

Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos (*)

ANGEL M. LOPEZ Y LOPEZ
Profesor Adjunto de Derecho Civil
en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCION. Actualidad del tema. Interés de la solución jurídica. Licitud de los trasplantes: sus condiciones. El problema, ¿está suficientemente resuelto en la legislación española?. Derecho al que se refiere la Ley de 18 de diciembre de 1950.—II. EL DERECHO SOBRE EL CADAVER O SUS PARTES SEPARADAS. A. Encuadramiento sistemático: derecho sobre el cadáver y derechos de la personalidad. 1. El concepto de “derechos de la personalidad”. Diversas teorías: *potestas in se ipsum*, derecho general de la personalidad, derechos de la personalidad, bienes de la personalidad. Postura adoptada. 2. Relaciones del derecho sobre el cadáver con la categoría de los derechos de la personalidad: el derecho sobre el cadáver no es derecho de la personalidad. Fundamento del derecho sobre el cadáver. El problema de la comercialidad del cadáver. Los límites de disposición de éste: el problema de la onerosidad del negocio. El derecho sobre el cadáver, ¿es derecho subjetivo en sentido técnico? B. Ambito de poder sobre el cadáver. Distinción entre el derecho sobre el propio cadáver y la facultad otorgada a los parientes.—III. EL DERECHO POSITIVO VIGENTE. El derecho aplicable a la materia. Su adecuación a las nuevas circunstancias. Precisiones previas para la interpretación de la ley: la distinción acto *inter vivos*-acto de última voluntad. El acto contemplado por la Ley de 18 de diciembre de 1950 es un acto de última voluntad y, por tanto, revocable: fundamento de la revocación; irrelevancia y revocabilidad. Posibles tipos de negocios sobre el cadáver: testamento, donación *mortis causa*, *donatio ob causam*. Requisitos exigidos por la ley: a) de consentimiento. b) de forma.

(*) Ya en prensa este artículo, tuvieron lugar en Madrid unos interesantes coloquios sobre el tema “La muerte y los trasplantes de órganos”. No nos es posible, dentro de la economía de este trabajo, hacer su comentario *in extenso*, aparte de no diferir sustancialmente desde el punto de vista de *lege data* (objeto fundamental del presente estudio), de nuestra posición. Vid. A. D. C. pp. 658-9), 1968, por GARCÍA CANTERO.

Para el Derecho extranjero, como última aportación, vid. *Il trapianto degli organi umani e il Diritto*, Giuffrè, Milán, 1968.

I. INTRODUCCION

Es un tópico, no por repetido menos cierto, el desfase que padece el Derecho civil de nuestro tiempo con respecto a la realidad social que pretende regular. Desfase que se manifiesta, no solamente por el cambio a que han sido sometidas las estructuras socioeconómicas desde los tiempos de la codificación civil hasta nuestros días—lo que nos trae al pensamiento un Derecho civil injusto, un Derecho civil de clase, si se quiere—, sino también por la aparición de nuevas realidades, nuevas formas de vida, fenómeno cuyas consecuencias suelen ser una legislación insuficiente y una elaboración técnica defectuosa o, al menos, anacrónica, por estar inspirada en instrumentos pensados para otras circunstancias, y que, como lecho de Procusto, son utilizados para las nuevas. Mas digamos, ante todo, que no se trata de mantener una postura iconoclasta con respecto a los conceptos elaborados por el viejo *ius civile*, que tienen más que demostrada su fecundidad: es, más que una tarea innovadora, un quehacer actualizador (1).

A este segundo aspecto del desajuste del Derecho civil con relación a su tiempo, pertenece el problema que hoy nos ocupa. El creciente avance de la técnica quirúrgica, el espectacular progreso de la ciencia han dado lugar a nuevas realidades que el Derecho no pudo antaño prever, y que hoy no puede ignorar (2). Hoy, el trasplante de órganos humanos es noticia habitual en la Prensa diaria y tema de conversación del hombre de la calle. Es preciso, pues, ver la toma de postura del Derecho frente al novísimo problema, tanto desde la perspectiva de los principios, como de la regulación positiva vigente, si ella existe.

Desde el primer punto de vista, no cabe la menor duda de que ceder en vida órganos del propio cuerpo para fines médicos es lícito, sólo en tanto en cuanto no sean órganos vitales (3), pues si lo fueran, ello iría en contra del derecho a la vida y a la integridad física, derecho natural primario y que comporta un correlativo deber de conservación para su titular. En cambio, “es lícito y heroico cederlos *post mortem*. Por ejemplo, ojos, riñones, corazón, etc., para trasplantes...”, afirma PUY (4).

(1) Díez PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, I, pág. 22.

(2) En este sentido, y con referencia al tema, el documentado libro de Díez DÍAZ *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*; págs. 9-13. El mismo: *El derecho a la disposición del cuerpo*. Revista general de legislación y jurisprudencia, abril 1965, págs. 685 y ss.

(3) Entendiendo no sólo aquellos cuya extirpación causa la muerte, sino también los que su falta produciría “una disminución permanente de la integridad física” (Criterio del Código Civil italiano, art. 5.º).

(4) *Lecciones de Derecho Natural*, I, pág. 220.

Conclusión que se puede extraer de la filosofía tomista (5). La cuestión de la cesión voluntaria de un órgano para trasplante parece clara: es lícita en vida si no produce su extinción o una sensible disminución física; es lícita *post mortem*, incluso sobre órganos vitales. Ahora bien, ¿podría obligarse a alguien a ceder con estos fines un órgano de su propio cuerpo? En vida es evidente que ello chocaría con las normas más elementales de respeto a la persona humana, por lo que la respuesta ha de ser negativa, aun en el caso de órganos o partes no vitales (6). No es, en cambio, tan claro el planteamiento en el caso de expropiación de elementos del cadáver. El respeto debido a éste se basa más que en principios esenciales —como ocurre con el derecho a la vida o la integridad física— en la concepción cultural imperante en cada momento con respecto a los restos humanos. Hasta qué punto se está dispuesto a sacrificar esta concepción cultural (arraigada profundamente en la sociedad y que da al cadáver, salvo excepciones estrictas, como destino el sepulcro), a otra individualista (posible —y hoy aún muy remota— salvación de un individuo) o culturalista de otro tipo (avance de la ciencia)—todo ello empleando la terminología de RADBRUCH (7)—, es muy discutible, y depende de cuál se considere haya de ser el fin del Derecho en cada momento. Hoy por hoy no parece sostenible esa expropiabilidad, y, desde luego, choca con el Derecho vigente, como veremos. Esto desde el terreno de los principios.

Desde el punto de vista de la legislación positiva, cabe decir que el problema en nuestro país se encuentra en sus líneas maestras suficientemente regulado, pese a los temores y dudas que bien recientemente han asaltado a un sector de la opinión pública, llegando incluso a pedirse una ley que fuera adecuada a las circunstancias del momento. Las Cortes españolas, a nuestro parecer con buen criterio, han rechazado la petición (8). La Ley de 18 de diciembre de 1950, texto fundamental en la materia, aunque sin duda alguna pensada para circunstancias distintas (trasplantes de córneas, cartílagos...), es una Ley flexible, que permite su adecuación a las nuevas necesidades, desde el instante en que no restringe las posibilidades a unos ciertos órganos y posibilita efectuar la separación de las piezas destinadas a injertos y trasplantes inmediatamente después de comprobada la muer-

(5) Entre algún otro lugar, II-II^{ae}, 9, 95. Sólo se puede disponer de un miembro del cuerpo en cuanto convenga al todo: un miembro sano y consistente en su natural disposición no puede amputarse, sino excepcionalmente en cuanto se ordene al bien social. Luego, *a maiore ad minus*, esto aparece evidente cuando ese todo ya no existe al faltarle el principio de la vida.

(6) Quizá pudiera pensarse, aunque con reservas, en una expropiabilidad de alguna parte del cuerpo humano, en algún caso muy extremo; una transfusión de sangre obligatoria, justificada por un gravísimo estado de necesidad. Vid. CARNELUTTI en *Foro italiano*, 1938, IV, c. 92. ROYO VILLANOVA citado por Díez Díaz en op. cit., pág. 379. En contra BORRELL, *La persona humana*, página 209 y GANGI (criticando a CARNELUTTI), *Personae fisiche e personae giuridiche*, pág. 177.

(7) *Filosofía del Derecho*, págs. 70 y ss.

(8) Boletín de las Cortes, 4 de junio de 1968, respuesta de la P. Gobierno.

te. Jurídicamente no se puede ir más allá: la muerte del “donador” (*sic*) es presupuesto ineludible. Cosa distinta es que las garantías, los medios de comprobación de la muerte, establecidos por orden ministerial (9) sean rígidos o anticuados. Ello es problema médico y su revisión, desde luego, mucho menos costosa desde el punto de vista legislativo, dado el rango de la disposición que los ha establecido.

Así pues, afirmada la licitud, con los presupuestos antedichos, de estas operaciones, y conocida la vigencia de la normativa al respecto en nuestro país, podemos enfrentarnos con los problemas jurídicos que plantea.

Tarea previa a ello será determinar qué clase de derecho es el que se ejercita en los términos previstos por la Ley de 18 de diciembre de 1950. En este sentido, diremos que parece claro que se está refiriendo al derecho sobre el cadáver, y no al derecho a la disposición del cuerpo. Son cosas bien distintas: uno es un derecho real, si bien de características peculiares, el otro es un derecho de la personalidad (10). Al ser, como decimos, presupuesto ineludible la muerte, para efectuar la operación prevista por la precitada Ley, ésta no puede referirse sino al derecho sobre el cadáver.

II. EL DERECHO SOBRE EL CADAVER O SUS PARTES SEPARADAS

A) Encuadramiento sistemático.

1. Así pues, lo anteriormente dicho nos impone ahora la obligación de examinar qué ámbito de poder comporta el derecho sobre el cadáver o sobre piezas extraídas de él. Tarea previa para ello es la

(9) O. M. 30 de abril de 1951. Habla de un “severo criterio de tanatodiagnóstico” (art. 1.º).

(10) En este sentido, LÓPEZ BERENGUER, *Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo*, Anales de la Universidad de Murcia, 1951, pág. 200. Afirma, empero, que la “disposición de una parte separada del cuerpo, es ejercicio de un derecho real, pero... la cesión anterior que efectuamos es ejercicio del derecho sobre el propio cuerpo”. Esto no nos parece exacto. El derecho viene individualizado por el objeto en que recae, y cosa distinta es —como, por otra parte, afirma— el cuerpo vivo (objeto del derecho de disposición a él referido y con los límites dichos) al cadáver o una parte separada, a menos que se quiera configurar el derecho sobre el propio cuerpo como una facultad general de disposición del ámbito somático, presente y futuro, del individuo. Pero entonces no estamos ante un derecho subjetivo, si entendemos la expresión en su sentido técnico más depurado. Es tendencia general en la doctrina ligar ambos conceptos, pero, fuera del contorno general —la persona y su contenido somático— a que ambos están necesariamente referidos, presentan discrepancias radicales en su contenido. Puede verse, en este sentido, una amplia exposición de doctrinas en Díez Díaz, *op. cit.* págs. 266-268. Configurando el derecho a la disposición del cuerpo como derecho de la personalidad, en la doctrina española BORRELL SOLER, *Derecho Civil español*, I, págs. 266 y ss.; BONET RAMÓN *Compendio de Derecho Civil* tomo I, págs. 484 y ss.; PÉREZ SERRANO, *Los actos de disposición sobre el propio cuerpo*, 1946, pág. 22; Díez Díaz, *op. cit.*, págs. 255-257.

determinación de su naturaleza y caracteres, lo que nos lleva necesariamente al problema de su encuadramiento en alguna de las categorías conocidas por el Derecho, y más concretamente a sus relaciones con la de los derechos de la personalidad. Tarea difícil, porque no hay una segura doctrina sobre estos últimos; más bien al contrario, se ha notado su imprecisión e inseguridad técnica (11); insatisfacción con seguridad debida a haber querido construir una categoría unitaria de lo que es un cajón de sastre, donde hay cosas que no ofrecen entre sí, a veces, más que algún débil punto de contacto. Lo cierto es que dentro del concepto "derechos de la personalidad" se incluyen términos distintos: desde condiciones esenciales determinativas de la personalidad a auténticos derechos subjetivos, pasando por libertades civiles y meras facultades.

Por ello, más que intentar reagruparlos, nosotros intentaremos distinguir unas clases de otras, para poder otorgar a cada una de ellas su correspondiente tratamiento jurídico: pues conviene señalar que la realidad práctica ha impuesto una diversificación en el régimen jurídico, lo cual nada dice a favor de los intentos "constructivos" de la doctrina (12).

Sin embargo, es indudable que ese nexo común existe; lo que ya es más dudoso es que sirva para la elaboración de una categoría unitaria (13). Y es que ese conjunto de facultades y derechos, ciertamente heterogéneos, más que una nota común, lo que tiene es un origen común: la protección a la esfera de lo personal, que se ha ido paulatinamente concretando por el ordenamiento jurídico, yendo de esta manera del ámbito general e impreciso del deber de respeto al reconocimiento de autónomas facultades y auténticos derechos subjetivos, que lo van reduciendo (14); se ha dicho que persona y *status* se han representado como compenetrados entre sí, en el sentido de que no es posible distinguir entre la primera y los segundos, por ser éstos meras manifestaciones o modos de ser de aquélla; pero con respecto al *status personae* hay manifestaciones en las que se ha operado algo así como una separación entre el *status* de persona y esos atributos. Se perfilan así los derechos subjetivos de la personalidad. El *status* de persona, como cualidad jurídica, se convierte en fuente de poder. A veces, la indicada separación consiste en el hecho de que algunos atributos de la personalidad resultan objetivados; en otros casos, la materia del derecho singular de la personalidad es algo ya de por sí

(11) Así, DE CASTRO, *Los llamados derechos de la personalidad*, Anuario de Derecho Civil, 1959, pág. 1258; CASTÁN, *Los derechos de la personalidad*. Revista general de legislación y jurisprudencia, 1952, pág. 12.

(12) En este sentido DE CASTRO, op. cit., pág. 1263.

(13) DE CUPIS, *I diritti della personalità*, afirmando la existencia de la categoría, pág. 455, y en contra DE CASTRO, op. cit., pág. 1258.

(14) Díez PICAZO, *Lecciones...*, I, pág. 333.

y *ab origine* objetivado; y aquí ya es más fácil concebir la autonomía del correspondiente derecho subjetivo respecto de la persona (15).

Este resultado parece ser el último a que ha llegado la doctrina, en superación de otras teorías, tales como la primitiva de la *potestas in se ipsum* de GÓMEZ DE AMEZCUA, que comete el grave error, desde el punto de vista técnico, de confundir facultad y derecho subjetivo, como atinadamente observa DE CASTRO (16); o la del derecho general de la personalidad, al que se ha imputado su vaguedad, y que no concede ningún poder especial, y que no se distinguirá nada de la capacidad jurídica y de obrar; es decir, de la cualidad de persona y del estado civil de ésta (17).

Al llegar a este punto hay que decir que la teoría llamada de los derechos de la personalidad es la comúnmente admitida en la doctrina (18), como alguno de sus mismos impugnadores reconoce (19). Se alega en su contra que materia y denominación no se compaginan; que el término derecho subjetivo, utilizado como concepto técnico, no se puede aplicar a los llamados derechos de la personalidad (20). Y se añade que el todo (la persona) no tiene como objeto a una de sus partes (mano) o cualidades (salud), sino que *es*: está formado de tales partes y con tales propiedades (21). Crítica que se reconoce es en conjunto, una crítica al todo de la teoría. Entendemos que en este sentido es admisible y deseable la sustitución del concepto por el de bien jurídico, como propugna DE CASTRO (22). Sin embargo, la crítica es también en sí algo unitaria, como el mismo DE CASTRO reconoce cuando habla de que la doctrina jurisprudencial ha apartado diversas categorías de bienes personales, según su mayor o menor conexión y separabilidad de la persona y conforme a su concreción en realidades exteriores a ella. Y añade "la relación jurídica existente en torno a la persona (y de los bienes personales), se manifiesta no sólo en el deber general de respeto, sino también en las facultades personales, en el actuar libre de la persona. Estas facultades (a diferencia de lo que ocurre respecto a la vida, integridad corporal y libertad), cuando se refieren a los bienes menos esenciales de la persona y se concretan sobre realidades exteriores a ella (nombre, imagen), pueden alcanzar una cierta independencia, hasta tener alguno de los caracteres propios de los derechos subjetivos" (23).

(15) MESSINEO. *Manuale*, III, págs. 3 y ss.; en el mismo sentido Díez PICAZO, op. et. loc. últ. cit.; DE CASTRO, op. cit., págs. 1263-1264.

(16) DE CASTRO, en el trabajo citado, págs. 1249-1261.

(17) Esta crítica está generalizada en la doctrina. Por todos y ampliando argumentos, DE CASTRO, op. cit., págs. 1253, 1257, 1258, 1261.

(18) CASTÁN, op. cit.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*.

(19) DE CASTRO, op. cit., págs. 1255 y ss.

(20) DE CASTRO, en lugar últimamente citado; Díez PICAZO, op. cit., página 331.

(21) DE CASTRO, loc. últ. cit.

(22) En el lugar citado, pág. 1261.

(23) Opus cit., págs. 1263 y ss.

Así pues, parece más fecundo, y en la dirección apuntada por el ilustre civilista, reordenar la categoría de los llamados derechos de la personalidad. Utilizando la terminología de nuestros escolásticos (24) podemos distinguir entre *bona nostra intrinseca* (vida, libertad, integridad física) auténticos bienes jurídicos que rechazan el esquema técnico del derecho subjetivo; y *bona nostra exteriora*, que son aquellos que vienen caracterizados por una mayor separación de la misma cualidad de persona, en los que puede haber facultades con algunos de los caracteres del derecho subjetivo, y, lo que es más importante, auténticos derechos subjetivos.

Como se ve, la elaboración de una teoría o de una explicación unitaria repugna a este tipo de derechos. De suyo son los derechos de la personalidad un conjunto heterogéneo, que, derivados de la esfera de lo personal, responden a una serie de notas y caracteres diversos, según su mayor o menor incidencia dentro de esta esfera. Su antítesis son los derechos patrimoniales, en los cuales el objeto se encuentra despersonalizado, desvinculado del sujeto; y dentro de ellos existirá una graduación según sea mayor o menor la separación. Es, pues, en esta unión sujeto-objeto donde se encuentra la peculiaridad de los llamados derechos de la personalidad; unión que alguna vez nos permitirá hacer la clásica crítica de que no pueden coincidir sujeto y objeto, en cuyo caso nos encontraremos ante una condición constitutiva de la personalidad, ante un bien de la personalidad, y habremos de rechazar la utilización del concepto técnico de derecho subjetivo; otras veces, empero, esa unión será tan tenue, tan diferenciado el objeto, que podremos hablar de auténticos derechos subjetivos.

2. Y con esta base, ¿qué decir del derecho sobre el cadáver? Se ha dicho que, en realidad, la cuestión del derecho sobre el cadáver cae fuera de la esfera de los derechos de la personalidad (25). Y se ha añadido que el cadáver es cosa, susceptible de derechos reales, aunque no pertenezca en propiedad al heredero (26). A nuestro parecer, el derecho sobre el cadáver no es derecho de la personalidad, pues en él se da, de una manera absoluta, esa desvinculación entre sujeto y objeto, la falta de esa unión, que en mayor o menor grado, caracteriza los bienes y derechos de la personalidad. Ciertamente que se nos podría alegar, con base en el mismo criterio de distinción apuntado, que esa separación entre el sujeto (la persona) y el objeto (su cadáver), no es más que aparente, pues el bien jurídico que se protege es un bien de la personalidad: su respeto más allá de la muerte; el objeto del derecho sería esa protección de la personalidad, mediante la tutela inmediata del poder sobre el cadáver. A lo que cabe contrarreplicar diciendo que hay derechos que sustancian una protección mediata de

(24) SOTO, *De iustitia et iure*, IV, cuestión 3, art. 3.º; MOLINA, *De iustitia et iure*, IV, págs. 4 y 5.

(25) DE CUPIS, *I diritti...* pág. 77.

(26) ENNECERUS; I, 1, pág. 548, ed. esp. 1934.

la persona sin ser derechos de la personalidad, como ocurre con el derecho a alimentos. En suma, tal argumentación conduciría a una confusión entre el objeto del derecho y los intereses que resultan protegidos con su tutela. Lo que se ve aún más claro si entramos en cuál sea el fundamento del derecho sobre el cadáver: encontramos éste en razones de moral social (dentro de las cuales, y en un ámbito más restringido, están las de piedad familiar) respecto a lo que fue sustentáculo de una persona; pero no en razones tuitivas de la esfera personal, pues, en cuanto tal, ésta se encuentra extinguida. El cadáver no es para el ordenamiento jurídico más que una cosa mueble de naturaleza especial (27). Son todas esas razones de moral social las que influirán en la especialidad del tratamiento jurídico: su extracomercialidad, el ámbito y atribución de poder, etc., como más ampliamente desenvolveremos. Pero no cabe ignorar que esos motivos de moral social tienen como base la persona, no en cuanto defensa de una personalidad concreta (aunque extinguida), lo que podría ser la *ratio* de un derecho de la personalidad sobre el cadáver, sino en tanto la colectividad está interesada en normas que no hieran sus sentimiento de respeto a la persona. De lo cual se deduce que el derecho sobre el cadáver, sin ser derecho de la personalidad, está fuertemente influido por el tratamiento de éstos (28), incluso puede responder a alguno de sus caracteres. Si seguimos a DE CUPIS (29) en la caracterización de los derechos de la personalidad, veremos que la inmensa mayoría de las notas que describe son inaplicables al derecho sobre el cadáver: la intránsmisibilidad, la inexpropiabilidad (con las reservas apuntadas), la imprescriptibilidad...; pero no cabe la menor duda —y mucho más a la vista de la legislación vigente en nuestro país— de que dicho derecho viene afectado de una indisponibilidad, si bien sea parcial.

Esto nos va a enfrentar con el problema de la comercialidad del cadáver. Se afirma que el cadáver es *res extra commercium*, no susceptible de derechos privados patrimoniales, que el respeto colectivo rechaza la utilización económica (30). Será quizá necesario precisar algo en este sentido: parece indudable que el existente sobre el cadáver no es derecho patrimonial, pero ya parece más dudoso que se hable de su in comerciabilidad, pues es un hecho que las *res extra patrimonium circulan* (31). Comercialidad y patrimonialidad son con-

(27) DE CASTRO, *Compendio de Derecho Civil*, pág. 196.

(28) DE CUPIS, en op. cit., pág. 92 habla de la posibilidad de disponer *post mortem* de residuos de los bienes personales. Prolongación de los derechos de la personalidad los llama Díez Díaz en op. cit. pág. 346.

(29) Op. cit., pág. 92 y ss.

(30) DE CUPIS. *I diritti...* pág. 77; ídem, pág. 171; CASTÁN, *Los derechos...* página 37.

(31) Las únicas que no circulan —en sentido jurídico— son las inapropiables o insusceptibles de utilización económica. En las demás lo fundamental es que su circulación no produzca desafectación. Vid. RICCA BARBERIS: *Cosa de otro y cosa fuera de comercio en la venta romana y moderna*. Revista de Derecho Privado, 1953, pág. 91, sobre todo para el Derecho Romano.

ceptos que, aunque casi siempre unidos, tienen un matiz distinto. De todas maneras, y por conservar la clasificación en su aspecto tradicional (cosa comerciable es aquella susceptible de entrar en el patrimonio; con la consecuencia: cosa patrimonial = cosa comerciable), habrá que decir que el cadáver es susceptible, dentro de ciertas condiciones, de tráfico jurídico. Por lo que, más bien que sentar normas generales en esta materia, habrá que concluir que las afirmaciones sobre la propiedad y la comerciability son demasiado absolutas. Estas sólo tienen lugar en tanto que la ley y las buenas costumbres no se opongan. No se puede dar un criterio general. Es necesario atender al límite moral, lo que impone un examen cuidadoso de la motivación del acto (fin de lucro, fin altruista, estado de necesidad) (32). Es, en suma, ese criterio de moralidad, de adecuación a las buenas costumbres —criterio tan cambiante—, lo que dará un tinte u otro al acto de disposición. Lo que desautoriza cualquier opinión apriorística sobre el problema (33).

Con estas anotaciones quizá estemos en condiciones ya de pronunciarnos sobre el tema de la disponibilidad del cadáver y sobre el problema de si esa disposición puede ser hecha a título oneroso o a título gratuito. De lo antecedente, parece deducirse que hay una posibilidad de disposición —aunque sea restringida— del cadáver. En cuanto a la onerosidad del negocio, parece ser que en principio ha de ser rechazada, como apunta DÍEZ PICAZO; pero pueden existir otras posibilidades de disposición (34). Y aún aquí surge la duda, pues el límite moral, como queda apuntado, es cambiante, de límites no fijos. Pensemos en el caso de la donación de un cadáver con destino a fines científicos; dicho cadáver es utilizado, y tras la utilización se emplea el esqueleto, con la conveniente preparación, como instrumento de estudio. Este esqueleto, así preparado, ¿será susceptible de venta? Por lo menos, como queda dicho, surge la duda. En cuanto ese residuo de la personalidad se acerca más a ser una cosa, mientras más “deshumanizado” esté, más cede el límite de las buenas costumbres, que hace inmoral el negocio. De lo cual se deduce que ni siquiera aquí caben afirmaciones fijas. Sin embargo, habrá que concluir que, por regla general, y en cuanto el cadáver se manifieste claramente como residuo de la personalidad (disposición en vida, inmediata o próxima a la muerte), la conciencia social rechazará cualquier disposición a título oneroso, y habrá que considerarla como nula por efecto de los artículos 4.º, 1.255,

(32) FADDA Y BENZA, notas al *Diritto delle Pandette* de WINDSCHEID página 38. Hacen estas afirmaciones para las partes separadas, pero entiendo que son aplicables también al cadáver. En esta dirección DE CUPIS, *I diritti...* pág. 173 y DERNBURG, citado por CASTÁN en loc. últ. cit., pág. 38.

(33) DÍEZ PICAZO, op. cit., I, pág. 340.

(34) Lugar citado, I, pág. 338; por ejemplo, testamento (considerando a éste normalmente gratuito) o donación.

1.271 y 1.275 del Código civil (35). Posición que es la más generalizada en la doctrina (36).

Nos queda, por último, ver si el derecho sobre el cadáver responde a las notas del concepto técnico de derecho subjetivo. Todo lo anteriormente expuesto nos conducirá a una respuesta afirmativa. Siguiendo en este tema la magistral aportación hecha por DE CASTRO, podemos decir que la idea de derecho subjetivo supone, ante todo, un *poder* atribuido a la persona y separable de ella, pues se puede ser titular del derecho y dejar de serlo, *poder* caracterizado por notas de *unidad, identidad e independencia* (37).

Pues bien, no cabe la menor duda, a la vista del derecho positivo español (que analizaremos después con más detalle), que el derecho

(35) Es un caso más de relevancia de los motivos para la represión del negocio ilícito. Así Díez Díaz, *El derecho a la disposición del cuerpo*, en Revista general de legislación y jurisprudencia, abril 1967, pág. 695.

(36) ENNECERUS, I, 1, 548. ed. esp. 1934, y bibliografía allí citada en nota 8; CASTÁN, *Los derechos...* cit. pág. 37; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en notas a ENNECERUS, I, 1, pág. 553; DE CUPIS, op. cit., pág. 171; DE CASTRO, Apuntes del curso 1958-1959, citados por Díez Díaz, en *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho Somático*, pág. 350. Vid. BORRELL MACIÀ, *La persona humana*, pp. 127 y ss. Díez Díaz, en la citada obra, pág. 372, parece discrepar: "nada se opone a que dicha ofrenda sea, sino estrictamente satisfecita, al menos, compensada". Ahora bien, la discrepancia es sólo aparente si está en su pensamiento, como nos parece, el mecanismo de la donación remuneratoria. Conclusión que es admisible si se tiene en cuenta que el negocio sigue siendo gratuito ("es también donación", dice al art. 619 del Código Civil).

Con respecto a la posibilidad de donación con causa onerosa (donación *sub modo*), parece ha de ser rechazada, salvo la que PUIG BRUTAU llama *datio ob causam* (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, pág. 113): afectación de lo donado a un fin. En este caso, el problema de la persona o personas que pudieran pedir el cumplimiento de esa finalidad vendría solucionado por el artículo 797 del Código Civil, en aplicación analógica, que es clara si se tiene en cuenta que en el supuesto del presente trabajo estaríamos en presencia de un acto de última voluntad. Sin embargo, no se ha de olvidar que la cuestión de la persona legitimada para pedir el cumplimiento, no es pacífica en la doctrina. TORRALBA SORIANO (*El modo en el Derecho Civil*, pp. 210 ss.), sostiene una postura amplia: "creemos desde luego que, además del tercero beneficiario, pueden pedir el cumplimiento aquellas personas que tengan un interés que encuentre satisfacción por dicho cauce" (p. 218). Sin entrar en el fondo del problema, que excedería los límites de este trabajo, señalemos que la opinión de TORRALBA no es mayoritaria. En contra, LACRUZ, Notas al *Derecho de sucesiones* de BINDER, pág. 343; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen II, pág. 334; OSSORTO MORALES, *Manual de Sucesión testada*, página 231.

Pero obsérvese que este tipo de donación *sub modo* se refiere más a la causa de la donación que a su contenido. Ese contenido, que anula en parte el ánimo de liberalidad en las normales más corrientes donaciones onerosas (aquellas en que se impone un gravamen inferior al valor de lo donado), aquí sólo lo encauza. Por ello, y dada la particular índole del objeto de la donación, en el presente caso, habrá que reputar lícito al negocio.

Con estos presupuestos no resultan aceptables las conclusiones de Díez Díaz, en op. cit., pág. 373 (aunque él mismo las apunta con reservas), con respecto a la posibilidad de saneamiento y evicción, así como a los riesgos.

(37) *Derecho Civil de España*, I, pág. 573 ss.

sobre el cadáver señala un ámbito de poder atribuido a una persona, pero que puede dejarlo de estar: actos de disposición en favor de tercero—objeto del presente trabajo—, poder que, por otra parte, es independiente; no hay situación jurídica principal de la que se pueda considerar facultad dependiente, lo que creemos queda suficientemente demostrado, si se tiene en cuenta que el cadáver es cosa, cosa externa a nuestra personalidad, aunque sea su residuo; se tiene sobre él un derecho subjetivo, que en nada resulta facultad dependiente del *status personae*. En este punto, nos remitimos a lo dicho sobre el fundamento del derecho sobre el cadáver y a su posible conceptualización como derecho de la personalidad. Poder éste, que, independiente, objetivado por el ordenamiento jurídico, unifica facultades de muy diversa índole (desde actos de disposición en favor de terceros a actos de destinación), en torno a un mismo objeto. Luego cumple, en verdad, las notas que caracterizan al derecho subjetivo, en sentido técnico.

No cabe, por el contrario, atribuir esta calificación al poder otorgado a los parientes sobrevivientes sobre el cadáver de su allegado, pues éste, en lo que respecta a los actos de disposición, está subordinado a la voluntad del difunto, en unos casos; en otros, es una facultad atribuida a los parientes por el ordenamiento jurídico, en consideración a razones de bien común, y viene siempre predeterminada por la norma, siempre dentro de unos límites de "normal destino" del cadáver (38). Lo que refrenda el Derecho positivo (arts. 2.º y 6.º de la Ley de 18 de diciembre de 1950).

3. Nos queda por señalar el ámbito de poder que comporta el derecho sobre el cadáver; y aquí habrá que distinguir, como hemos apuntado, entre el poder sobre el propio cadáver, auténtico derecho subjetivo, y las facultades (no derechos subjetivos) que poseen los parientes sobrevivientes. Consiste el primero en el poder de determinar el destino de la cosa futura en que se transformará la persona *post mortem*, y se logra mediante un negocio jurídico cuya calificación y requisitos veremos de la mano del Derecho vigente. Dentro de éste (39) hemos de señalar, en primer lugar, los actos de disposición sobre el cadáver; y en segundo lugar, aquellos que se refieren al destino normal del propio cuerpo; nos referimos, claro está, a los funerales y al enterramiento. Los primeros tienen como límite fundamental la onerosidad, en los términos desentruados más arriba; a ello hay que añadir requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico, tanto en garantía del disponente, como por motivos de bien común y moral social. Por lo que hace a las restantes facultades sobre el cadáver, que no sean la disposición de éste en favor de terceros con fines sanitarios o científicos; es decir, las referentes a exequias y sepultura, encuentran el contorno que las define en razones de tutela de los sentimientos religiosos, de un lado; y de otro, en motivos de policía mortuoria, o de moral

(38) En lo referente a funeral, enterramiento, etc. . .

(39) Resumimos aquí la postura de DE CUPIS, op. cit., págs. 172 ss.

social (prohibición de destino en contra de normas higiénicas, prohibición de destino macabro). Es de hacer notar que el derecho sobre el propio cadáver es prevalente al que puedan tener los parientes sobrevivientes, de tal manera que su ejercicio excluye el surgir del otro, provocando en aquellos que han de actuar la última voluntad del difunto (generalmente los mismos parientes) el nacimiento de la obligación de cumplir su disposición.

En lo referente al derecho sobre el cadáver ajeno, otorgado a los parientes sobrevivientes, cabe decir que se reconduce a la voluntad del difunto, que será ley en cuanto expresada; caso de no ser así, este poder tiene un fundamento autónomo legal; por regla general consistirá en una limitada facultad de determinar funeral y sepultura; excepcionalmente, y en consideración a razones de bien común, podrán tener los parientes derecho a conceder autorización para la utilización del cadáver para otros fines; pero la destinación del cadáver al estudio anatómico, o a fines de trasplante, aunque no lesiva en rigor de su dignidad, no puede considerarse conforme al sentimiento de *pietas* de los parientes sobrevivientes, que es el fundamento del *derecho* (facultad) de éstos, como queda dicho anteriormente. Conclusiones que vienen avaladas por el derecho positivo: véase el artículo 2.º de la Ley de 18 de diciembre de 1950 (el fundamento de la disposición será la voluntad del finado o que, de no existir ésta, no haya oposición por parte de los familiares; claros motivos de respeto a la voluntad del difunto, o en caso contrario, de bien común son la *ratio* del precepto; pero obsérvese que el ámbito de poder concedido a los familiares es limitado, y su facultad de determinación del destino del cadáver, fuera de lo que respecta a lo que es su normal término, la paz del sepulcro, prácticamente nula).

III. EL DERECHO POSITIVO VIGENTE

Viene constituido fundamentalmente por la Ley de 18 de diciembre de 1950, sobre obtención de piezas anatómicas procedentes de cadáveres con destino a injertos y trasplantes, ya citada anteriormente, y las Ordenes ministeriales que la desarrollan, de 30 de abril de 1951, 12 de mayo de 1952 y 17 de febrero de 1955.

Es evidente que dada la fecha en que se promulga la Ley, el legislador no se propuso contemplar los problemas que plantean los trasplantes de órganos vitales, como el corazón. Sin embargo, como ya hemos apuntado, la Ley se pronuncia dentro de términos generales y flexibles que permiten su perfecta adecuación a las nuevas circunstancias producidas por el espectacular avance en la técnica quirúrgica que tales operaciones representan. Pues, sobre todo, permite una actuación lo más pronta posible (así se pronuncia la propia Ley en su exposición de motivos) sobre el cadáver, condición indispensable, según la ciencia médica, para la efectividad de la operación.

Es de observar que la Ley habla, en su exposición de motivos, de elementos no vitales, lo que no tiene mucho sentido, pues no se comprende que sean elementos vitales en un cadáver; sin duda se ha pretendido hacer resaltar la necesidad absoluta de que la muerte haya acaecido, como presupuesto ineludible para efectuar la exéresis; preocupación que es una constante de la normativa (art. 3.º de la Ley; artículos 1.º y 2.º de la O. M. de 30 de abril de 1951). Otra interpretación viene desmentida por la misma Ley: "tejidos y órganos", sin más distinción; expresiones análogas se encuentran en las órdenes que la desarrollan.

Dicho esto, entremos en el análisis de estas disposiciones.

El primer problema que plantean es la conceptualización del acto contemplado en la Ley en orden a la distinción acto *inter vivos*—acto de última voluntad, propuesta por JORDANO (40), como más fecunda que la contraposición usual negocio *inter vivos*—negocio *mortis causa*.

No cabe la menor duda de que el acto contemplado por la Ley de 18 de diciembre de 1950 es un acto *mortis causa* en el sentido de que tiene como objeto la disciplina de una situación *post mortem*; pero, ¿se deriva de la muerte del autor una calificación jurídica autónoma (41); regula una situación que se produce originariamente por la muerte del causante (42)? Digamos que cuando se habla de calificación jurídica autónoma nos estamos refiriendo a que la muerte del *auctor* ha de ser causa u origen de una situación hereditaria o sucesoria. Bien entendido que ésta no significa situación de absoluta ineficacia o irrelevancia frente a los terceros. Ello sólo es propio de un acto *mortis causa*, el testamento, existiendo actos de este tipo de eficacia, siquiera limitada anterior a la muerte: piénsese en los pactos sucesorios. Esta característica es privativa tan sólo de los actos de última voluntad, especie del género acto *mortis causa*. ¿En qué, pues, hemos de encontrar el criterio que distinga actos *inter vivos* en los que juega, en orden a la producción de los efectos, de alguna manera la muerte, y los actos *mortis causa*, en sentido técnico? Pues parece posible distinguir entre actos *inter vivos* en los que la muerte es un presupuesto para su ejecución, en los que no se regula ninguna situación *post mortem*, de un lado; de otro, actos *inter vivos a causa de muerte*, que implican la regulación, en los que no se regula ninguna situación *post mortem*, de un lado; aunque sea limitada, antes de la muerte; y, finalmente, aquellos actos que regulan una situación *post mortem*, pero no producen eficacia alguna antes de ella. Es decir, la causa función del acto *mortis causa* es la disciplina de la situación sucesoria, entendiéndose por tal la que se presenta tras y por efecto del acaecimiento de la muerte.

Con este esquema, cabe decir que el acto de disposición del propio

(40) *Teoría general del testamento*, Valladolid, separata del Libro-Homenaje al profesor Serrano y Serrano, 1965, pág. 7.

(41) JORDANO, op. cit., pág. 5.

(42) ALBALADEJO, *Cuestiones en materia de revocación de testamentos*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XII, 1965, pág. 9.

cadáver es un acto *mortis causa*, pues tiende a dar una reglamentación al destino del cuerpo *post mortem*, sacándolo del que le es normal, que es bajar al sepulcro: regula, pues, una situación producida tras y por efecto de la muerte. Esta es su causa función, no siendo la muerte un mero presupuesto de ejecución del acto (43) en favor de otra persona, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de seguro, donde no se intenta regular la situación del patrimonio *post mortem*: es una estipulación en favor de tercero, de cosas que ni siquiera están en el patrimonio del asegurado.

Calificado el acto como *mortis causa*, nos queda por ver su conceptualización como acto *inter vivos* a causa de muerte o bien como acto de última voluntad. Como es sabido, la esencia de éste se encuentra en la revocabilidad. Por tanto, hemos de ver si es posible en el tema propuesto la revocación. ¿De qué depende la revocación del acto *mortis causa*? Como ha puesto de manifiesto JORDANO (44), depende de la irrelevancia de dicho acto *ante mortem*, pues éste es el expediente técnico de que se vale el Derecho para proteger el libre querer del disponente, la libertad de destinación *mortis causa* de sus derechos. La irrelevancia es el *pris* de la revocación y no a la inversa.

Ahora bien, ¿en qué se manifiesta la irrelevancia del acto *mortis causa*? De una manera fundamental en dos aspectos: primero, y desde un punto de vista sustancial, en la ausencia de todo tipo de efectos antes del acaecimiento de la muerte, incluidos los *prodrómicos* o *preliminares* (tales como los contemplados para el testamento, *ad cautelam*, en los artículos 737 y 756, 6.º y 7.º del Código civil); segundo, y desde un ángulo formal, en que el ordenamiento jurídico da carácter reservado a estas disposiciones, a fin de que el vehículo de la declaración sea el adecuado para la irrelevancia *ante mortem* en sentido sustancial: cfr. los artículos 17, 32 y 34 de la Ley del Notariado, y 214, 226, 241-3.º, 250 y 282 del Reglamento, referentes al testamento. Para el testamento, la irrelevancia es una cualidad tanto sustancial como formal, en el sentido de que, sólo en tanto en cuanto el medio portador de la declaración de última voluntad sea el formalmente exigido por el ordenamiento jurídico para la irrelevancia *ante mortem* del acto de última voluntad, será éste sustancialmente irrelevante y, por ende, revocable (45).

Mas esta doble cualidad, sustancial y formal, de la irrelevancia, no es siempre presupuesto de la revocación. Basta con la cualidad de irrelevante en sentido sustancial: así, los pactos sucesorios revocables, conocidos por nuestro Derecho foral. Hay una relevancia externa, aunque sólo formal (forma de contrato): sustancialmente no existe;

(43) En contra, LÓPEZ BERENGUER, op. cit., pág. 212; parece aceptar la calificación del negocio *inter vivos*, teniendo como presupuestos de ejecución la muerte del donante (negocio *inter vivos post mortem*, los llama él); idéntica expresión emplea ROYO VILLANOVA citado por Díez DÍAZ en *Los derechos físicos...* pág. 372.

(44) Op. cit., págs. 5 ss.

(45) JORDANO, op. cit., pág. 21.

bien se ha dicho (46) que son disposiciones de última voluntad en forma contractual. Sólo en forma: es obvio que disposición contractual revocable desde un plano sustancial, es una *contradictio in terminis*. Pero, y es lo que nos interesa resaltar, puede existir alguna relevancia externa (formal), sin excluir la posibilidad de revocación.

Con estas precisiones podemos abordar el problema. Hacemos desde ahora la salvedad de que nos referimos al derecho sobre el propio cadáver, no a la disposición del cadáver por los parientes supervivientes, que no es sino una mera facultad de actuación concedida por el ordenamiento jurídico por razones combinadas de bien común y respeto a las *pietas* familiar. Dentro de este derecho sobre el propio cadáver, podemos distinguir: la disposición en forma testamentaria, la hecha en forma contractual y la efectuada de manera unilateral no testamentaria, que es simplemente la cesión del derecho sobre el propio cadáver en favor de un tercero determinado o indeterminado, y sometida, por tanto, a los límites anteriormente señalados, con respecto a la onerosidad.

Por lo que hace a la primera, es perfectamente válida, constituyendo una declaración de última voluntad, con forma testamentaria, irrelevante, tanto desde el punto de vista sustancial como el formal, y, por ende, revocable *ad nutum*.

En cuanto a la segunda, disposición en forma contractual, plantea algún problema. Si es irrevocable cae bajo la prohibición de los pactos sucesorios (art. 1.271, 3.º, del Código civil) (47). Existe identidad de *ratio*: si con este precepto se busca salvaguardar la libertad de testar en materia de patrimonio, tanto más habrá de protegerse la libertad de disposición *mortis causa* de derechos, que vienen contenidos en la esfera de lo personal o, al menos, matizados por ella. Luego parece ser que habrá de ser revocable el acto. En tal caso, ¿será por falta de forma? Esta sería la consecuencia, de seguir los principios del Código civil, que impone la forma testamentaria para estos casos. Pero la Ley de 18 de diciembre de 1950 establece unos requisitos de forma tan laxos que exceden en levedad incluso a las solemnidades del testamento ológrafo, tipo de testamento el más abreviado (dentro de los comunes) desde el punto de vista formal (arts. 688-705 del C. civil). En efecto, habla la Ley de "acto o documento auténtico" (artículo 2.º). Como el negocio ha de ser a título gratuito (vid. supra), nos encontramos con una figura de donación *mortis causa* revocable, siendo el fundamento de la revocación una irrelevancia en sentido sustancial, aunque el negocio sea relevante desde un punto de vista formal, como ocurre con los pactos sucesorios revocables del derecho foral. Luego el negocio configurado por la Ley de 18 de diciembre de 1950 puede ser: testamento o donación *mortis causa* (47 bis) considerada como revocable, disposiciones, ambas, que pueden llevar aparejado un modo, consistente en determinar

(46) JORDANO, op. cit., pág. 24.

(47) JORDANO, op. cit., pág. 33.

(47 bis) BORRELL MACIÀ, *La persona humana*, p. 129.

la finalidad que ha de cumplir el órgano donado. Parece preferible esta solución (la de la *datio ob causam*; véase lo dicho en nota 36) para la disposición en forma contractual, en vez del mecanismo de la estipulación en favor de tercero, sobre todo con vistas a la aplicación del artículo 797, 2.º párrafo, de manera analógica.

Finalmente, un breve análisis de los requisitos exigidos por dicha Ley para la obtención y trasplante de órganos y tejidos del cadáver.

La operación será autorizada por los médicos directores de los establecimientos autorizados por el Ministerio de la Gobernación en los casos de muerte natural (art. 2.º), o bien por la autoridad judicial (juez de instrucción, art. 1.º O. 17-II-1955), "en conformidad con las circunstancias del hecho", en los casos de muerte violenta (art. 6.º), con los siguientes requisitos (comunes a ambos supuestos):

a) De consentimiento.

Podrá autorizarse la separación y efectuarse la operación cuando el finado hubiese manifestado su voluntad en dicho sentido. Si no lo hizo, bastará la ausencia de oposición de los familiares con quienes conviviese (razones de *pietas* familiar), en el caso de que no hubiese sido posible requerirlos para que den su autorización (art. 1.º Orden 17-II-1955). Esa imposibilidad puede referirse al requerimiento a los parientes dentro del plazo en que el órgano del cadáver es idóneo para el fin clínico a que se destine. El supuesto, aparte de ser raro, tiene plena justificación: el no encontrar los parientes en un momento próximo a la muerte demuestra —salvo excepciones— que la convivencia que la Ley exige a los parientes no era muy efectiva; o bien puede suceder que ellos no existan. Como dice LÓPEZ BERENGUER, citando a FERRARA, son las leyes del afecto, y no las de la herencia, las que rigen en esta materia.

En cuanto al problema de si los familiares pueden efectuar la disposición en contra de la voluntad del difunto, creemos que no. Así opina LÓPEZ BERENGUER (48) con alguna reserva. También nos parece acertado este autor cuando entiende que si faltan familiares y herederos, el poder de disposición corresponde al director del centro, así como negar facultades en este sentido a los albaceas, legítimos y dativos (49).

b) De forma.

La Ley exige "acto o documento auténtico" (art. 2.º). Este concepto es muy amplio, como ya queda reseñado anteriormente. Plantea algún problema el concepto de "acto auténtico". ¿Tiene cabida en él el acto no escrito? Dada la índole del acto parece ser que habrá que pronunciarse negativamente. Aunque en materia tan grave es sorprendente la

(48) Op. cit., pág. 214.

(49) Op. cit., pág. 215.

levedad de los requisitos formales, es excesivo, habida cuenta el tratamiento que nuestro Derecho da a los testigos, pensar que bastaría una declaración verbal prestada ante éstos. Si consideramos, además, que la extraordinaria ausencia de exigencia de formalidades tiene su *ratio* probablemente en la necesidad de que la operación se efectúe rápidamente, la tesis vendría reforzada. No aligera de manera apreciable las formalidades del acto, con respecto a la forma escrita *simple*, la declaración emitida verbalmente ante testigos; y, en cambio, puede dar lugar a inseguridades y peligros, que serían de evitar. Compartimos, pues, la opinión de LÓPEZ BERENGUER en este sentido, así como su creencia de que la única excepción a esta forma escrita sería la de los supuestos de aquellos testamentos, que, por su carácter de excepcionales, no exigen inmediata constatación escrita (50).

(50) Op. cit., pág. 213.

