

DONACION DE ORGANOS Y DISPOSICION DEL CADAVER A LA LUZ DE LA LEGISLACION COSTARRICENSE

*Trabajo presentado al Profesor Mario Cerezo Z.
Cátedra de Derecho Privado II
por Ewald Acuña Blanco
II año 1984*

INTRODUCCION

Nuestra legislación es bastante escueta en cuanto a la forma en que regula la situación de donación de órganos vitales. Consideramos, por lo tanto, que es importante hacer una referencia a la legislación existente —que se refiere fundamentalmente al trasplante de órganos visuales—, pues consideramos que puede ser utilizada como base suficiente para el desarrollo de nueva legislación en el futuro que comprenda la generalidad de los órganos que el adelanto científico permite trasplantar con propiedad. Analizaremos pues la Ley No. 6948 del 9 de febrero de 1984 en forma detallada y trataremos de dar una serie de observaciones al respecto a su articulado.

La importancia del citado análisis radica en dos aspectos fundamentales, el primero que es la reunión de la poca y difusa doctrina existente en torno al tema de los trasplantes de órganos vitales extraídos de cadáveres en el ámbito jurídico, complementado con consideraciones de tipo ético; y el segundo es la aplicación de la compilación de esta doctrina a una Ley de reciente publicación y primera en su género en Costa Rica.

El problema de los trasplantes de órganos de seres humanos es un tema que no ha sido tratado en la doctrina costarricense y esta investigación pretende hacer una primera incursión desde el plano jurídico sobre un tema que sin duda alcanzará gran relevancia conforme los avances técnicos científicos, propios de nuestra era, vayan calando en la sociedad costarricense. Es de vital importancia la aplicación práctica de la doctrina compilada por cuanto nos ubica y permite definir la orientación que sobre este aspecto sigue nuestro legislador, y los posibles conflictos de interés que se den en torno a esta ley.

El trabajo ha seguido dos fases bien definidas la primera consistente en la compilación de las citas bibliográficas sobre doctrina y derecho positivo que existen en torno al tema; la segunda es la aplicación práctica de la doctrina recogida a la Ley No. 6948.

En ningún momento se pretende ser taxativo en cuanto a la forma de aplicación o interpretación de las normas de la referida Ley, pues como se dijo, es una primera incursión sobre este tema dentro de la doctrina y el derecho positivo costarricense

CAPITULO I

ASPECTOS DOCTRINALES

1. ANTECEDENTES

Ya en el Derecho Romano se especificaba que con la muerte del individuo cesaban sus derechos, por lo que crean la figura de la *Donatio mortis causa*, este tipo de donación se hacía en contemplación a la muerte, "Los romanos explican el fin de la donación diciendo que el donante quiere tener la cosa antes que el donatario, y que éste con preferencia al heredero." (1). Es a partir de esta figura que modernamente se da la donación de los órganos de una persona por su voluntad en vida. No es necesario recordar que la problemática que se da en torno a la donación de órganos de una persona con el fin de trasplantarlos es de muy reciente aparición, pues es con los adelantos técnico-científicos, propios de nuestra era, que se abre la posibilidad para este tipo de operaciones.

Con anterioridad, la problemática que se desarrollaba en torno a la disposición del cadáver se reducía a aspectos puramente religiosos, de corte sentimental o de salubridad pública; para ejemplificar más estos aspectos se pueden señalar dos casos, el primero es la cita del artículo 1023 del Código de Derecho Canónico que dice: "Si alguno mandare en cualquier forma que su cuerpo sea quemado, es ilícito cumplir esa voluntad; y si se hubiera puesto en algún contrato, testamento u otro acto cualquiera, téngase por no puesta." (2). Como se ve, en este caso existe el conflicto entre el respeto de la religiosidad y el derecho positivo que refiere el testamento como un acto de voluntad del individuo que se debe respetar en tanto no se contradiga con el ordenamiento jurídico vigente.

El otro caso que se puede señalar es con referencia al artículo 329 de la Ley General de Salud de Costa Rica que señala: "Las exhumaciones de cadáveres, deberán ser autorizadas por la autoridad de salud competente, salvo cuando se debe proceder por orden judicial." (3), en este caso el conflicto se presenta entre la orden de exhumación de un cadáver con determinado fin, por ejemplo esclarecer un homicidio, y el sentimiento de la familia del fallecido en cuanto no deseen la exhumación del cadáver.

Desde un aspecto puramente ético, el momento en que se inician las operaciones de trasplantes de órganos y consecuentemente la donación de los órganos, presenta el problema de la aceptación de tales actos por las diferentes sociedades según el tipo de país. De esta manera, y en el caso que nos interesa, que es Costa Rica, podemos decir que es una sociedad con características de conservadora. Al respecto, en nuestro país, se considera dentro de los círculos campesinos y de población rural que este tipo de trasplantes son inmorales; pensamiento que es motivado en normas éticas y morales propios de su idiosincracia.

Ante este problema, que no solo se da en Costa Rica "... la doctrina ha tratado de descubrir un cierto paralelismo entre el sacrificio de la vida en aras de los más elevados valores de la comunidad —acto heroico— y el sacrificio del cadáver —por la preordenada voluntad expresada en vida de la persona— con miras científicas y de experimentación." (4).

(1) IGLESIAS (Juan) Derecho Romano. P. 710.

(2) ALONSO CABRERO (Miguel) Código de Derecho Canónico. P. 449.

(3) VARGAS ALVARADO (Eduardo) Medicina Legal. P. 96.

(4) KUMMEROW (Gert) Perfiles jurídicos de los trasplantes. P. 54.

En este mismo sentido se señala: "Los trasplantes de órganos de cadáveres no presentan ninguna objeción de tipo ético. Ni siquiera requiere, éticamente hablando, el consentimiento en vida. Ese consentimiento pueden darlo los familiares. Por otro lado, salvo en casos graves y urgentes, parece éticamente necesario que los familiares den el permiso para extraer del cadáver los órganos." (5).

Tenemos de esta manera que los antecedentes que se presentan en torno a este tema son de muy reciente aparición, se podría decir que de las dos últimas décadas. Anteriormente, la carencia de los medios técnicos para este tipo de operaciones hacía que el derecho no tutelara en una forma más o menos específica las situaciones jurídicas que se dan en torno a este tipo de operaciones —como lo hace actualmente la Ley No. 6948— en este sentido, la norma de carácter general, que tutelaba este tipo de operaciones lo es el artículo 27 del Código Civil, que textualmente dice: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por la ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte.", sin embargo en torno a este artículo se presenta el problema de su falta de implementación por cuando no se especifica la forma en que este tipo de donaciones se pueden dar cuales son los fines con que se utilizarán dichos órganos, y quienes están autorizados para extraerlos; en síntesis, no existe un ente contralor sobre estas donaciones.

2. DOCTRINA

El problema de la disposición del cadáver y específicamente de los trasplantes de órganos, se debe referir en primer término a la parte física de la persona, sin embargo las consideraciones en torno al soma humano por sus irradiaciones comprende un área muy vasta por lo que como señala Díez Díaz "La consideración jurídica de este tema es un estudio que corresponde al ámbito del Derecho Civil y más concretamente a su sección del derecho de la persona." (6).

En este sentido se definen los Derechos de la personalidad como aquellos que tutelan los aspectos físicos de la persona, y a partir de estos se establece el derecho de la disposición del cadáver como una rama o sector de los Derechos de la Personalidad.

La concepción del soma humano como un sustrato puramente material del ser y sus manifestaciones son valores jurídicamente tutelados por el Derecho, estos valores tienden a proteger aspectos esenciales del ser humano que constituyen parte de su propia personalidad.

"Los derechos físicos tienen como fin tutelar la posibilidad de ejercicio de alguna de las cualidades humanas. Su orientación en fin responde a proteger las manifestaciones diversas en que puede plasmarse el contenido del propio cuerpo." (7).

Por lo anterior tenemos que los Derechos de la Personalidad tutelan, en nuestro caso, el poder de disposición sobre las córneas con el fin de trasplantarlas, los motivos por los que se puede trasplantar, o para ser más exactos extraer, las córneas serán objeto de un análisis más detallado en el título segundo, sin embargo antes de iniciar el análisis de la ley propiamente, es necesario realizar algunas consideraciones en torno a lo que la doctrina señala sobre la disposición del cadáver propiamente.

Se señala, en primer término, que la disposición del cadáver, aunque sea con fines científicos no vicía el poder de disposición que sobre el soma propio tiene cada individuo, sin embargo, también se señala que el derecho sobre el cuerpo humano en ningún momento se debe sobreponer a los derechos de la personalidad por cuanto si la declaración de la vo-

(5) GOMEZ PEREZ (Rafael) Problemas morales de la existencia humana. P. 56.

(6) DIEZ DIAZ (Joaquín) Los derechos físicos de la personalidad. P. 31.

(7) Ibidem.

luntad del individuo afecta de algún modo el ser físico de la persona esta acción se catalogaría como lesión a la integridad y consecuentemente punible; en este sentido y con el fin de ejemplificar se podría señalar que si un individuo ofrece sus córneas a partir de determinada fecha, halla o no fallecido, y le son extraídas pese a estar vivo en cumplimiento de su voluntad entendida como acto de disposición (limitado, unilateral y esencialmente revocable) el está atentando contra su integridad física por lo que se convierte en una lesión y como tal en un hecho punible.

Es necesario señalar que la disposición expresa del individuo se sobrepone a cualquier deseo de sus herederos en torno a la disposición del cadáver.

CAPITULO II

ANALISIS DE LA LEGISLACION COSTARRICENSE

1. LEY No. 6948. ASPECTOS GENERALES

En su artículo 1o. la Ley declara de interés nacional la creación del Banco de Córneas de la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica, esta declaración de interés nacional se da por los fines que se persiguen, estos son el trasplante de órganos visuales con el fin de que los individuos beneficiados recuperen la vista y por ende su salud anatómica y funcional. De esta manera se protege o tutela la institución del Banco de Córneas con el fin de que pueda desarrollar libremente sus actividades y amparado por una ley que le permite la realización de las actividades que le son propias.

En su artículo 2o. se establece un control funcional sobre el Banco de Córneas. Este control y la supervisión serán ejercidas por la Caja Costarricense del Seguro Social, quien a su vez tiene la obligación de que con su ayuda y por sus medios, en conjunto con los de la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica obtenga, conserve, facilite y utilice adecuadamente los tejidos oculares necesarios para el buen funcionamiento del Banco de Córneas, esto en beneficio de pacientes que requieran la atención especializada del caso, o sea para el trasplante del órgano visual.

En su artículo 3º se dota de contenido económico al Banco de Córneas, esto por cuanto se establece la obligación de que la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), a través del Presupuesto Nacional, dote al Banco de los fondos necesarios para su funcionamiento, además se señala que la misma institución colaborará con el personal médico y paramédico necesario para su funcionamiento, y se le dotará de un local para su funcionamiento en un centro hospitalario nacional.

Además, la CCSS amparada a los beneficios arancelarios aceptará el ingreso al país de todo tipo de equipo médico quirúrgico y materiales relacionados con el Banco de Córneas y que sean adquiridos mediante donación por la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica.

El artículo 4º señala los individuos que están facultados para la obtención de córneas extraídas de los cadáveres que estén a la disposición del Estado, estos serían según el artículo 207 del Código Penal en su inciso 3º "... un cadáver que no fuera reclamado dentro de un plazo de siete días."

Los individuos capacitados serían los médicos, patólogos, cirujanos especialistas en oftalmología, las enfermeras especializadas y los técnicos debidamente capacitados, todos autorizados por el Colegio de Médicos y Cirujanos.

2. LEY 6948. ASPECTOS ESPECIFICOS

El artículo 5º de la citada ley establece cuales son los procedimientos para la obtención de las córneas que abastecerán el Banco. El abastecimiento de las córneas se hará solamente con córneas de cadáveres, esto nos presenta un problema. "Las operaciones de trasplantes de piezas anatómicas separadas del cadáver, por el contrario, reclaman, con fuerza creciente, el mayor rigor en la descripción del proceso biológico de la muerte y de las situaciones límites en que, aún para el profesional de la medicina resulta arduo precisar si tal proceso es irreversible o no." (8), pese a que la Ley no establece de una manera taxativa que las córneas deban ser extraídas de cadáveres, si se ve implícito en el artículo quinto y sus incisos. Por lo anterior se hace evidente que la consideración de la muerte como un hecho implica la probación de este por quién sobre él funde algún derecho.

Desde el aspecto puramente ético la probación de la muerte es completamente necesaria antes de efectuar cualquier tipo de extracción de algún órgano con el fin de trasplantarlo; por esto parece acertado citar la siguiente definición de muerte, "Por muerte entendemos la detención permanente de todas las funciones fisiológicas de un organismo, pero en medicina legal, llamamos muerte a la detención permanente de las funciones del corazón y los pulmones." (9), esta precisión es necesaria para evitar especulaciones y negocios con la vida ajena.

Contrario a la forma implícita en que se establece que las córneas deben ser extraídas de cadáveres, —en la Ley analizada—, en Francia en la Ley No. 49-890 de 7 de julio de 1949 artículo único se señala que los bancos de ojos no pueden ser abastecidos sino con las córneas retiradas de cadáveres.

En su inciso primero del artículo quinto la Ley 6948 señala que se pueden obtener córneas mediante la donación en vida por voluntad de la persona, este acto de disposición tiene eficacia obligatoria, por lo que se superpondría a cualquier manifestación en contrario por parte de sus familiares, "La absolutividad de los derechos de la personalidad impone un deber general de abstención (no penetrar en la esfera privativa) y destaca su oponibilidad frente a todos los derechos." (10), y de una manera similar lo establece el artículo 1º de la Ley italiana de 3 de abril de 1957 que autoriza el retiro de partes del cadáver con fines terapéuticos si la persona ha conferido autorización en este sentido. Por esto predomina ante un eventual conflicto de intereses entre los familiares y el Banco de Córneas o la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica, el documento que pruebe que el sujeto en vida decidió donar sus órganos visuales al Banco de Córneas, esto por cuanto se debe respetar la voluntad del individuo, en tanto lo que afecta es la esfera privativa de sus derechos de la personalidad contra los cuales no cabe oposición, a no ser que en documento posterior el sujeto expresare su deseo en contrario, lo cual anularía la donación emitida con anterioridad.

En su inciso b, el mismo artículo, señala que también se puede abastecer el Banco a través de programas de entidades de servicios como la Asociación Filantrópica de Leones. En este sentido de acuerdo con la implementación que se le da por parte de la Asociación es que se podrían presentar conflictos de intereses, sin embargo es de suponer que este artículo se refiere a campañas que organice la Asociación con el fin de promover las donaciones masivas, esto a través de programas dirigidos a sujetos con características comunes, con el fin de concientizarlos sobre la necesidad de la donación, el caso sería una conferencia ante un grupo de empleados públicos, para explicarles el funcionamiento y fines que persigue el Programa por ellos realizado.

En su inciso c, el artículo quinto establece que otro medio para la obtención de las

(8) KUMMEROW (Gert) ob. cit. P. 62.

(9) ACOSTA GUZMAN (Alfonso) Medicina legal y toxicología. P. 27.

(10) KUMMEROW (Gert) ob. cit. P. 17.

córneas es la autorización post-mortem de los familiares o apoderados del fallecido; en torno a este inciso se puede presentar una controversia por cuando existen dos posiciones radicalmente opuestas en cuanto al fundamento de si los familiares pueden disponer, en este sentido, sobre el cadáver. La primera señala que ante la ausencia de voluntad por el difunto, sus restos mortales para fines terapéuticos pueden ser destinados por los familiares, y la otra señala que el cadáver es "res fuera" de la esfera del dominio de los herederos, por lo que está marginado de todo derecho de apropiación. Ante estas dos vertientes se puede plantear una solución intermedia en el sentido de que si los órganos extraídos del cadáver se utilizarán con fines terapéuticos los familiares pueden y es recomendable que den su aprobación, pues ello no implica un derecho de apropiación sino la destinación con un fin determinado de órganos del cadáver de los cuales los familiares no obtendrían lucro o cualquier otro beneficio. "Algunas leyes sobre este tema —como la española, de 1979— llevan más lejos las garantías de libertad y establecen que la extracción de un órgano podrá hacerse "en el caso de que (los fallecidos) no hubieren dejado constancia expresa de su oposición". (11).

En su último inciso el artículo quinto establece que se podrán obtener córneas por evaluación post-mortem anterior a la extracción de los tejidos oculares por cuanto son considerados de utilidad social y científica. En este sentido existe el problema de que si un individuo expresó su rechazo u oposición total a que le fueran extraídos órganos y así lo dejó constar se estaría violentando su derecho de la personalidad e irrespetando el límite de la autonomía de la voluntad.

El artículo sexto de la Ley señala que la obtención y entrega de los tejidos oculares no podrá bajo ninguna circunstancia tener carácter lucrativo, esto por cuanto el cuerpo no se puede considerar como un bien en sentido estricto al ser el sustrato material del ser por lo que carece de aptitud para satisfacer intereses económicos.

En respaldo de lo señalado por el artículo sexto, el artículo 26 del Código Civil establece que los derechos de la personalidad están fuera del comercio".

En su artículo séptimo la citada Ley señala que las donaciones de índole económica hecha por pacientes, familiares, o amigos será administrada por la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica y estos fondos se utilizarán en beneficio de los no-videntes, programas de trasplantes de córneas o en la adquisición y conservación del equipo necesario para el cumplimiento de los fines propuestos por el Banco de Córneas.

El artículo octavo establece que los cadáveres que se encuentren en la morgue judicial, sus córneas podrán ser removidas para los fines de la ley con ocho horas de posterioridad al fallecimiento, para esto, sin embargo, previamente se debe dar la evaluación post-mortem, sin embargo contra esto se puede argumentar que "... ante la ausencia de voluntad expresa del difunto, todavía hoy los familiares están autorizados para impedir que se dé al cadáver una destinación diversa de lo normal, pese a los fines encomiables que motiven tal destinación." (12), ante una situación de este tipo predomina, en un criterio personal, lo señalado por la Ley y de acuerdo con lo señalado por el artículo quinto, inciso ch, ya comentado.

CONCLUSIONES

La Ley No. 6948 es muy general en cuanto a las conceptualizaciones necesarias para la definición de una serie de situaciones que evidentemente necesitan de una taxatividad, esto especialmente en cuanto a la capacidad de dispositividad sobre su propio cuerpo por el sujeto en vida, o por los familiares sobre el cadáver. En este sentido parece acertado seguir la tesis

(11) KUMMEROW (Gert) ob. cit. P. 55.

(12) GOMEZ PEREZ (Rafael) Problemas morales de la existencia humana. P. 56.

española en cuanto faculta a los familiares a disponer sobre el cadáver en tanto el fallecido no hubiese dejado constancia expresa de su oposición.

En todo caso, ya sea por disposición de los familiares o por parte del Estado según el artículo quinto inciso ch de la citada Ley, se debe respetar, y prevalece sobre los anteriores la autonomía de la voluntad del individuo que dispone sobre su propio cuerpo. Lo cual se aplica también, a contrario sensu, en el caso de que el individuo dejara constancia de su deseo de donar sus córneas, esto pese a la voluntad en contrario de sus familiares. En este mismo sentido el Estado no puede ni está facultado para violentar la autonomía de la voluntad del individuo que hubiere dejado constancia expresa de su oposición a la extracción de sus córneas pese a los fines altruistas que se le quieren dar, por lo que la aplicabilidad y eficacia del artículo octavo está sujeta a la no existencia de constancia expresa del individuo sobre su deseo de que no se retiren las córneas de su cadáver.

Es necesario señalar que dentro de los aspectos positivos de la citada Ley, está el establecimiento de un ente contralor sobre las actividades y funcionamiento del Banco de Córneas como lo es la Caja Costarricense del Seguro Social. A la vez se establece de una manera taxativa cuales son los sujetos capacitados para la realización de la operación de la extracción de las córneas del cadáver.

Dentro de esta Ley se encuentra que además de regular de una manera muy general el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, específicamente sobre el cadáver, se tiende a dar un contenido económico al citado Banco de Córneas.

Es evidente la necesidad de una más clara y precisa legislación sobre estos aspectos del derecho de disposición a la vez que debe ampliarse y cubrir una serie de aspectos técnico-jurídicos que no cubre esta Ley, esta legislación debe seguir los lineamientos fundamentales de la Doctrina existente, y que parte de la premisa de la autonomía de la voluntad del individuo sobre su propio cuerpo, en tanto no contravenga el ordenamiento jurídico y este así se lo permita. Esta necesidad de una legislación más clara, amplia y precisa es evidente ante los avances técnicos y científicos que se dan en el mundo contemporáneo y consecuentemente en Costa Rica.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA GUZMAN (Alfonso) *Medicina legal y toxicología*, Editorial UCR, 3a. edición, San Pedro, 1961.

ALONSO CABRERO (Miguel) *Código de Derecho Canónico*, La Editorial Católica S.A., Madrid, 1951.

Código Civil y de Familia, Editorial Porvenir S.A., San Pedro, 1983.

DIEZ DIAZ (Joaquín) *Los derechos físicos de la personalidad, Derecho somático*, Ediciones Santillana, Madrid, 1963.

GOMEZ PEREZ (Rafael) *Problemas morales de la existencia humana*, Editorial Magisterio Español S. A., 3a. edición, Madrid, 1981.

KUMMEROW (Gert) *Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos*, Editorial U. de los Andes, Mérida Venezuela, 1969.

GUERRERO (Ricardo) *Código Penal*, Editorial Porvenir S. A., San Pedro, 1983.

VARGAS ALVARADO (Eduardo) *Medicina Legal*, Editorial UCR, San Pedro, 1970.

VINCENZI (Atilio) *Código de Procedimientos Penales*, Lehmann Editores, San José, 1981.