnos a la muerte frente al derecho es el de la interrupción provocada de la gestación. Ello así porque como lo explica Jean Rostand, Premio Nobel de Biología, "existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre, todo entero, ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero, con todas sus potencialidades... Por lo tanto, *todo aborto es, sin duda, un pequeño asesinato*".

El tema del aborto, en el curso del siglo XX, adquiere dimensiones inmensurables. Me refiero, en primer lugar, al denominado *aborto no convencional.* Eduardo Zubizarreta señala al respecto que hay hoy en el mundo aproximadamente doscientos cincuenta millones de mujeres a las que se les ha colocado un dispositivo intrauterino. Agrega que está científicamente demostrado que hay un promedio anual de dos abortos anteriores a la anidación por cada mujer que lleve dicho dispositivo [20].

[18] Cit. por ARMANDO S. ANDRUET (h.), *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación "in vitro" en particular,* "El Derecho", T. 127, p. 824.

[19] Doctor y Sra. J. C. WILKE, *Manual sobre el aborto,* Pamplona, EUNSA, 1983, p. 22.

[20] Ver: ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *Fundamentos del Derecho a Nacer,* op. cit., p. 25.

Por esta vía llegamos a la aterradora cifra de quinientos millones de abortos anteriores a la anidación, a los que debemos sumar los abortos convencionales que algunos calculan en aproximadamente cincuenta millones. ¿Qué juicio definitivo formulará Dios con relación a este contradictorio siglo XX, que enaltece al hombre hasta extremos mitológicos y que al mismo tiempo le niega, como nunca en la historia, el derecho a vivir? Los 170 millones que Zbigniew Brzezinski invoca para calificar la presente centuria como "el siglo de las megamuertes", se vuelven pocos frente al número de abortos convencionales y no convencionales, registrados no en un siglo sino sólo en un año.

No puedo detenerme, por los límites de esta exposición, en la reseña de la legislación comparada, orientada en las últimas décadas hacia la legalización del aborto. Quiero, no obstante, mencionar un caso, porque ha ejercido y continuará ejerciendo un deletéreo influjo sobre las legislaciones y las prácticas de todo el planeta. Me refiero, concretamente, a los Estados Unidos de América, en los que no hubo ninguna regulación federal sobre el aborto hasta el 23 de marzo de 1973. En esa fecha la Corte Suprema dictó sentencia en el célebre caso "Roe vs. Wade". En su pronunciamiento el Alto Tribunal descalificó como inconstitucional una ley estadual que reprimía el aborto no terapéutico. Con arreglo a la doctrina de la sentencia, corresponde a la propia mujer y a su marido decidir por su cuenta y riesgo el aborto durante los tres primeros meses de gestación. Entre el tercero y sexto mes, la autoridad sanitaria intervendrá para que el aborto se practique en las mejores condiciones. A partir del sexto mes de gestación la decisión queda reservada a las autoridades [21].

La Conferencia Episcopal de los Estados Unidos calificó la sentencia de la Corte Suprema de *licencia para matar.* Declaró, asimismo, que se trata de un pronunciamiento inmoral, no sólo por atentar contra la vida misma de los inocentes, sino también por las injustas y despóticas atribuciones que el Estado asume y delega en los médicos. Es una decisión

21 Ver: NICETO BLAZQUEZ, *El aborto,* Edición B.A.C., Madrid, 1977, p. 52. El mal ejemplo americano ha sido seguido por el Tribunal Supremo de Canadá en la sentencia del 28 de enero de 1988 ("Dr. Henry Morgentaler c/la Reina"). El Tribunal de Otawa, por mayoría de cinco votos contra dos, fundó el "derecho a matar" en el derecho a la seguridad de la persona... Ver: FERNANDO MIGNONE, *Los grupos pro vida emprenden la batalla. El debate sobre el aborto en Canadá,* en "ASD Prensa", año IV, edición semanal, Nº 94, 30-11-88.

—expresan los Obispos— que desafía todos los derechos divinos y humanos, por lo que se pide a los ciudadanos *desobediencia* formal a la autoridad y poner todas sus fuerzas al servicio de una campaña abierta y eficaz contra tan injusto decisorio.

Los presidentes Reagan y Bush procuraron una modificación del criterio abortista de la Corte Americana a través de la designación de jueces comprometidos con la defensa del derecho a la vida. No les alcanzaron, empero, los doce años de sus mandatos para lograr esa anhelada modificación jurisprudencial. Las perspectivas, a partir de la asunción del Presidente Clinton son inquietantes. Precisamente al conmemorar los 20 años de "Roe vs. Wade" adoptó medidas tendientes a eliminar restricciones impuestas a la práctica del aborto por el presidente Reagan y "autorizó el uso de fetos abortados para investigaciones médicas" [23]. "Nuestra visión —sostuvo Clinton— debe ser la de unos Estados Unidos donde el aborto sea seguro y legal, pero poco común". Lamentablemente la realidad ya ha desmentido tan ingenuo pronóstico. El aborto, a partir de su legalización, ha aumentado en forma geométrica. Con la experiencia de los diez años transcurridos desde la sentencia de "Roe vs. Wade", el Presidente Reagan declaró en 1983 que en los Estados Unidos, durante ese período, habían muerto quince millones de personas por nacer, una cifra superior a la nómina de caídos en todas las guerras internas y externas mantenidas por el gran país del Norte. El promedio oficial es, pues, alucinante: aproximadamente 4.500 abortos diarios.

En cuanto a la experimentación fetal que cuenta ahora con el auspicio de Clinton, las perspectivas son tenebrosas. La licenciada Susana M. Rini, en el ciclo de conferencias sobre procreación artificial y experimentación fetal desarrollado en Caracas, en mayo de 1989, hizo una reseña de los pasos cumplidos por investigadores americanos en los últimos años, con menosprecio total de la vida y dignidad de personas concebidas y con el aplauso de numerosos integrantes de la comunidad médica. Explicó cómo en el Hospital George Washington se practicaron abortos con bebés de siete meses de gestación para experimentar con placentas artificiales. Cuando se consideró suficiente la información recibida, se

[23] Ver: "La Prensa", 23-1-92, primera sección, p. 3.

interrumpieron los circuitos y los bebés murieron. Lo notable es que el médico responsable de la investigación fue premiado por la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de los Estados Unidos. El segundo grupo de "científicos" que practicó la llamada "experimentación fetal" fueron los genetistas. Su objeto fue el diagnóstico precoz de enfermedades o malformaciones para "liberarse" de los discapacitados antes de su nacimiento. Los experimentos neuronales constituyeron el tercer grupo de investigaciones practicadas en personas por nacer. Omito los detalles pero advierto que son verdaderamente impresionantes. No puedo, empero, callar el último capítulo de la experimentación fetal. Me refiero al trasplante de células fetales para el tratamiento de la enfermedad de Parkinson. Para que esta incalificable terapéutica produza resultados apreciables, deben implantarse en el mesencéfalo gran número de células provenientes de 8 a 12 fetos de 8 a 10 semanas de edad por paciente trasplantado. Los fetos abortados por procedimientos comunes no son idóneos para este "tratamiento". Los que se usan como fuente de células han de extraerse con precauciones especiales para practicarles la vivisección, con la ayuda de la ecografía y un sistema especial de aspiración [24].

Lo que suscitó espanto a los Presidentes Reagan y Bush parece entusiasmar al Presidente Clinton. A su juicio hay que "liberar a la medicina de las trabas de la política" [25]. En rigor, lo que está promoviendo es el divorcio absoluto entre la moral y el derecho, acentuando así, respecto de la vida inocente, lo que Juan Pablo II ha denominado una "hecatombe silenciosa".

Nada de lo expuesto es todavía teóricamente posible en la República Argentina. La persona por nacer está penalmente protegida en el capítulo del Código reservado para los "Delitos contra la vida". Los arts. 85/88 reprimen con diversas penas el aborto provocado según mediare o no el consentimiento de la mujer, según ésta falleciere o no como consecuencia de la interrupción de su gestación, o según se produjere o no ese resultado letal en forma preterintencional. Los profesionales del arte de curar tienen pena de inhabilitación es-

[24] ANTONIO PARDO, *¿Programar abortos para trasplantes? El trasplante de células fetales para el tratamiento de la enfermedad de Parkinson*, "ASD Prensa", año IX, Edición Nº 300, 15-3-1993.

[25] "La Prensa", 24-1-93, primera sección, p. 2.

pecial. Media, empero, una causal de no punibilidad en ciertos casos denominados terapéuticos, eugenésicos y sentimentales, contemplados en el art. 86, segundo párrafo, del Código Penal [26].

Germán J. Bidart Campos, al comentar la sentencia de un juez de instrucción que declaró la inconstitucionalidad del art. 86, segundo párrafo, inciso 2º del Código Penal, y denegó la autorización solicitada para que se practicara un aborto, coincidió con el criterio expuesto por el magistrado interviniente. A juicio de dicho autor, la norma en controversia vulnera, en primer término, el derecho a la vida, y, en segundo lugar, el derecho a la igualdad entre todas las personas concebidas [27].

Señalo, no obstante, que a pesar de esas excusas absolutorias que agravian el Derecho Natural y desconocen derechos consagrados en la Constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica, la legislación penal argentina no es, respecto del aborto, en líneas generales, de carácter permisivo. Son varios, no obstante, los intentos de alterarla a través del aborto sentimental, para avanzar seguramente después hacia la desincriminación general que tanto espanta a Juan Pablo II. "Abiertas las puertas a la muerte —ha dicho el Papa— ¿quién las podrá cerrar?"

La destrucción de embriones

La ingeniería genética abre hoy posibilidades no imaginadas hasta hace pocos años. Su aplicación, sin embargo, al campo de la generación humana está sujeta a normas objetivas y trascendentes que no pueden ni deben ser vulneradas. No obstante, el extravío generalizado, a nivel planetario, de la conciencia moral ha inducido a la aceptación por determinados sectores de criterios y medios que se encuentran reñidos con elementales principios del Derecho Natural y que vulneran ordenamientos positivos como la Constitución Nacional, el pacto de San José de Costa Rica y el Código Civil.

Quiero subrayar que toda persona concebida dentro o fuera del claustro materno tiene derecho a la vida y que —como lo advirtió Pío XII— *nadie, en ninguna circunstancia,*

[26] Ver: LUCAS J. LENNON, Capítulo: *La protección penal de la persona por nacer,* en el volumen "El derecho a nacer", p. 61.

[27] GERMAN J. BIDART CAMPOS, comentario citado en nota 16.

puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente [28].

No tengo dudas en el sentido de que la fecundación in vitro, por las razones que ha expuesto el Cardenal Joseph Ratzinger [29], es en sí misma inmoral. No es éste, empero, el punto de vista que quiero desarrollar en esta breve disertación. Debo ceñirme al plano del Derecho, íntimamente vinculado al ámbito de las competencias que son privativas de la autoridad pública para la consecución del bien común. Porque la matanza de embriones es un tema que excede los límites de la intimidad de la conciencia y se proyecta con perfiles sombríos hacia el campo jurídico. Como lo expresó el Presidente Reagan en su célebre debate con Mondale, *el homicidio nunca es cuestión privada.*

En el derecho argentino la muerte directa inferida a una persona concebida in vitro *es siempre antijurídica.* No podría ser de otra forma atento la orientación jusnaturalista de nuestra Constitución histórica. Resulta así nítido que "el derecho inviolable de todo individuo humano inocente a la vida es —como advierte Ratzinger— un elemento constitutivo de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico" [29]. El embrión —todo embrión— tiene derechos inalienables que derivan de la ley natural y cuya existencia no depende de su reconocimiento por la legislación. Roberto L. Andorno ha hecho una prolija enumeración de los mismos [30]: 1) Derecho a no ser discriminado por razones de enfermedades o deficiencias físicas, 2) Derecho a no ser objeto de experimentación, 3) Derecho a la propia identidad genética, 4) Derecho a ser transferido de inmediato al útero de su madre biológica y 5) Derecho a no ser innecesariamente congelado. En otras palabras, derecho a la vida y a no ser muerto con pretextos de investigación o eugenésicos, como si fueran meros objetos y no sujetos titulares de derechos.

El legislador humano no debe permanecer indiferente ante un método que tiende a obtener embriones humanos que —según el cálculo expuesto por el Doctor Leonardo Mc Lean en su conferencia de incorporación a la Academia de Ciencias

28 PÍO XII, Discurso a la Unión Médico Biológica "San Lucas", 12-11-1944, cit. por el Cardenal JOSEPH RATZINGER, *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación,* Buenos Aires, Edic. Paulinas, 1987, p. 15.

29 Cardenal JOSEPH RATZINGER, op. cit., p. 44.

30 ROBERTO L. ANDORNO, *El derecho a la vida: ¿cuándo comienza?* (A propósito de la fecundación "in vitro"), "El Derecho", T. 131, pp. 909/910.

Morales y Políticas— están destinados a morir en un porcentaje que oscila, en grandes números, entre el 60 y el 80 por ciento [31].

Las aberraciones que el ingenio humano puede imaginar y ahora realizar son alucinantes y muestran los extremos a los que se puede llegar cuando se prescinde del orden natural. Baste recordar, por ejemplo, el caso de los investigadores que solicitaron autorización al Consejo Superior de Sanidad de la Gran Bretaña para trasplantar embriones humanos a hembras de cerdo o conejo. No menos escalofriantes son los intentos de obtener fecundaciones entre diferentes especies [32].

Para comprobar el nivel de desaprensión frente a la vida y la muerte de la persona concebida que predomina en algunos niveles de investigación resulta ilustrativo recordar un informe del Profesor Edwards —pionero mundial de los programas FIVET— en el que reconoce que algunos laboratorios recogen ciertos óvulos y los fertilizan *in vitro* sin intención de transferirlos a ningún útero. "Son usados —agrega Edwards— *únicamente* para fines de investigación, para estudios de observación y experimentación. Estos embriones no son los embriones de reserva de las clínicas que tratan la infertilidad a través de la concepción *in vitro*, porque se utilizan de manera semejante a los embriones de animales usados en la investigación" [33]. Los comentarios huelgan. El informe de Edwards, representativo de una mentalidad humanicida que hoy tiene muchos prosélitos, es cabal expresión de la *anomalía moral* que predomina en ciertos círculos científicos.

Joseph Ratzinger señala en su *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente* que la protección que el Estado debe garantizar a toda persona concebida "exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos. La ley no podrá tolerar —es más, deberá prohibir explícitamente— que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos, con el

31 LEONARDO MC LEAN, *Dignidad humana y ética médica*, en "Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas", XVI, I, 411; ARMANDO S. ANDRUET (h.) eleva el porcentaje al 86 %, op. cit., "El Derecho", T. 127, p. 830.

32 ARMANDO S. ANDRUET (h.), op. cit., "El Derecho", T. 127, p. 806.

33 R. EDWARDS, *The ethichal, scientific and medical implications of human conception in vitro*, cit. por ARMANDO S. ANDRUET (h.), op. cit., "El Derecho", T. 127, p. 806.

pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente" [34].

El Código Penal Argentino, sancionado en 1921, obviamente no contiene disposiciones que repriman la destrucción de embriones. José Ignacio Cafferata, en un importante trabajo publicado en "El Derecho" [35], sostiene que, "cuando se destruyen los embriones antes de ser implantados, ya sea porque son sobrantes, no tienen determinadas condiciones de viabilidad, o han sido objeto de experimentación, es una vida la que se troncha y, por tanto, lo que se ha producido es un aborto incriminado por la ley". Lamento discrepar con su tesis. Me inclino hacia la posición de Roberto Terán Lomas [36], Jorge Mazzinghi [37] y Lucas J. Lennon [38], quienes coinciden en la necesidad de formular un nuevo tipo penal. Como lo explica con claridad Lisardo Novillo Saravia [39], es menester una norma específica porque en Derecho Penal está proscripta toda interpretación analógica o extensiva [40]. Pienso, por ello, que el principio de legalidad, consagrado en el art. 18 de la Constitución, impide aplicar la tesis de Cafferata. En consecuencia, parece ineludible que el Congreso deba sancionar una ley que otorgue protección a la vida concebida *in vitro*. Me inquieta, empero, que bajo el influjo de una difundida "mentalidad abortista" [41], se procure sancionar un ordenamiento que —como acontece ya en algún proyecto— en lugar de amparar la vida se pretenda legalizar un nuevo "derecho a matar", como en las hipótesis del art. 86, segundo párrafo, del Código Penal. Si así ocurriere, la ley que se sancionare será inconstitucional por vulnerar la Ley Fundamental y el Pacto de San José de Costa Rica.

34 Cardenal JOSEPH RATZINGER, *Instrucción*, cit. pp. 53/54. Ver: Catecismo de la Iglesia Católica, op. cit., Nº 2275.

35 JOSÉ IGNACIO CAFFERATA, *Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino*, "El Derecho", T. 130, p. 749.

36 ROBERTO M. TERÁN LOMAS, *Derecho Penal*, parte especial, T. 3, p. 387, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983.

37 JORGE MAZZINGHI, *Breve reflexión sobre la fecundación "in vitro"*, "La Ley", 1978-C-993.

38 LUCAS J. LENNON, op. cit., p. 69.

39 LISARDO NOVILLO SARAVIA, *Procreación asistida*, separata de "Anales del Cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Córdoba, 1991, p. 205.

40 LISARDO NOVILLO SARAVIA funda acertadamente su criterio adverso a toda interpretación analógica en Derecho Penal en RICARDO C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, p. 110; SEBASTIÁN SOLER, T. I, p. 145; "Fallos" de la Corte Suprema, T. 137, p. 425; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, p. 210.

41 Cardenal JOSEPH RATZINGER: *Instrucción*, cit., p. 30.

El momento de la muerte

El art. 103 del Código Civil declara que "termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas". El fin de la existencia de las personas físicas fue claramente concebido por el codificador como un instante a partir del cual se operaban significativas consecuencias jurídicas. "La muerte —dice Vélez Sarsfield en la nota al artículo 3282— la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante".

De modo implícito la legislación, desde el punto de vista biológico, se ajustó al tradicional concepto de muerte definido por Bichat: "es la detención funcional del sistema nervioso, de la circulación, de la respiración y de la temperatura" [42]. Los conceptos de "muerte legal" y "muerte real" fueron así coincidentes sin controversia alguna. Se sancionaron en nuestro país normas nacionales, provinciales y municipales que regularon todo lo concerniente a la inhumación de las personas fallecidas. En la ciudad de Buenos Aires, por citar un ejemplo, el sepelio no puede —en principio— realizarse antes de las 12 horas siguientes a la muerte ni después de las 36 horas de producida la misma [43]. Además, el art. 57 del decreto-ley 8204/63 estableció los requisitos que debía reunir el certificado de defunción, otorgado por el médico que asistió al difunto u otro requerido al efecto, figurando entre ellos la causa de la muerte, y el lugar, día, hora, mes y año en que acaeció [44].

El tema del momento de la muerte adquirió dimensiones polémicas a partir de los trasplantes de órganos. Se inició de esta forma una controversia que hasta hoy subsiste y que tiene proyecciones teológicas, filosóficas, biológicas y jurídicas.

En esta ardua cuestión los juristas, obviamente, no podemos decir la última palabra. Porque el instante de la muerte no puede ser precisado por teólogos ni filósofos. Tampoco por los graduados en ciencias jurídicas. Como lo señaló Pío XII en un célebre discurso del 24 de noviembre de 1957, "corresponde al médico dar una definición clara de la muerte y del momento de la muerte". Por supuesto, esa definición

[42] Cit. por CARLOS H. VIDAL TAQUINI, *Muerte real y muerte clínica*, "La Ley", 1980-C, Secc. Doctrina, p. 1066.

[43] Ver: JOSÉ W. TOBÍAS, *Fin de la existencia de las personas físicas*, p. 22, Buenos Aires, Astrea, 1988.

[44] Ver: CARLOS H. VIDAL TAQUINI, op. cit., p. 1069.

no podrá realizarse con criterio utilitarista y pragmático sino con sujeción a rigurosos principios deontológicos que derivan de la ley natural y que la ciencia médica no debe vulnerar.

Los teólogos se mantendrán en la definición según la cual la muerte es la separación del alma y el cuerpo. Los filósofos podrán afirmar que "la muerte es el cese total y permanente de la actividad espontánea de un organismo como totalidad" [45]. Y los juristas aguardaremos la definición de los biólogos y médicos. No estaremos, empero, dispuestos a convalidar ningún criterio médico, ni siquiera en el caso de que sea recogido por la ley positiva, que vulnere el derecho a la vida que se funda en el derecho natural y que en la Argentina se encuentra consagrado implícitamente en la Constitución Nacional y explícitamente en el pacto de San José de Costa Rica, hoy ley suprema de la Nación.

Este es el punto de partida que quiero poner de resalto en un tema tan resbaladizo como el de la muerte a partir de la sanción de las leyes de trasplantes Nº 21.541, 23.464, 23.885 y 24.193, y de la promulgación de los decretos reglamentarios Nº 3011/77, 2437/91 y 928/92.

Me adelanto a declarar que la donación de partes del propio cuerpo es una conducta noble y generosa. Juan Pablo II ha expresado, el 20 de junio de 1991, que "debemos alegrarnos de que *la medicina, en su servicio a la vida, haya encontrado en el trasplante de órganos un nuevo modo de servir a la familia humana*, precisamente salvaguardando el bien fundamental de la persona". Agrega, no obstante, el Sumo Pontífice, en el mismo discurso dirigido a los participantes de un congreso sobre trasplantes de órganos, que "este desarrollo espléndido no carece, por supuesto, de su lado negativo. Aún hay mucho que aprender a través de la investigación y la experiencia clínica; *existen muchas cuestiones de índole ética, legal y social que requieren mayor y más amplia profundización e investigación. Existen, incluso* —advirte el Papa—, *abusos vergonzosos que exigen una acción determinada por parte de las asociaciones médicas y las sociedades de donantes, sobre todo por parte de los organismos legislativos competentes*".

La legislación positiva puede regular la ablación de una víscera impar y vital, como el corazón, para su trasplante,

[45] Ver: WALTER G. JEFFKO: *Para una nueva definición de la muerte*, en revista "Criterio", Nº 1832, 27-3-80.

en tanto provenga de una persona muerta, es decir, de un cadáver. Nunca de un moribundo. En consecuencia, cualquier ordenamiento que se sancionare desconociendo este principio básico estaría viciado de manifiesta inconstitucionalidad.

El debate en nuestro país, a partir de la sanción de la ley 21.541, ha motivado numerosas publicaciones cuya lectura suscita perplejidad y demuestra que la polémica no se encuentra agotada. La muerte, como lo expresa el Concilio Vaticano II, continúa siendo en nuestro tiempo "el máximo enigma de la humanidad" [46]. Así se explica que un gran filósofo argentino, Jorge L. García Venturini, que dedicó sus últimas reflexiones precisamente al tema antropológico de los trasplantes, haya llegado a la frustrante conclusión de que "a pesar de los fabulosos progresos científicos y técnicos, no sabemos cuándo un hombre está muerto" [47]. Se habla así ahora de muerte absoluta o relativa, aparente o real, parcial o total, clínica, molecular, biológica, somática, física, psíquica, funcional, espiritual, social, metabólica, sistemática, legal, cortical, cerebral, encefálica. En fin, como para que los juristas quedemos sumidos en un angustiante desconcierto [48].

Los fundamentos de la ley 21.541 no fueron, precisamente, tranquilizadores. En ellos se expresa que el nuevo texto adhiere "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" [49]. Roberto Terán Lomas, al comentar este texto, advierte sobre su sentido equívoco porque podría interpretarse que si se admite como muerte el comienzo del proceso, y no su terminación, ello podría significar que el "donante" no es un muerto sino un "moribundo" [50]. Con igual sentido crítico, los Doctores Avelino Do Pico, Jorge A. Riu, Lydia Cortecci y María Elena Bellani, sostienen que desde el punto de vista médico legal o jurídico, la muerte es "un instante, un momento", y no un "proceso", como se afirma en los fundamentos

46 Ver: Padre MANUEL DABÓN M. I., *Sentido de la muerte*, en "Iatria" (Revista del Consorcio de Médicos Católicos), año 49, diciembre 1978 (170), 43.

47 JORGE L. GARCÍA VENTURINI, *Los trasplantes y el problema antropológico*, "La Prensa", 30-4-1977. Ver también del mismo autor, *Interrogante antropológico ante los trasplantes*, "La Nación", 20-7-1981.

48 Ver: ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, op. cit., p. 363.

49 "Anales de Legislación Argentina", T. XXXVII-A, p. 149.

50 TERÁN LOMAS, op. cit., p. 364.

de la ley 21.541. Agregan que "la persona está viva y goza de sus derechos civiles, o está muerta y no goza de ninguno de ellos, al dejar de ser persona y transformarse en un cadáver". El médico —dicen— no puede informarle al juez que el examinado está "medio vivo" o "medio muerto". A criterio de estos autores, acaecida la muerte, el instante de la muerte, recién aparece el "proceso de la muerte" o "muerte biológica", donde "empiezan a actuar fenómenos físicos, químicos y microbianos". "Es la muerte de las células que componen los tejidos y las que van a dar lugar a los signos mediatos de la muerte" [51].

El art. 21 de la ley 21.541 es el que suscitó mayor controversia al consagrar el concepto de "muerte cerebral" certificada "exclusivamente a los fines de los trasplantes" por un equipo formado por un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo. A raíz de que algunos interpretaron "muerte cerebral" como sinónimo de "muerte cortical", es decir, cuando su neocortex y no todo su encéfalo haya cesado de funcionar [52], la ley 23.464 modificó el texto del artículo 21. De acuerdo con la nueva definición legal, "el fallecimiento de una persona por la cesación total e irreversible de las funciones encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica, será verificado por un equipo médico" [53]. A juicio de José W. Tobías, la nueva redacción significa que para certificar la muerte se requiere la comprobación del cese total e irreversible no sólo de las funciones superiores sino también de las funciones vegetativas. Agrega que la expresión usada por la ley 23.464 es equívoca, pero debe interpretarse que para certificar la muerte se requiere la comprobación del cese natural de las tres funciones vitales y no exclusivamente de las superiores [54].

El criterio para certificar la muerte fue nuevamente ajustado en la redacción de la vigente ley Nº 24.193.

Su art. 23 declara que el fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo, durante seis horas, los siguientes signos: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de

51 AVELINO DO PICO, JORGE A. RIU, LYDIA CORTECCI y MARIA ELENA BELLANI, *La certificación de la muerte ante la ley de trasplantes (art. 21 de la reglamentación de la ley 21.541). Objeciones médico-legales*, en "La Ley", T. 1982-D, Secc. Doctrina, p. 742.

52 Ver: WALTER JEFFKO, op. cit., p. 137.

53 "Anales de Legislación Argentina", T. XLVII, p. 99.

54 JOSÉ W. TOBÍAS, op. cit., p. 30.

reflejos cefálicos y constataciones de pupilas fijas y no reactivas y d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas. Agrega la norma que la verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible.

La polémica continuó luego de la sanción de la ley 23.464 y seguramente seguirá después de promulgada la reciente ley 24.193.

La Academia Nacional de Medicina, *antes* de la sanción de las leyes de trasplante, dictaminó unánimemente en plenario que la muerte es la cesación irreversible de un sistema o aparato vital que, en forma gradual y progresiva, va abarcando el resto de los otros aparatos o sistemas y en los que resulta ineficaz la aplicación de medidas de reanimación. De valor son los signos de silencio cardíaco (auscultación), los vasculares (pulso ausente), el electrocardiograma, el electroencefalograma ("chato"). Son los signos —dijo el Cuerpo— más o menos ciertos y primeros de muerte irreversible en su conjunto. Eso es necesario y hasta indispensable, pues puede ser una muerte aparente o la agonía, y su confusión comportaría la extirpación del corazón de una persona aún con vida. La responsabilidad —finalizó la Academia— es pues enorme y en ella juegan la ciencia y la conciencia del cirujano [55]. Ignoro cuál es el criterio actual de la corporación, pero lo cierto es que el art. 21 de la reglamentación vigente no recogió todos los signos señalados en el dictamen.

Después de sancionada la ley 21.541 se reunió, en el mes de agosto de 1978, el Congreso Argentino Deontológico de Medicina Psico-Social. El panel que presidió el Doctor Andrés Santas, coordinó el Doctor Jorge Berra, e integraron los Doctores Carlos A. Carranza Casares, Luis María Baliña, Celes Cárcamo, Avelino Do Pico, Roberto Dabusti y el Padre Manuel Dabon, aprobó varias conclusiones en las que se sostiene que "la muerte desde el punto de vista jurídico es un 'momento' que no puede quedar librado al criterio personal de cada médico. Un individuo recién está jurídicamente muerto cuando tiene el paro cardíaco y respiratorio en forma total, definitiva e irreversible. La muerte cerebral, encefálica, del tronco cerebral o 'clínica' es una muerte utilitaria". Agre-

55 Ver: "La Prensa", 6-12-1968, citado por JORGE A. VALERGA ARAOZ, *Antecedentes y opiniones acerca de la muerte cerebral definida por la ley 21.541 de trasplantes de órganos*, "La Ley", 20-11-1980, p. 2.

ga el panel que "la ley de trasplantes, en su artículo 21, autoriza la extracción del corazón cuando aún no ha dejado de latir, es decir, en un agónico. Esta extracción y la consiguiente muerte de seres que han dejado de tener valor social, como los que presentan muerte cerebral, debe ser considerada como delito de homicidio" [56].

Muy crítica es también la posición del Profesor Héctor Enrique Mosso quien, en un estudio titulado *Ciencia, conciencia y trasplante cardíaco*, expresa su opinión coincidente con la del Profesor R. Ciafardo en el sentido de que "la extracción del corazón latiendo constituye homicidio" [57]. Similar es la opinión vertida por Emilio Bonet en su *Tratado de Medicina Legal* en el que sostiene que una persona sólo "en estado de silencio cerebral no es un cadáver real" si la circulación se mantiene. Se trata —agrega— de un "cadáver ficticio" [58]. Análoga fue la opinión sustentada por el Doctor Pedro Cossio [59].

Uno de los estudios más críticos sobre la ley de trasplantes es el publicado por el Profesor Avelino Do Pico y otros distinguidos especialistas en medicina legal [60]. Respecto del momento de la muerte afirman con énfasis que "las dos funciones vitales mínimas del ser humano son la respiración y la circulación, y sólo el cese de las dos en forma irreversible y total, son los únicos signos de muerte real o médico legal". Agregan que "los procedimientos mecánicos, para mantener aquéllas, podrían efectuarse una vez certificada la muerte médico legal, al solo objeto de mantener los órganos con vida para efectuar los trasplantes". Señalan, asimismo, que "de las pruebas funcionales que menciona el art. 21 de la reglamentación todavía hoy vigente (decreto 3011/77), ninguna de ellas descarta la muerte de los centros cardio encefálicos, es decir, que el cese de la respiración y la muerte de estos centros, de ninguna manera nos certifican que el corazón del enfermo haya dejado de latir dada la posibilidad de pruebas falsas a la atropina. Por ello —subrayan—, desde el punto

56 Congreso Argentino Deontológico de Medicina Psico Social. Conclusiones sobre eutanasia. "Iatria" (Revista del Consorcio de Médicos Católicos), año 49, diciembre 1978, Nº 170, p. 3.

57 HÉCTOR ENRIQUE MOSSO, *Ciencia, conciencia y trasplante cardíaco*, Revista "Gladius", año 7, Nº 20, 1991, pp. 89/90. Ver: R. CIAFARDO, *El diagnóstico médico legal de la muerte*, "Prensa Méd. Arg.", 56: 1517, 1969.

58 Cit. por HÉCTOR ENRIQUE MOSSO, op. cit., p. 95.

59 Cit. por AVELINO DO PICO, JORGE A. RIU, LYDIA CORTECCI y MARÍA ELENA BELLANI en op. cit., "La Ley", T. 1982-D, Sec. Doctrina, p. 749.

60 Idem, "La Ley", 1982-D, Sec. Doctrina, pp. 741/755.

de vista médico asistencial nos encontramos ante una persona en período agónico" [61].

No puedo evaluar estas opiniones médicas. Simplemente me llenan de zozobra. La legislación, en general, se orienta de modo creciente hacia la aceptación de la muerte cerebral. A veces, no obstante, en la fundamentación de las reformas, y en la opinión de algunos médicos [62], predominan criterios pragmáticos que no cubren nuestras preocupaciones jurídicas y deontológicas. Lo que los juristas reclamamos es "no la probabilidad, sino la certeza científica de la muerte" [63]. Pedimos a los médicos un "diagnóstico" de muerte y no un pronóstico de muerte inminente [64].

La Pontificia Academia de Ciencias, en declaración que cita el Padre Domingo M. Basso en su libro *Nacer y morir con dignidad*, expresó en octubre de 1985 que "la muerte sobreviene cuando: 1) las funciones espontáneas cardíacas y respiratorias cesaron definitivamente; 2) se verificó una cesación irreversible de toda función cerebral" [65].

¿Las comprobaciones exigidas por el art. 21 del decreto 3011/77, reglamentario de la ley de trasplantes, son suficientes para acreditar el cese espontáneo, definitivo e irreversible de las tres funciones vitales, exigido por la Pontificia Academia de Ciencias? Me declaro incompetente para contestar este interrogante. Sólo los médicos pueden dar una respuesta.

El desconcierto de los hombres de Derecho se acentúa ante algunos diagnósticos erróneos de muerte cerebral. Roberto Terán Lomas cita cinco casos [66], César Delgado Bachman menciona tres [67], y el cardiólogo norteamericano Irwing

61 Idem, p. 748.

62 Ver: JOSÉ W. TOBIAS, op. cit., p. 14, y LUCIO EDUARDO HERRERA, *Justificación legal de la muerte a los fines del trasplante de órganos*, en "La Ley", 13-8-1982, p. 2. Herrera señala que "aun 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".

63 JOSÉ W. TOBIAS, op. cit., p. 15.

64 Idem, p. 15.

65 DOMINGO M. BASSO O. P., *Nacer y Morir con Dignidad* (Estudios de Bioética contemporánea), Consorcio de Médicos Católicos, p. 422, Buenos Aires, 1989. Ver también: Pontificiae Academiae Scientiarum Scripta Varia, *Working Group on the artificial prolongation of life and the determination of de exact moment of death*, october 19-21, 1985, Edited by Carlos Chagas, 1986.

66 ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, *Los trasplantes de órganos ante el Derecho Penal*, "Jurisprudencia Argentina", Serie contemporánea, Doctrina, 1974, p. 745.

67 CÉSAR DELGADO BACHMAN, *Aspecto jurídico del trasplante de*

S. Wright, en una conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Medicina, refiere el caso de un accidentado, con lesiones cerebrales, que fue transferido al Presbyterian Hospital de Chicago como posible cedente. No se le pudo extraer el corazón porque comenzó a exteriorizar signos de vida. Diez semanas después había recobrado el conocimiento. A estos casos podríamos sumar el célebre de Elizabeth Quinlan, que continuó viviendo varios años después de serle desconectado el respirador [68].

Por supuesto se podrán formular muchas explicaciones médicas a estos y a otros casos mencionados en la literatura. Pero el asunto continúa siendo inquietante y polémico.

Entre los publicistas argentinos el tema del momento de la muerte y de los trasplantes ha generado una abundante literatura jurídica [69]. No puedo glosarla en esta sintética disertación. Sólo diré, en resumen, que si los ordenamientos vigentes autorizan trasplantes de órganos vitales provenientes de cadáveres, es indudable que el Congreso y el Poder Ejecutivo han actuado en el ámbito de sus atribuciones constitucionales. Pero si tales cuerpos normativos pretenden autorizar la muerte de personas inocentes, de agonizantes que aún no han terminado su existencia temporal, en ese caso carecen de validez constitucional.

Algunos consideran que la ley de trasplantes otorga una causal de justificación para los médicos y demás responsables de un trasplante [70]. Mediaría, en tales casos, ejercicio de un derecho acordado por la ley (art. 34, inc. 4 C. P.). Discrepo con esa interpretación. El trasplante no es antijurídico si se trata de un cadáver. Pero si la persona está viva, no hay ley que pueda conferir un supuesto derecho a matarla. La conducta será siempre antijurídica porque el derecho a la vida tiene jerarquía constitucional. Como lo explica Roberto Terán Lomas en su *Tratado*, si no hay muerte real, la ablación

órganos, "Revista del Foro", Colegio de Abogados de Lima, números 1, 2 y 3, cit. por JORGE VALERGA ARÁOZ, op. cit., p. 4.

68 "La Prensa", 13-7-69. Ver también: JORGE VALERGA ARÁOZ, op. cit., p. 4.

69 Además de los trabajos citados en esta disertación puede consultarse la bibliografía que se menciona al final del artículo de los Doctores AVELINO DO PICO, JORGE A. RIU, LYDIA CORTECCI y MARÍA ELENA BELLANI, "La Ley", 1982-D, Sec. Doctrina, pp. 753/755 y la que figura como apéndice del artículo del Dr. HÉCTOR ENRIQUE MOSSO, Revista "Gladius", Nº 20, pp. 118/120. También es importante la bibliografía que se incluye en el libro del Dr. JOSÉ W. TOBÍAS, *Fin de la existencia de las personas físicas*, pp. 295/299.

70 Ver: LUCIO EDUARDO HERRERA, op. cit., p. 3.

de un corazón puede configurar, según los casos, homicidio culposo (art. 84 C. P.), homicidio doloso (art. 79) o aún un homicidio calificado por alevosía ante el estado de indefensión del "donante" (art. 80, inc. 2º)[71]. Podrá, hipotéticamente, según las modalidades de cada caso, invocarse una causal de inculpabilidad (error de hecho), pero nunca una causal de justificación. Porque en el ordenamiento jurídico argentino provocar de modo directo la muerte de una persona inocente constituye siempre una conducta antijurídica.

En síntesis, los juristas necesitamos mayores precisiones médicas para llegar a una conclusión válida sobre el momento de la muerte. El tema es apremiante porque la nueva ley de trasplantes establece en su artículo 62 que, a partir del 1º de enero de 1996, rige una presunción legal, salvo manifestación expresa en contrario, de que media autorización para la ablación de los órganos de todo donante potencial.

La cuestión es deontológicamente acuciante. No es posible sostener que hay jurídicamente dos tipos de muertes, según medie o no la posibilidad de un trasplante[72]. En el texto actualmente vigente se ha suprimido la mención de que la certificación de la muerte cerebral es "exclusivamente" para practicar un trasplante[73]. Sin embargo, en el debate parlamentario, el Diputado Echevarría aclaró que subsistían las dos regulaciones: una para la muerte "por la que se libra certificado de defunción. Es la muerte por paro cardiorrespiratorio y falta total de signos vitales". Agregó que "cuando se dice que alguien está muerto es porque no respira, no le late el corazón, no tiene signos vitales, ni le responden los reflejos de ninguna naturaleza". Sostuvo, en cambio, que la regulada por la ley de trasplantes es "una nueva forma de muerte".

Walter G. Jeffko considera inadmisible una definición "especial" de muerte para poder efectuar trasplantes. "Si alguien está realmente vivo, no se lo 'mata' con una simple declaración legal de muerte. Hay —subraya— todo un mundo de diferencia moral entre retirar órganos de los vivientes y hacerlo con los muertos, especialmente cuando los donantes de órganos han dado su expreso consentimiento para que se los removieran una vez muertos"[74].

71 Ver: TERAN LOMAS, *Derecho Penal*, op. cit., p. 375.
72 Ver: TOBIAS, op. cit., p. 15.
73 Ver: art. 21 de la ley 21.545 y art. 23 de la ley 24.193.
74 Op. cit., p. 140.

La brevedad de estas exposiciones me impide continuar con este tema inagotable. Prefiero que lo profundicen los médicos. Los juristas esperamos con ansiedad sus conclusiones.

Eutanasia

Para concluir esta disertación quiero referirme brevemente a la muerte provocada para evitar sufrimientos mayores o para eliminar minusválidos y recién nacidos con malformaciones.

Con acierto se ha dicho que el aborto y la eutanasia se encuentran íntimamente vinculados. Porque ambos son expresión de un creciente secularismo y de una cosmovisión atea. "Cuando se niega a Dios y se le elimina de la propia conciencia, desaparece, se pierde el sentido de la vida" [75].

El avance de la eutanasia fue más lento porque el mundo conservaba el recuerdo horroroso de las experiencias nacional socialistas. Baste recordar que a partir de 1939 se dispuso en Alemania la obligación de declarar los recién nacidos con defectos físicos a fin de disponer su exterminio. Poco después se puso en marcha la denominada Acción T-4. Se dio este nombre al conjunto de disposiciones legales y al programa eutanásico destinados a suprimir las denominadas "vidas humanas sin valor". Un gobierno satánico, que paradójicamente alcanzó el poder por la vía electoral, encaminó al pueblo alemán hacia la senda desviada y degradante trazada por Nietzche, A. Hoche, K. Binding y A. Guett [76]. 80.000 enfermos mentales, sin contar a otros grupos de "indeseables" marginados por el régimen, fueron eliminados en las cámaras de gas. No puede sorprender que después el genocidio haya adquirido dimensiones de holocausto.

El Tribunal de Nüremberg condenó a muerte al Doctor Karl Brandt, director del programa eugenésico, y a otros médicos colaboradores, por esos incalificables homicidios eutanásicos. Estos hombres pasaron rápidamente de la muerte provocada para evitar dolores a la eliminación sistemática de minusválidos. Perdida la noción de dignidad inherente a

75 "L'Osservatore Romano", 26-2-1993, Nº 9.

76 Ver: DOMINGO M. BASSO, *Nacer y morir con dignidad*, op. cit., p. 451.

toda persona, no hubo límites para quienes se atrevieron a aplicar políticas inicuas mediante normas positivas que fueron la negación del Derecho [77].

En época reciente Holanda resolvió tomar la delantera en materia de eutanasia. Comenzó con una ley que la autorizó a petición del paciente. Como era previsible, el Parlamento, después de dar ese paso, avanzó hacia la legalización de formas involuntarias de eutanasia que tienden a eliminar determinados enfermos mentales y recién nacidos con malformaciones. Quedaron así desmentidos quienes sostenían que nunca se superarían los límites de la eutanasia voluntaria, como lo expresa "L'Osservatore Romano" en un comentario publicado el 26 de febrero pasado [78], la experiencia enseña que, cuando se está en el precipicio, nadie logrará moderar la caída y evitar sus efectos mortales.

En la legislación comparada y en los proyectos legislativos [79] fueron surgiendo en las últimas décadas disposiciones que atenúan la pena en casos de homicidio consentido o que crean figuras especiales de homicidio piadoso. El Código Penal Argentino, vigente desde 1921, no tipifica expresamente el homicidio piadoso ni consagra ningún atenuante que signifique un privilegio específico para la acción de disponer de una vida humana, por precaria que ésta sea [80].

Esto no significa que la ley argentina imponga la obligatoriedad del encarnizamiento terapéutico o distanasia frente al moribundo ni al empleo de medios desproporcionados [81]. Lo que el Código Penal incrimina es la muerte provocada por "comisión" (cuando se induce la muerte con o sin beneplácito del sujeto) o por "omisión" (cuando se le niegan los cuidados ordinarios y proporcionados para evitar la muerte) [82].

La eutanasia en el derecho argentino puede configurar, según los casos, homicidio simple —art. 79—, homicidio calificado —art. 80—, homicidio en estado de emoción violenta —art. 81, inc. 1º— o instigación al suicidio —art. 83—. Pienso, con Roberto Terán Lomas, que el criterio adoptado por nuestro legislador es el correcto. No tengo dudas en el sen-

77 Ver: TERÁN LOMAS, op cit., pp. 348 y sigtes.
78 "L'Osservatore Romano", 26-2-1993.
79 TERÁN LOMAS, op. cit., p. 350.
80 Idem, p. 350.
81 Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declaración sobre la eutanasia*, Buenos Aires, Ed. Don Bosco y Ed. Claretiana, 1980. Ver también: DOMINGO M. BASSO, *Nacer y morir con dignidad*, p. 424.
82 DOMINGO M. BASSO, op. cit., p. 441.

tido de que la legalización o aún la atenuación de pena para cualquier forma de eutanasia liberadora será el primer paso en la danza de la muerte que conducirá —como en Holanda— a la eutanasia eliminadora. "La eutanasia —sin agregado de adjetivación alguna— debe rechazarse de plano" [83].

[83] TERÁN LOMAS, op. cit., p. 351.