

El trasplante de órganos

I-Consideraciones desde el punto de vista penal por la toma de un órgano.

TRIBUNAL SUPERIOR
SALA DE DECISION PENAL

Medellín, catorce de marzo de mil novecientos ochenta y seis.

Aprobado según Acta No 018

Vistos:

Consulta el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la ciudad la providencia especial calendada el treinta de Octubre del año próximo pasado por medio de la cual se declaró: "...La Cesación de Procedimiento por inexistencia de delito en la investigación que por las hipótesis de "Hurto" o "Irrespeto a Cadáveres" se adelantó en contra del Dr. Diego Alfonso Vásquez Guarín, hechos cometidos en perjuicio de los deudos del Señor Luis Alberto Borja Puerta".

La Fiscalía Tercera de la Corporación, en cumplimiento al artículo 566 del Código de Procedimiento Penal, solicita se imparta ratificación a la determinación, porque ninguna de las hipótesis delictuales se configura.

HECHOS:

En las horas de la noche del 28 de julio de 1985, el señor Luis Alberto Borja Puerta, recibió muerte violenta, a consecuencia de heridas de bala en el pecho y muslo de la pierna derecha. Una vez en el anfiteatro se le practicó la necropsia, pero el médico residente Diego Alfonso Vásquez Guarín, le retiró la córnea izquierda, la cual fue injertada a la señora NN y en esas condiciones al día siguiente fue entregado el cadáver a sus deudos, quienes al observar la ausencia del ojo, reclamaron a los galenos de la Institución, sin dar explicación, razón por la cual, José Alcides Borja Puerta, formuló la correspondiente denuncia (fs. 1,4): "El motivo es que yo quiero que se haga justicia con la violación y el hurto de un ojo que

le robaron a un hermano mío, fuera que lo matan y luego le sacan un ojo".

Y ciertamente el hecho denunciado tuvo su ocurrencia y comprobación con las siguientes pruebas:

El Doctor César Augusto Giraldo G, en su calidad de Jefe del Instituto Seccional de Medicina Legal, confirmó la extracción de la córnea por el médico residente Diego Alfonso Vásquez, la cual fue injertada a la señora NN, pero explicando que esa acción y otras prácticas que se llevan a cabo en la Institución: "...tienen fines de investigación y docencia, y en algunos casos cuando el estado de necesidad de un paciente hospitalizado lo requiere, trasplantes. Esas prácticas de docencia e investigación, legalizadas por la ley 9a de 1979, están autorizadas por convenio entre el Ministerio de Justicia y la Universidad de Antioquia. Generalmente no hay ninguna mutilación del cadáver, puesto que se hace en los órganos extraídos para la investigación post-mortem. Es así frecuente pues que los médicos que hacen especialización en la Universidad (Residentes), hagan una disección por ejemplo del nervio laríngeo en las vísceras del cuello, o los que se especializan en neurocirugía exploren un área del cerebro que luego será operada en un paciente vivo. "Respecto a Oftalmología, una de las situaciones más frecuentes es la pérdida de la visión por opacidad de la córnea; un lente de un cadáver puede entonces volver la visión a una persona que la ha perdido, como sucedió por ejemplo con la Señorita Juez 18 Civil del Circuito que recuperó la visión por una de estas intervenciones. En estos casos cuando al Hospital llega una persona con una córnea perforada o ya opaca por la infección, se recurre a la córnea de un cadáver, como un recurso urgente, equiparable a un estado de necesi-

Recopilación hecha por el Dr César Augusto Giraldo, Jefe del Departamento de Patología, Facultad de Medicina, Universidad de Antioquia y del Instituto de Medicina Legal de Medellín, Colombia.

dad; son preferidos cadáveres sin identificar, o de personas que no han sido reclamadas, puesto que a las seis horas después de la muerte la córnea se torna opaca. Eso fue lo que sucedió con el cadáver de LUIS ALBERTO BORJA PUERTA; de ninguna manera hubo irrespeto con sus despojos, ni mucho menos intención de lucro, pues estas prácticas docentes, investigativas y terapéuticas se realizan en pacientes usuarios de las llamadas Salas de Caridad del Hospital San Vicente de Paúl, que suele ser población indigente" (fs. 15).

A su turno, el Dr Diego Alfonso Vásquez Guarín (fs 19 a 20), reconoció la autoría de la extracción del órgano: "El procedimiento que se practicó fue la extracción de una córnea con un borde de esclera de seis milímetros, con fines de docencia-asistencia, programa que se lleva a cabo por medio de la Universidad de Antioquia, ya que en este momento me encuentro haciendo estudios de especialización de Oftalmología...Era para estudio, yo personalmente efectué la extracción...yo llegué allí para realizar mis estudios y ahí estaba el cadáver y nosotros sabemos que esos cadáveres se encuentran a nuestra disposición, existe una reglamentación entre la Universidad y el Ministerio de Justicia, para hacer prácticas docente-asistenciales; yo de ese convenio no se, no conozco el texto, se que existe porque he oído hablar de él..". Agrega que la córnea extraída por él, le fue injertada a la señora NN, el 29 de julio, habiendo efectuado la cirugía el Doctor Francisco Umaña Pachón, sin haberle cobrado ningún dinero a la paciente por la córnea: "...a los pacientes nunca se les cobra los órganos, simplemente se les cobra los gastos de hospital, de acuerdo a la clasificación socio-económica...". Y sobre el posible irrespeto al cadáver señaló: "Yo considero que en el cadáver en ningún momento existió irrespeto, porque la operación practicada se hizo bajo todas las condiciones éticas y en ningún momento para practicar actos diferentes a la investigación y la docencia".

En cuanto al no cobro a la paciente beneficiaria de la córnea, obra en el averiguatorio (fs. 22) recibo de pago, únicamente por "los servicios hospitalarios prestados", durante los días: 28 de julio a agosto 6 de 1.985.

En fotocopia se aportó el "Convenio celebrado entre la División de Medicina Legal del Ministerio de Justicia (Instituto de Medicina Legal) y la Universidad de Antioquia", el cual se encuentra vigente y rige hasta abril 17 de 1.990 (Cfrs. 28 a 32).

Según el denunciante, José Alcides Borja Puerta, ni él, ni los familiares dieron autorización para la extracción del órgano, como tampoco constancia alguna, que en vida el señor Luis Alberto Borja, haya hecho la donación respectiva.

SE CONSIDERA:

Ciertamente como lo estimó la funcionaria de instancia en el caso a estudio ninguna de las hipótesis delictuales se configura.

El aspecto que hoy se cuestiona incide en el marco de un derecho de propiedad sobre el cadáver o sus restos, el cuestionamiento surge a nivel de su destinación: enterrarlo y evitar su profanación, o utilizar de él los órganos que puedan implantarse a otras personas, teniendo en cuenta los avances de la ciencia a través de los cuales se ha podido llegar a constatar la vitalidad de algunos de ellos, aún cuando se hayan suspendido funciones como la respiratoria, la cardíaca o el sistema nervioso central ("Entiéndase por muerte cerebral el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando de manera irreversible se observan en ella los siguientes signos: a) ausencia de respiración espontánea; b) ausencia de reflejos superficiales y profundos; c) carencia de tono muscular y d) desaparición de todas las señales electroencefalográficas (electroencefalograma plano), sin estar sometida a estados artificiales de hipotermia, ni encontrarse bajo los efectos de sedantes... Parágrafo: Cuando la persona presente las señales a que se refiere el presente artículo, se podrá diagnosticar la muerte cerebral, registrando el hecho en la historia clínica" -Arts 9ª y 12ª de los decretos 2642 de 1980 y 003 de 1982); además artificialmente también se ha logrado la conservación de su actividad para efectos posteriores de trasplante...

El acto cumplido en el cadáver, por el médico Vásquez Guarín, no puede considerarse entonces como lesivo del patrimonio (hurto), tampoco obedeció a un propósito de irrespetar los sentimientos afectivos o religiosos de los deudos (art. 297 C.P). Evidentemente al efectuar la extracción de la córnea, el médico no cumplía una orden de quien estaba a cargo de su instrucción, ni le cobijaba ninguna autorización derivada del convenio suscrito entre la Universidad y el Instituto de Medicina Legal (recuérdese que la ley 09/79, art. 540, Dto. 2642/80, Dto. 613 de 1981 y 003/82, señalan requisitos para el trasplante); objetivamente puede hablarse entonces de un comportamiento cumplido ilegalmente ("Si la perso-

na fallecida no hubiere expresado su voluntad, sus deudos podrán autorizar la ablación de componentes anatómicos del cadáver". Art. 28 Dto. 2642/80.), pero, de él, no puede predicarse un propósito de aprovechamiento económico o una realización promovida para enfrentarse a la norma, ni su incumplimiento acarrea sanción penal porque no está integrada a ningún tipo. Puede invadir el campo de la moral médica y sus consecuencias, de orden puramente disciplinario corresponden al Tribunal Nacional de Ética-Médica (ley 23/81).

Ahora, desde el ámbito institucional, corresponde al Sistema Nacional de Salud la verificación del cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 577 de la ley 09/79 (y sus decretos reglamentarios).

Se ratificará entonces la decisión, porque la conducta atribuida al galeno resulta atípica.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, oído el criterio de su colaborador Fiscal, CONFIRMA, por las razones anotadas, la decisión revisada por consulta, de la fecha, origen y contenido indicados.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA SE

Firman:

MAGISTRADA PONENTE

María Elena Jaramillo Panesso

MAGISTRADO

J. Héctor Jiménez Rodríguez

MAGISTRADO

Luis Alfonso Montoya Cadavid

SECRETARIO

Alberto García Quintero

Ref. Sumario contra Dr. Diego Alfonso Vásquez Guarín.

II DEMANDA POR PERJUICIOS MORALES INSTAURADA ANTE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia conoció de la demanda que los deudos del finado instauraron por Reparación Directa contra la Nación. El 9 XII de 1988, con ponencia del Magistrado Humberto Cárdenas (Proceso N° 21-9444), el Tribunal Administrativo presentó su fallo, negando las peticiones de la parte demandante.

III ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACION

En diciembre 20 de 1988 fue sancionada por el Presidente de la República la ley 73. Esta norma introdujo unas disposiciones que allanan por comple-

to la cuestión sobre los derechos de los órganos de un cadáver..

Antes de la LEY 9a. de 1979 el cadáver era considerado "res nullius" es decir cosa de nadie, y la ley salvaguardaba el vilipendio a los despojos mortales, castigando su irrespeto; hoy también se tutela el respeto a los despojos mortales y se respeta plenamente el derecho que asiste a una persona a *donar* sus órganos o su voluntad de oponerse a la *donación*, y también el de los deudos a dicha donación u oposición, pero introdujo la figura de la presunción legal de donación disponiendo así:

LEY 73/88

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA:

Artículo 1º. El Parágrafo del artículo 540 de la ley 09 de 1979 quedará así:

ARTICULO 540. PARAGRAFO. Sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, abandono del cadáver o presunción legal de donación.

ARTICULO 2º. Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene de oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

ARTICULO 3º. La extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, podrá realizarse en los siguientes casos:

a) Mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, para su implantación inmediata.

b) Mediante donación formal de todos o parte de los componentes anatómicos de una persona, hecha durante la vida de la misma pero para que tenga efectos después de su muerte, con destino a su implantación inmediata o diferida.

c) Mediante presunción legal de donación, de conformidad con el artículo 2º de esta Ley.

PARAGRAFO. En todo caso prevalecerá la voluntad del donante por sobre el parecer contrario de sus deudos o cualesquiera otras personas.