

# DERECHO Y VIDA

ius et vita

ISSN 1692-6455  
Julio de 2014, número CIV

## Breves apuntes a la jurisprudencia comparada en materia de derechos de disposición sobre muestras biológicas humanas.

SEGUNDA PARTE  
Enrique Santamaría\*

### 1. Brotherton v. Cleveland<sup>1</sup>.

Los hechos del caso son los siguientes:

Steven Brotherton fue encontrado sin pulso en su carro y llevado al hospital donde al momento de su llegada lo declararon muerto. Ante la solicitud del hospital de considerar la donación<sup>2</sup> de los componentes anatómicos de su marido para efectos de trasplante, terapia, investigación o educación, la esposa negó su consentimiento ya que su marido había

manifestado en vida su aversión a ese tipo de donaciones. La negativa fue documentada en el informe sobre la muerte del señor Brotherton.

Por cuanto había indicios de que la causa de la muerte era el suicidio, el cuerpo del *de cuius* fue enviado a la oficina del médico legista<sup>3</sup>. Se realizó una autopsia y el médico legista permitió la remoción de las córneas y su uso como componentes anatómicos para trasplante, terapia, investigación o educación. La viuda solo supo de la remoción de las córneas en el momento de leer el informe de la autopsia.

El hospital no informó a la oficina del médico la objeción por parte de la viuda y la oficina del médico, a su vez, no hizo averiguación alguna al respecto. El Código Revisado de Ohio en el parágrafo 2108.60 (derogado) permitía al médico legista remover las córneas de los sujetos de autopsias, siempre y cuando éste no haya tenido conocimiento de objeción alguna de los descendientes, la esposa, o ante

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, L.L.M en Derecho Privado Comparado e Internacional y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Groningen, Países Bajos.

1. Brotherton v. Cleveland. 923 F.2d 477 (1991) United States Court of Appeals, Sixth Circuit.

2. El Código Revisado de Ohio § 2108.01 (2013) define el término Anatomical Gift como “a donation of all or part of a human body to take effect after the donor’s death for the purpose of transplantation, therapy, research, or education.”

3. En la normatividad del *common law* el término usado es *coroner*. Se trata de un funcionario oficial que certifica la causa de la muerte de un individuo dentro de determinada jurisdicción. Nosotros lo hemos traducido como médico legista.

la ausencia de ésta, del pariente más próximo, el guardián o la persona autorizada para disponer del cadáver.

Deborah S. Brotherton, viuda del fallecido, demanda basada en el artículo 42 USC 1983<sup>4</sup>, argumentando que las córneas fueron removidas en violación al debido proceso y de la denominada *equal protection clause*<sup>5</sup>.

La Corte del Distrito rechaza la demanda argumentando que la accionante falló en determinar sus pretensiones bajo la sección 42 USC 1983. La Corte determinó que el Estado de Ohio no le concede al cónyuge superviviente un interés propietario sobre el cuerpo de la persona fallecida y en esa medida el argumento por violación al debido proceso no puede prosperar.

La señora Brotherton apela entonces la decisión de la Corte del Distrito de rechazar sus pretensiones por la remoción ilícita de las córneas de su fallecido esposo.

La Corte de Apelaciones sostuvo que para determinar si una pretensión puede ser objeto de conocimiento por el juez de acuerdo con la sección 42 USC 1983, el demandante debe alegar que fue privado de un derecho reconocido en la Constitución o en las leyes de Estados Unidos y que esa privación ocurrió bajo una disposición de ley estatal. Al parecer del tribunal el último requisito se satisface fácilmente pues el Código

Revisado de Ohio (ley estatal) le permitía al médico remover las córneas siempre que no mediara conocimiento de objeción alguna, y la oficina del médico se aprovechó de esa situación al remover las córneas sin antes preguntar sobre la existencia de posibles objeciones.

El primer requisito, por el contrario, presenta más dificultades para su prueba. La señora Brotherton afirma haber sido privada del derecho al debido proceso consagrado en la enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos que en la parte pertinente afirma: “Nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property without the due process of law”.

La Corte indica además que para demostrar la violación del debido proceso se deben cumplir tres condiciones: a. La privación; b. De propiedad; c. Bajo una ley estatal. Si la viuda prueba esto, también debe mostrar o bien que 1. La conducta fue causada por un procedimiento normal del Estado y no por una conducta aislada y no autorizada, o que 2. La privación de la propiedad por parte del Estado de Ohio no satisface los requisitos del debido proceso.

Así, continúa la Corte, la viabilidad de la pretensión de la viuda depende de tener un interés propietario constitucionalmente protegido en las córneas de su esposo. La cláusula del debido proceso solo protege intereses sobre derechos



legítimos (*legitimate claim of entitlement*) y para determinar entonces si los intereses de la viuda en las córneas de su esposo corresponden a un derecho legítimo protegido por la cláusula del debido proceso es necesario examinar la ley del Estado de Ohio.

El tribunal analiza la jurisprudencia sobre el tema y concluye que aunque la mayoría de las cortes que han estudiado la cuestión de la existencia de un interés real en el cuerpo de una persona muerta han encontrado que hay una cierta clase de derecho de propiedad y se refieren a él como a un cuasi derecho de propiedad<sup>6</sup>, dos cortes de apelaciones del Estado de Ohio han evitado caracterizarlo de esa manera:

En *Carney*<sup>7</sup> la Corte determinó que llamar al derecho a controlar el cadáver como cuasi derecho de propiedad crearía una ficción legal y rechazó la teoría de que el custodio pueda

tener tal derecho. Igualmente, enmarcó las consecuencias de las acciones por el mal manejo del cadáver como una subespecie del daño por angustia emocional.

En *Everman*<sup>8</sup>, aunque evadiendo la pregunta de si la esposa tiene un derecho propietario, la Corte reconoció que el Estado de Ohio garantiza un derecho que está en el mismísimo núcleo de los derechos de propiedad: el derecho a poseer.

Sin embargo, continua la Corte, el concepto de propiedad en derecho es extremadamente amplio y abstracto. La definición legal de propiedad en muchos casos se refiere no a un específico objeto en particular sino a un conjunto de derechos reconocidos en tal o cual objeto. La propiedad se caracteriza entonces por ser un conjunto de derechos que incluye el derecho a poseer, usar, excluir, explotar y disponer. Y aunque algunos casos tempranos en la jurisprudencia

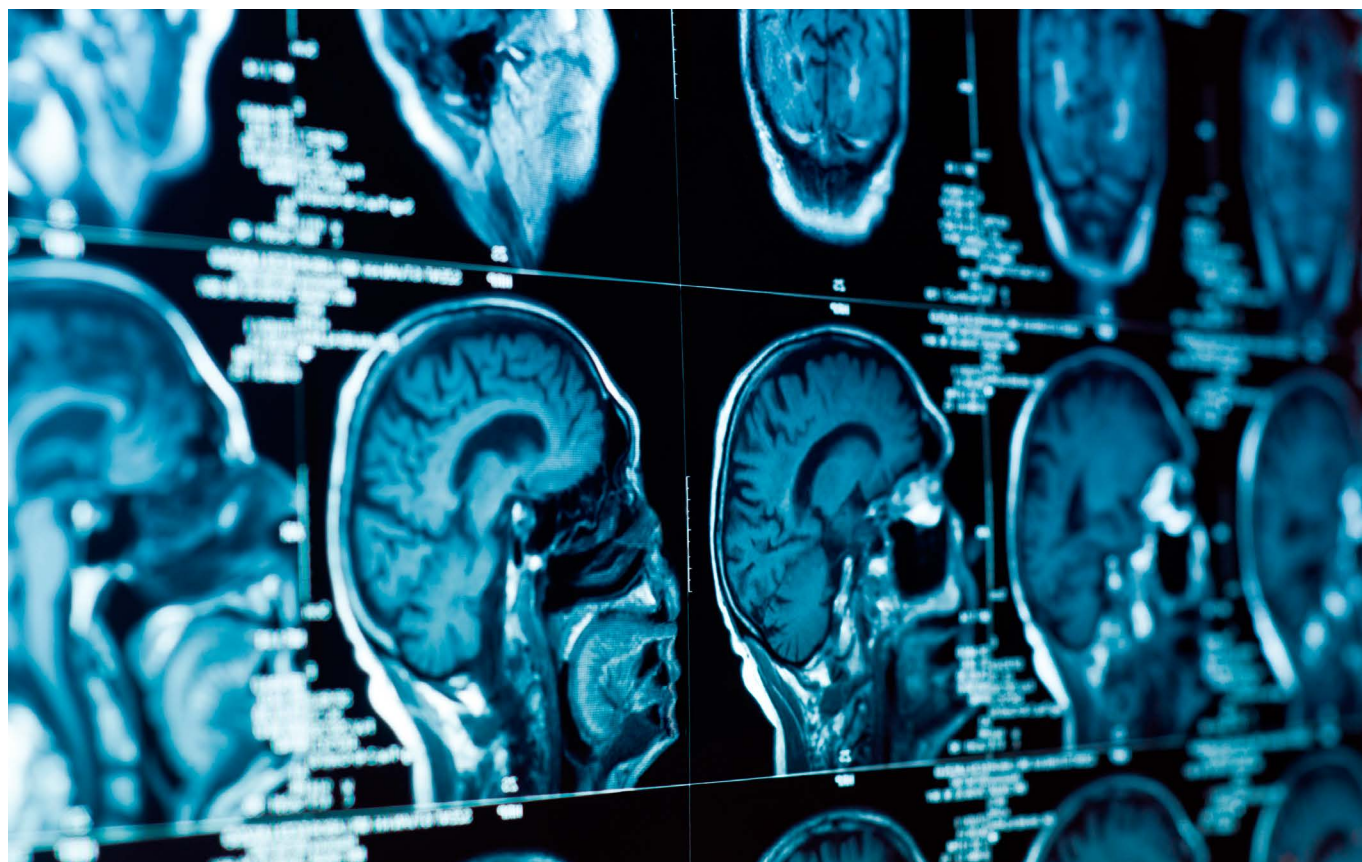
4. “Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer’s judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia.”

5. Constitución de Estados Unidos, enmienda XIV, sección primera: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

6. El término usado en la sentencia es *proprietary right*, nosotros lo hemos traducido como derecho de propiedad.

7. *Carney v. Knollwood Cemetery Ass’n*, 33 Ohio App.3d 31, 35-37, 514 N.E.2d 430, 434-35 (1986).

8. *Everman v. Davis*, 54 Ohio App.3d 119, 561 N.E.2d 547, appeal dismissed, 43 Ohio St.3d 702, 539 N.E.2d 163 (1989).



americana adoptaron la regla del *common law* que establece la ausencia de propiedad sobre el cuerpo humano, otros casos han argumentado que la regla no se compadece con el derecho de los parientes más próximos de enterrar el cadáver: “The prevailing view of both English and American courts eventually became that next of kin have a ‘quasi-property’ right in the decedent’s body for purposes of burial or other lawful dispositons”<sup>9</sup>.

El Código Revisado de Ohio 2108.02(B) garantiza expresamente el derecho del cónyuge superviviente a controlar la disposición del cuerpo de su marido. Everman reconoce que la viuda tiene un derecho posesorio sobre el cuerpo, y Carney permite actuar en caso de perturbación del cadáver.

La Corte de Apelaciones afirmó entonces que la suma de los derechos garantizados por el Estado de Ohio a la señora Brotherton permite que se conforme lo que hemos llamado un derecho legítimo en el cuerpo de su esposo, incluyendo las córneas, protegidas por el derecho al debido proceso, garantizado en la enmienda 14.

De igual modo sostuvo que la remoción de las córneas fue causada por procedimientos del Estado y que el Estado de Ohio falló en garantizar el debido proceso, pues el médico legista removió las córneas sin esperar por el consentimiento, obviando intencionalmente las necesarias averiguaciones al respecto.

## 2. Brenda Dobson and Andrew Steven Dobson v. North Tyneside Health Authority and New Castle Health Authority<sup>10</sup>

Los hechos del caso son los siguientes:

Deborah Dobson sufrió un desmayo en el trabajo y fue llevada a dos hospitales pertenecientes al primero de los demandados. Se practicó un encefalograma pero no se realizaron tomografías y la paciente fue dada de alta cinco días después. Sin embargo, su condición se deterioró sustancialmente y un par de meses más tarde fue admitida en el hospital del segundo demandado. Las tomografías allí practicadas mostraron la presencia de dos tumores en el cerebro. Se programó una cirugía para remover los tumores pero la paciente murió horas antes.

El médico legista solicitó un examen *post mortem* para determinar la causa de la muerte. La autopsia se llevó a cabo por un consultor independiente, el doctor Perry, quien durante la misma removió el cerebro y lo fijó en parafina. En el reporte al médico legista el doctor Perry indicó que la causa de la muerte había sido una hernia en el tallo cerebral por la presencia de dos tumores cerebrales multifocales. El doctor Perry, aunque acostumbraba hacerlo, no realizó ninguna preparación histológica<sup>11</sup>, por cuanto no le fue solicitada por el médico legista.

El cerebro fue remitido al hospital para su almacenamiento. Sin embargo, cuando unos

meses más tarde los demandantes le solicitaron al hospital la entrega de la preparación histológica, el doctor Perry respondió que en cuanto el médico legista no le solicitó un reporte adicional diferente al de la autopsia dentro de los 12 meses siguientes, era muy probable que se hubiera dispuesto del material que tenían en su poder. Los demandantes solicitaron posteriormente los bloques de parafina, pero el doctor Perry confirmó nuevamente que el departamento de neurología ya no los tenía.

Los demandantes, madre e hijo de la señora Dobson, demandan por negligencia a la North Tyneside Health Authority por no haber realizado a tiempo una tomografía y a la New Castle Health Authority en cuanto el hospital perteneciente a esta falló en guardar y preservar el cerebro de la fallecida. Por la temática que pretendemos tratar, nos centraremos en los argumentos en contra del segundo demandado.

Los demandantes actúan bajo la condición de ser los parientes más próximos de la fallecida y sostienen que el segundo de los demandados era un depositario gratuito<sup>12</sup> y por lo tanto no estaba autorizado a destruir, perder, interferir<sup>13</sup> (injusta o ilegalmente) el cerebro de la señora Dobson.

El juez del distrito y el juez de apelaciones rechazaron la demanda por considerar que no existe propiedad sobre un cadáver y por consiguiente no se puede derivar ningún deber

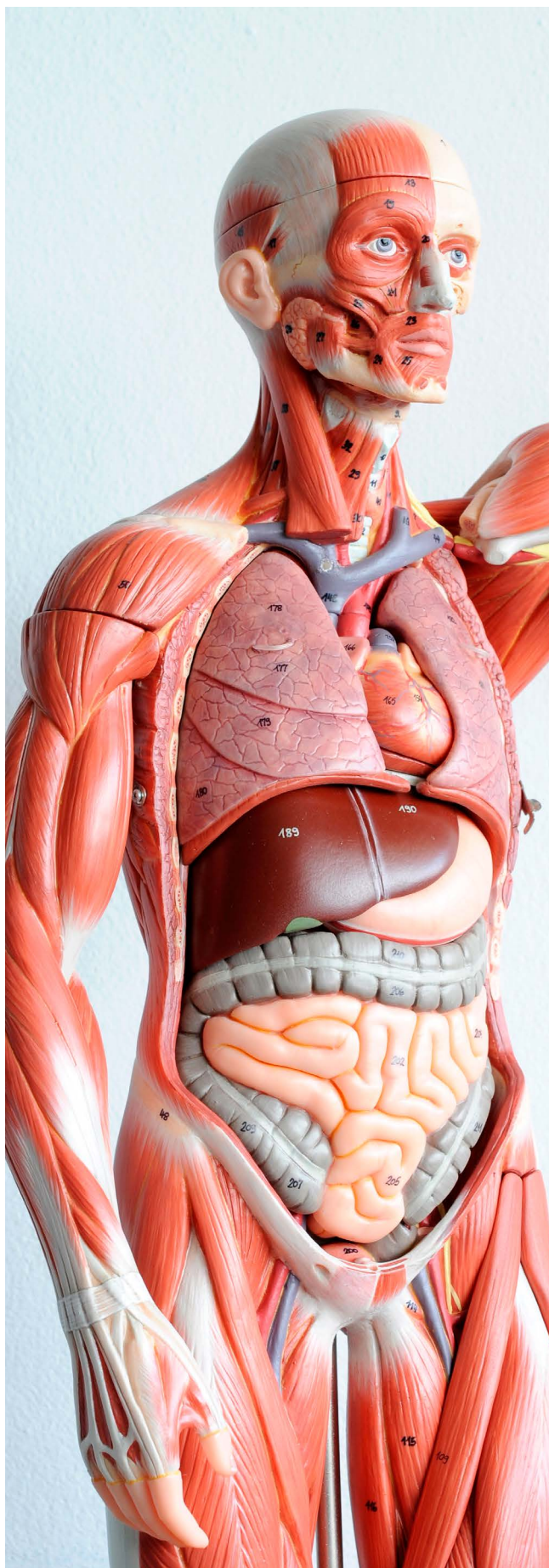
10. Brenda Dobson and Andrew Steven Dobson v. North Tyneside Health Authority and New Castle Health Authority. Royal Court of Justice. London. 26 June 1996. CCRTI 95/1360/G.

11. Una preparación histológica es un procedimiento mediante el cual se corta una sección de tejido biológico, que por tratarse generalmente de un tejido blando se incluye en algún medio de soporte (parafina o cera en general) para su fijación y se tiñe para su análisis en el microscopio.

12. El término usado en la sentencia es *gratuitous bailment*. Nosotros lo hemos traducido como depósito gratuito por ser tal vez la figura jurídica que más se le parece en el derecho civil.

13. El término usado en la sentencia es *convert*.

9. Brotherton v. Cleveland. 923 F.2d 477 (1991) United States Court of Appeals, Sixth Circuit, p. 5.



por parte del hospital de preservar partes del mismo por un período indefinido después de la autopsia.

Las consideraciones de la Corte Real de Justicia

La Corte argumenta que solo es posible rechazar de plano una demanda cuando las pretensiones sean claramente indiscutibles o incontestablemente malas. En el presente caso la cuestión que se debate, sostiene la Corte, es si es cierto o no que la ley haya establecido claramente que no existe propiedad sobre un cadáver o sobre parte del mismo y que si, por consiguiente, los representantes del *de cuius* pueden o no accionar bajo esos supuestos. La Corte decide aceptar entonces la demanda y estudiar de fondo el problema jurídico.

La solución de la Corte es simple: “en el presente estado de la ley inglesa no existe propiedad sobre el cuerpo humano. Aunque, esa afirmación merece ciertas anotaciones”<sup>14</sup>.

La Corte cita el caso conocido como *Clerk & Lindsell* en el que se sostuvo que una vez un cadáver es sometido a la aplicación de cierta destreza humana, como puede ser el embalsamamiento o el relleno, éste puede convertirse en objeto de propiedad en el sentido que ordinariamente se le da al término para aquél que haya aplicado la habilidad en el cadáver.

¿Quiere esto decir que cuando el doctor Perry fijó el cerebro en parafina lo transformó inmediatamente en una cosa sujeta a algún derecho posesorio o de propiedad por parte de los demandantes?

14. “In the present state of the English Authorities there is no property in a corpse. However that bare statement needs some qualifications”, p. 5, Brenda Dobson and Andrew Steven Dobson v. North Tyneside Health Authority and New Castle Health Authority. Royal Court of Justice. London. 26 June 1996.

De acuerdo con la Corte, la respuesta debe ser negativa por cuanto no hay evidencia que sugiera que la preservación del cerebro después de una autopsia sea equiparable al embalsamamiento de un cuerpo o a la preservación del material para una colección científica o para exhibición. No existía, además, ninguna posibilidad o utilidad práctica en reunir el cerebro con el cuerpo para efectos funerarios. Además, los demandantes aceptaron que usualmente los órganos no se preservan después de una autopsia, y en consecuencia, si el cerebro no hubiera sido fijado en parafina, no tendrían de manera alguna causa para actuar judicialmente. La Corte no ve claro, entonces, cómo el hecho de que el cerebro haya sido fijado en un bloque de parafina lo transforme en una cosa sujeta a la posesión de los demandantes, y mucho menos a un derecho de propiedad.

Así las cosas, los demandantes no pueden actuar bajo la figura de la *conversion*<sup>15</sup> en tanto no tienen ningún derecho de posesión o de propiedad sobre el cerebro. En lo relativo a las pretensiones por el depósito gratuito, argumenta la Corte que el contrato de depósito en este caso existe no entre los demandantes y el doctor Perry, sino entre él y el segundo demandado.

Al margen de la decisión adoptada en la sentencia, pareciera ser que la Corte sigue los lineamientos del famoso caso de principios del siglo pasado *Doodeward v. Spence*<sup>16</sup>. El origen de la discusión en el mencionado caso fue un feto de dos cabezas que el demandante tuvo en su posesión por algunos años y que le fue confiscado por el inspector de policía con

15. Es una figura del derecho anglosajón que consiste en la interferencia ilícita en la posesión o en los intereses propietarios en bienes muebles. Ver HYPERLINK "<http://www.drukker.co.uk/publications/reference/tort-of-conversion/>"<http://www.drukker.co.uk/publications/reference/tort-of-conversion/#.U3NjKDkILx5>; <http://www.dmlp.org/legal-guide/elements-conversion>.

16. *Doodeward v. Spence* (1908) HCA 45.

17. *Ibid.*

ocasión de una exhibición pública del cuerpo. La Corte Suprema de Australia concluyó: “A dead human may under some circumstances become the subject of property. A corpse may possess such peculiar attributes as to justify its preservation on scientific or other grounds, and, if a person has by lawful exercise of work or skill so dealt with such a body in his lawful possession that it has acquired some attributes differentiating it from a mere corpse awaiting burial, he acquires a right to retain possession of it, and, if deprived of its possessions, may maintain an action for its recovery as against any person not entitled to have it delivered to him for the purpose of burial, subject to any positive law forbidding its retention under the particular circumstances”<sup>17</sup>.

Sin embargo, lo que no resulta claro es cuál es el criterio de la Corte para determinar que la preservación de un cerebro no es comparable con el embalsamamiento de un cuerpo y así negar el derecho de propiedad de la familia del *de cuius* sobre su cerebro.

### 3. Cour de Cassation. Chambre Civil 1. 16 Septembre 2010.

Los hechos del caso son los siguientes:

La sociedad “Encore Events” organizó una exposición de cadáveres humanos disecados, instalados en ciertos casos de tal manera que evocaran la práctica de diferentes deportes.

Las asociaciones “Ensemble contre la peine de mort” y “Solidarité Chine” alegan un problema de ilicitud manifiesta a la luz de los artículos 16 y siguientes del Código Civil

francés. De igual manera, ponen de presente sus sospechas sobre un posible tráfico de cadáveres de ciudadanos chinos prisioneros o condenados a muerte y exigen la cesación de la exposición y el secuestro de los cuerpos y piezas anatómicas presentes. Así mismo, piden que la sociedad “Encore Events” muestre los documentos necesarios para justificar la introducción en territorio francés de los cadáveres de la exposición y el título bajo el cual le fueron cedidos. Los demandados solicitan casar la sentencia de la Corte de Apelaciones.

Sobre el fondo del asunto, la Corte de Apelaciones<sup>18</sup> confirma la decisión de primera instancia de suspender la exposición al considerar que el artículo 16-1-1 del Código Civil<sup>19</sup> es una norma de orden público que prescribe la misma protección a los cuerpos humanos vivientes y a los despojos mortales y que quiso darles un carácter inviolable y merecedor de un respeto absoluto de acuerdo con un principio fundamental de toda sociedad humana.

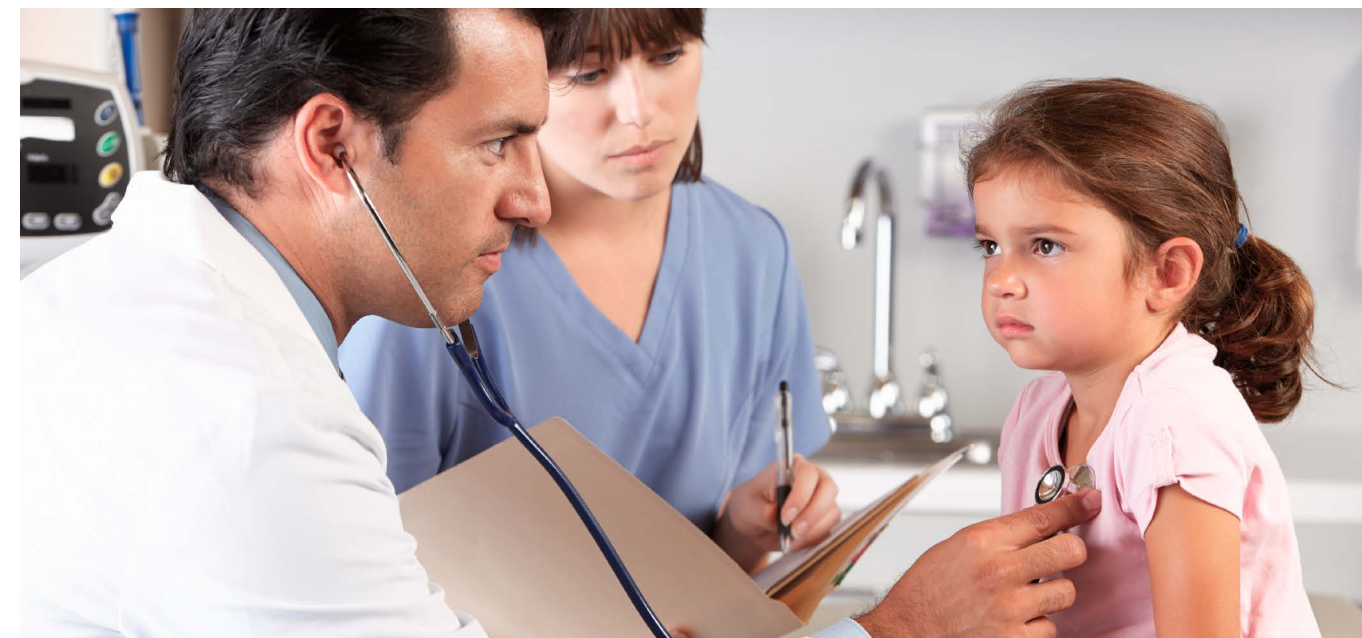
Si bien es cierto, continua la Corte, la protección y el carácter inviolable no excluyen la utilización de los cadáveres con fines científicos o pedagógicos, y en esa medida les es permitido a los visitantes de un museo observar las momias y reliquias sin causar indignación ni violación alguna de las normas de orden público, que la exposición objeto de litigio escenifica cadáveres humanos practicando diferentes deportes para mostrar el funcionamiento interno del cuerpo y

que a ese fin los cuerpos se encuentran parcialmente abiertos y disecados, también es cierto que es una constante que los restos humanos de la exposición provienen de la China y que la protección del cadáver y el respeto debido al mismo obligan a investigar ante todo si los cuerpos de la exposición tienen un origen lícito y si existe el consentimiento de las personas para la utilización de dichos cadáveres.

La sentencia de la Corte de Apelaciones concluyó que la sociedad organizadora de la exposición de cadáveres y órganos humanos no aportó la prueba del origen lícito y no fraudulento de los cuerpos objeto del litigio ni de la existencia de los consentimientos necesarios y que la exposición, organizada bajo estas condiciones, se encuentra en violación manifiesta del artículo 16-1-1 del Código Civil.

La Corte de Casación sigue los argumentos de la Corte de Apelaciones que no casa la sentencia.

En nuestra opinión, las decisiones de la Corte de Apelaciones y de la Corte de Casación responden perfectamente a la tradición civilista francesa en materia de protección del cuerpo humano. En efecto, las reformas al Código Civil francés por la Ley 94-653 de 1994<sup>20</sup> y otras posteriores<sup>21</sup> acentuaron el respeto a la dignidad humana y los demás derechos fundamentales como el eje central sobre el cual deben tomarse las decisiones relativas a la disposición del cuerpo y sus partes.



**4. Sentencia 719/2000 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 5) de 21 de julio de 2000 y Sentencia 49/2001 del Tribunal Supremo de Cantabria (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 16 de mayo de 2001**

Analizaremos en conjunto estas dos sentencias por cuanto, si bien llegan a conclusiones distintas, el enfoque adoptado para la solución de los casos es muy similar. En ambos asuntos, ante algunas reclamaciones sobre muestras biológicas, los tribunales no discuten la existencia de derechos de propiedad sobre las MBH sino que solucionan el problema jurídico planteado desde la óptica del derecho a la información.

Los hechos del primer fallo son los siguientes: “los padres de un menor fallecido demandaron al especialista en oncología pediátrica y al especialista en anatomía patológica del Hospital de Basurto por, primero, conducta negligente en el diagnóstico y posterior tratamiento erróneo de sarcoma osteogénico de célula pequeña cuando la enfermedad era un sarcoma de Ewing y, segundo, por ocultación de los bloques de parafina y falta de colaboración con la clínica privada

que los solicitó para realizar un análisis. El juzgado de primera instancia de Bilbao dictó sentencia absoluta, que se recurre en apelación ante la audiencia provincial”<sup>22</sup>.

La audiencia estima parcialmente el recurso aduciendo que si bien no hubo conducta negligente en el diagnóstico, pues las actuaciones de los médicos estuvieron dirigidas a agotar todos los recursos médicos, el segundo caso debe prosperar toda vez que la renuencia a la entrega de la muestra por parte del hospital constituye denegación del derecho a la información.

La razón del litigio estudiado por el Tribunal de Cantabria se enmarca también dentro de la negación de la entrega de una MBH.

En 1994 le fueron realizadas unas biopsias a la señora Montserrat en el Hospital de Valdecilla. En 1999 la paciente pidió la entrega de las preparaciones histológicas, petición que fue negada primero por silencio administrativo y posteriormente por una resolución tardía del director territorial. La sentencia de primera instancia falla a favor de la señora Montserrat bajo el entendido que la denegación de las

22. PILAR NICOLÁS JIMÉNEZ. “Los derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales”, en revista *Derecho y Genoma Humano*, n.º 19 (jul.-dic.), 2003, p. 222.

18. Cour d’appel de Paris, du 30 avril 2009.

19. “Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort; que les restes de personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence”.

20. Loi n.º 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

21. Loi n.º 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ; Loi n.º 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.

preparaciones histológicas constituye una obstrucción al derecho de información clínica del paciente por cuanto el conocimiento de la historia clínica “abarca y engloba la entrega de las pruebas histológicas que pueden conservarse en el Hospital Universitario donde se practicaron a la misma”<sup>23</sup>.

El tribunal falla a favor de los apelantes considerando que el deber de informar comprende “1. Que sea formulado un diagnóstico de su enfermedad, así como que se le advierta de su estado de gravedad y pronóstico; 2. A ser informado acerca de las posibles alternativas de tratamiento con la consiguiente orientación terapéutica; 3. A ser informado sobre la evolución del tratamiento y del curso de la enfermedad; 4. A que se elabore un informe de alta para los pacientes atendidos en establecimientos sanitarios, en el que, entre otros extremos, habrá de constar el resumen de la historia clínica y el de la actividad asistencial prestada al paciente, incluyendo, en su caso, los resultados de las pruebas complementarias más significativas para el seguimiento de la evolución del enfermo”<sup>24</sup> y no comporta, como lo sostuvo el juez de instancia, que sobre la base del derecho de acceso a la historia clínica se pueda fundamentar la petición de entrega de las preparaciones histológicas.

A diferencia de los anteriores casos, la jurisprudencia española da por sentado que el titular del derecho de propiedad es el centro donde se encuentran almacenadas las muestras y que la resolución de un posible conflicto sobre las mismas se debe dar en el ámbito de los derechos personalísimos, y en particular en el campo del derecho a la información. Desde luego, las soluciones dadas en los asuntos apenas analizados son distintas: en la primera sentencia se entiende que las muestras biológicas humanas y la historia clínica pueden ser equiparadas; en la segunda son consideradas como cosas absolutamente diferentes.

En nuestra opinión, nada impide que el propietario de las muestras sea el centro donde se encuentran almacenadas, siempre y cuando el sujeto fuente previamente haya manifestado la voluntad de transferirlas. El derecho a la información puede ser un mecanismo complementario para proteger los derechos fundamentales de la persona fuente de la muestra, como pueden ser la intimidad o el honor, pero bajo los supuestos de hecho de las sentencias habría sido preferible, tal vez, que se reconociera el derecho de propiedad del paciente sobre sus muestras para de esta manera garantizar que estas le sean devueltas.

#### 5. Sentencia T-394 de 2000<sup>25</sup>

De manera análoga a la jurisprudencia española, la Corte Constitucional colombiana analizó bajo la óptica de los derechos fundamentales un caso relacionado con muestras biológicas humanas.

En el asunto en cuestión los padres de una menor fallecida presentaron acción de tutela contra del Hospital Infantil Universitario Lorencita Villegas de Santos por cuanto consideraron vulnerados sus derechos de petición, al *habeas data*, a la salud, a la seguridad social, y a conformar responsablemente una familia.

Los hechos fueron los siguientes:

– Una niña, hija de los actores, falleció en el mencionado hospital al mes de nacida. Sus padres autorizaron una necropsia para determinar la causa de su muerte y de igual modo se sometieron a análisis genéticos en dos universidades, las cuales “solicitaron copia del acta de necropsia para conocer el resultado de las tinciones de su tejido aórtico”.

– Efectivamente, la copia de dicho documento les fue entregada pero no contenía los resultados necesarios para adelantar el correspondiente estudio genético.

– Bajo la anterior circunstancia los padres de la menor presentaron otra petición para que les fuera entregada la muestra de tejido que tenía en su poder el hospital.

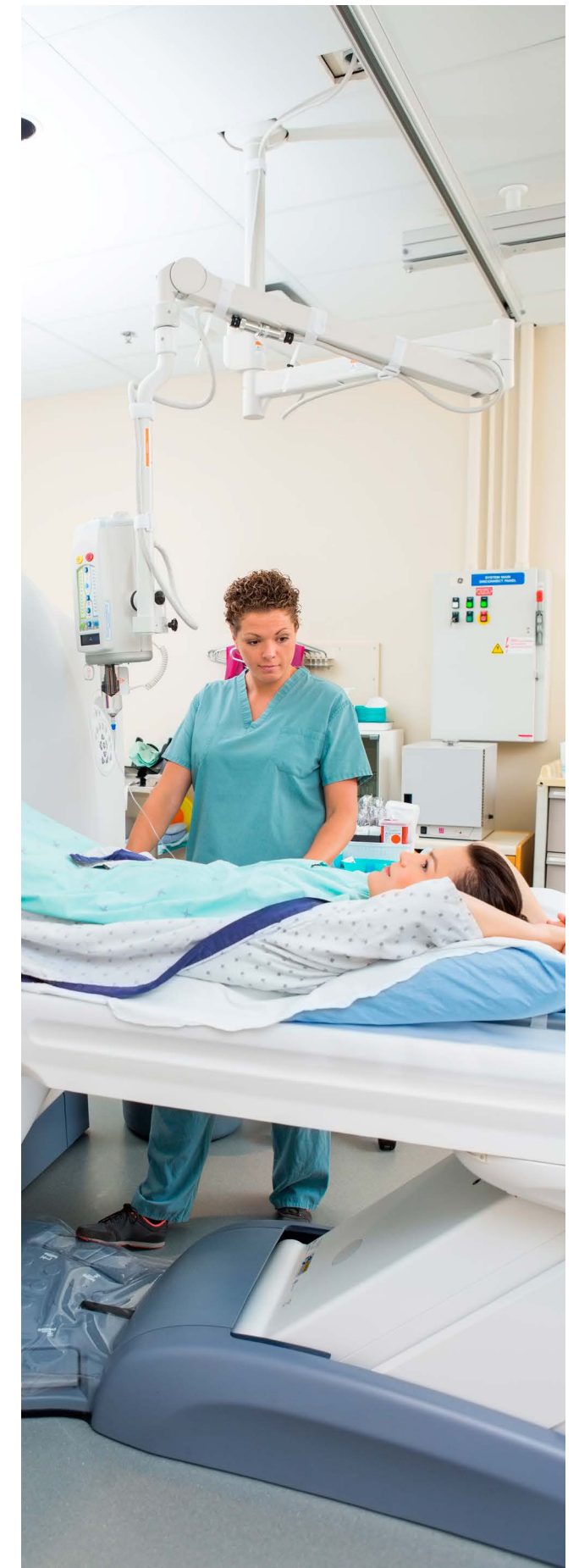
– El director del centro médico respondió negativamente a la petición aduciendo que solo podía realizarse la entrega con una orden judicial. Por este motivo, los accionantes elevaron una solicitud ante la Superintendencia de Salud con el mismo fin, pero la respuesta de la entidad fue nuevamente negativa bajo el entendido de que la muestra hacía parte del patrimonio científico del hospital.

– Los accionantes instauraron entonces una acción de tutela por considerar violados los derechos de petición, al *habeas data*, a la salud, a la seguridad social, y a conformar responsablemente una familia.

– En primera instancia se negó el amparo de los mencionados derechos fundamentales por cuanto: “el derecho de petición se había satisfecho con las respuestas que había dado el director del hospital, aunque éstas hubiesen sido negativas. Además (el juez), tuvo en cuenta las afirmaciones de éste, en el sentido de que la carga genética es inmodificable, y que por ello la pareja tendrá siempre los mismos riesgos respecto de su futura prole, de lo cual dedujo el juez que no se había violado el derecho a conformar una familia”.

– En segunda instancia se confirmó el fallo del *a quo* en la medida en que “tampoco se violó el *habeas data*, ya que la historia clínica y los resultados de la necropsia les fueron entregados. Además (la sala) consideró que no estaba demostrada la incidencia que en la salud de los peticionarios o en la de sus hijos pudiere tener la práctica del análisis del tejido. Agregó (la sala) que dicha muestra hacía parte del inventario de la institución hospitalaria, actualmente en liquidación.”

La Corte ordenó la entrega de la muestra de tejido aórtico y concedió la tutela de los derechos a la vida, a la salud, a la información, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar, en forma responsable, una familia.



23. Sentencia 49/2001 del Tribunal Supremo de Cantabria (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 16 de mayo de 2001.

24. *Ibid.*

25. Sentencia T-394 de 2000. Corte Constitucional, exp. T-258669.

Los argumentos del fallo se centraron principalmente en el hecho de que la retención del tejido "... impide a la pareja que desea conformar responsablemente una familia, saber cuáles son los peligros de salud que su descendencia puede llegar a afrontar, o incluso los que los miembros de la pareja pudieran también sufrir" y "coarta de esta forma la posibilidad de obtener información acerca de los patrones genéticos que influyen negativamente en la salud de los peticionarios, lo cual puede acarrear, a su vez, la perturbación del libre desarrollo de la personalidad...".

Si bien el análisis de la Corte nos parece adecuado en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales, echamos de menos un examen sobre la propiedad de las muestras biológicas humanas. Pareciera entonces que el enfoque del alto tribunal puede enmarcarse dentro de la corriente que considera que no es posible reconocer derechos de propiedad sobre el cuerpo humano y sus partes o que considera innecesario discutirlo.

## 6. PXE International

Aunque este caso no ha sido analizado por ningún juez o corte, resulta de sumo interés por la forma como las partes interesadas regularon la investigación sobre muestras biológicas humanas.

El grupo PXE International suministró a científicos de la Universidad de Hawái muestras de sangre y tejidos de pacientes con *pseudoxanthoma elasticum*, un desorden genético que causa la calcificación del tejido conjuntivo de la piel, ojos y

arterias. Para proteger los intereses de los pacientes, PXE International creó su propio banco de tejidos y los investigadores interesados en usar las muestras debían firmar un contrato según el cual el **pxe** tenía el derecho de propiedad sobre cualquier patente resultante de la investigación sobre las muestras, asegurando de este modo test genéticos asequibles para todos y la posibilidad de influenciar el futuro licenciamiento de la patente<sup>25</sup>.

En febrero del 2002 el patólogo de la Universidad de Hawái Charles Boyd aisló el gen asociado al *pseudoxanthoma elasticum*. Aunque al momento de aplicar a la patente el doctor Boyd nombró a la directora de PXE International como parte del equipo de investigación, su contrato con la Universidad de Hawái le daba todos los derechos sobre sus invenciones a esta Universidad.

Las partes lograron un acuerdo en el que PXE International mantendría el poder de tomar las decisiones relativas a las licencias y ambas partes dividirían los beneficios económicos de los tests de diagnóstico u otros productos comerciables. La patente fue concedida en el 2004<sup>26</sup>.

El modelo antes descrito puede resultar de interés para investigadores y pacientes, pues permite una regulación balanceada de los intereses de ambas partes sobre las muestras biológicas humanas. Por un lado, se garantiza el desarrollo científico y el avance de los métodos de diagnóstico y de terapia, y por el otro, se respeta el natural ánimo de lucro de aquellos dedicados a la investigación.

25. GITTER, DONNA M. Ownership. Ownership of human tissue: a proposal for federal recognition of Human Research Participants' Property Rights in their Biological Material. *Washington and Lee law review*, vol. 61, Issue 1, p. 315.

26. <http://www.pxe.org/us-patent-off-issues-gene-patent>.