



Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo

(Notas y comentario a la ley de 18 de diciembre de 1950)

POR

JOSE LOPEZ BERENGUER

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho

I

EL DERECHO SOBRE EL PROPIO CUERPO

1.—Introducción

La ley española de 18 de diciembre de 1950 se ha ocupado de la obtención, preparación y utilización de tejidos y órganos humanos, tales como huesos, cartílagos, piel, ojos, etc., para injertos y trasplantes. Poco tiempo antes, la Orden de 17 de noviembre había completado las disposiciones existentes sobre transfusiones y venta de sangre (1).

Ambas disposiciones, que recogen parciales ejemplos de cesiones de órganos corporales—actividad humana actualmente de una frecuencia extraordinaria—, plantean de nuevo a la ciencia jurídica el problema de los derechos sobre el propio cuerpo, y concretamente el de la validez y límites de los actos de disposición de tales elementos integrantes.

(1) Son éstas: la Orden de 18 de diciembre de 1939, creadora del Instituto de Hematología y Hemoterapia; la de 23 de noviembre de 1942, que regula las condiciones de los donantes; 30 de enero de 1943, 20 de julio de 1944 y algunas otras de menor importancia.



La doctrina española se ha ocupado recientemente de la cuestión (2); por nuestra parte nos limitaremos a resumir los fundamentos científicos antes de pasar al comentario de la ley primeramente mencionada.

2.—Posiciones doctrinales sobre la admisibilidad y naturaleza del derecho sobre el propio cuerpo

A) PROBLEMÁTICA.

La realidad nos muestra que todo hombre no solamente puede repe- ler cualquier ataque que se dirija contra su cuerpo, sino que también dispone de partes separables del mismo en beneficio de otras personas, mediante actos jurídicamente eficaces que constituyen verdaderas rela- ciones de tráfico.

Se discute, en una primera fase, si estos actos son ejercicio de algún derecho subjetivo; y en un momento posterior, admitida la existencia del derecho, su naturaleza jurídica. Las tesis fundamentales son las si- guientes:

B) TESIS NEGATIVAS.

a) *Negativas de los derechos de la personalidad.*

De una manera más o menos directa niegan la existencia del dere- cho sobre el propio cuerpo quienes no admiten los de la personalidad. Presenta las siguientes direcciones:

1.^a) Tesis que lo niegan por sus inadmisibles consecuencias.—Su representante más caracterizado es SAVIGNY. Reconoce este autor que el hombre dispone lícitamente de sí mismo y de sus facultades, pero indi- ca a continuación (3) que esta posesión de sí mismo no tiene en modo alguno necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo, y que confundir este poder natural con sus extensiones artificiales, po- niéndolas al mismo nivel y tratándolo de igual manera, «es un error que no tiene justificación alguna».

Tal posición, seguida igualmente por BINDING (4) y HEGEL (5), ex-

(2) Particularmente PÉREZ SERRANO: *Los actos de disposición sobre el propio cuerpo*, Ed. de la Escuela Social de Madrid, 1946, y PÉREZ DE PRITIVO: *Límites de las disposiciones sobre el propio cuerpo*. Conferencia en las Jornadas Médico-forenses de Logroño, agosto de 1948, pág. 388.

(3) SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, trad. española, vol. I, pág. 260.

(4) BINDING: *Manuale de diritto penale*, I, paraf. 32.

(5) HEGEL: *Naturrecht*, paraf. 70, cit. por SAVIGNY.



pone también que el reconocimiento de estas facultades, y especialmente el derecho a la vida, conduciría a admitir la licitud del suicidio y de la automutilación.

En contra puede alegarse, como hacen FADDA Y BENSA (6) y DEGNI (7), que tal argumento no desmiente la existencia de estos derechos de la personalidad, porque el concepto de derecho no es incompatible con el de límite, impidiendo éste esas consecuencias inadmisibles.

2.ª) Tesis de la confusión del sujeto con el objeto.—Argumentan los numerosos partidarios de esta segunda teoría que resulta imposible concebir la existencia de unos derechos (los de la personalidad) en los que el sujeto (la persona) se confunde con el objeto (ella misma); RAVA—uno de sus representantes más caracterizados—califica de «monstruosidad jurídica» admitir dicha confusión (8).

FADDA Y BENSA (9), CAMPOGRANDE (10) y FERRARA (11) resuelven esta objeción con distintos razonamientos. El más convincente es el de CAMPOGRANDE. Pará éste no presenta ningún inconveniente jurídico que el hombre sea a la vez sujeto y objeto de derechos, porque «el sujeto del «ius in se ipsum» es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto... consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, bien sea física o moral». «En otros términos—sigue diciendo—el sujeto se confunde con el objeto en la entidad del ser (el hombre) en que uno y otro se concretan; pero se diferencian en el contenido» (12).

Puede añadirse, además, que la objeción parte de un singular concepto de la relación jurídica no totalmente exacto, pues, si ésta se define, en el sentido de ENNECERUS, como «una relación de vida ordenada por el derecho objetivo y que consiste en una relación jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos» (13), la antítesis sujeto—objeto deja de tener importancia. Allí donde existe una relación de vida regida por una norma, existe una relación jurídica.

b) Tesis estrictamente negativa del derecho sobre el propio cuerpo.—Es la de FERRARA, que admite la existencia de los derechos de la personalidad (14), pero no se atreve a conceptualizar de jurídicas las facul-

(6) FADDA Y BENSA: Notas a WINDSCHIED, *Diritto delle Pandette*, vol. IV, Torino, 1930, pág. 128.

(7) DEGNI: *La persone fisiche*, Trat. Vasalli, U. T. E. T., Torino, 1930, págs. 161, 187.

(8) RAVA: *I diritti sulla propria persona*, Torino, 1895.

(9) Op. cit., pág. 128.

(10) CAMPOGRANDE: *Los derechos sobre la propia persona*, trad. española, Madrid, 1896, pág. 22.

(11) FERRARA: *Trattato de Diritto Civile*, I, págs. 394-395.

(12) Op. cit., pág. 22.

(13) ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, trad. española, Barcelona, 1934, I-i.º, pág. 285.

(14) Op. cit., pág. 388.



tades de disposición del cuerpo humano o de sus órganos corporales. Sostiene que únicamente representan «una facultad natural de disposición de tales bienes, que constituye exteriorización de una actividad lícita, no ejercicio de un derecho» (15). Constituye—continúa diciendo—una «*facultas quaedam disponendi*» de sí mismo, disposiciones que quedan internas a él, en una esfera extrajurídica, aunque pueden interesar al derecho cuando se concretan en una relación jurídica hacia otros bajo la forma de obligación.

La postura de FERRARA no es clara; realmente lo que él denomina «*facultas quaedam disponendi*» es algo más que una facultad natural, desde el momento en que tiene efectos jurídicos.

C) TESIS POSITIVAS.

Se manifiestan en diversas formulaciones teóricas.

a) *Tesis del derecho de propiedad.*

VANGEROW (16), teniendo en cuenta el señorío que el hombre tiene sobre su cuerpo, la facultad de exclusión que acompaña a tal señorío y la especial configuración del «*status libertatis*» en el Derecho romano, sostuvo la tesis de que el derecho que tenemos sobre el propio cuerpo es un derecho de propiedad, que si se ejerce por el titular dá ocasión a la libertad, y si por personas ajenas, a la esclavitud (16 bis).

Su postura es errónea. Como dice FERRARA, no ha tenido defensores en la doctrina. Se ha objetado:

1.º) Que las mismas fuentes romanas la desmienten, particularmente el texto de ULPIANO: «*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*» (17).

2.º) Que el cuerpo de una persona viviente no puede ser objeto de propiedad (FADDA Y BENSA), porque presupuesto necesario de la relación dominical es la existencia de una «*res*», de una cosa en sentido técnico, y el cuerpo viviente no lo es, pues no reúne los requisitos de apropiabilidad ni patrimonialidad (18).

(15) Op. cit., pág. 398.

(16) VANGEROW: *Ueber die Latini Juniani*, pág. 77, y Padt. I, paraf. 34.

(16 bis).—Sostiene, en España, esta tesis, el profesor LEGAZ Y LACAMBRA: «Propiedad—dice—de la persona es, en primer lugar, el propio cuerpo en que encarna la unidad psicofísica del hombre». (*Introducción a la Ciencia del Derecho*), ed. Bosch, Barcelona, 1943, pág. 570).

(17) 13 DIG. IX, 2.

(18) En este sentido DERNBURG, BARÓN, FADDA Y BENSA y la mayoría de los autores.



3.º) Que no presenta los caracteres técnicos de la propiedad ni sus facultades, pues el titular no puede destruir ni limitar su propio cuerpo. El Derecho romano mismo castigaba severamente el suicidio (19) y la automutilación (20).

b) Tesis de pertenencia.

Fué expuesta de una manera incidental por IHERING (21), al combatir el fundamento de la protección dispensada a la posesión, tal como fué expuesto por SAVIGNY.

Decía: «yo parto del principio de que la noción «pertenecer (*alicuius esse*) y la de propiedad no son una sola y misma cosa, y que, al contrario, una cosa puede pertenecerme sin estar en mi propiedad... Mis cabellos—sigue diciendo—«me pertenecen»... y sin embargo durante el tiempo en que están adheridos a mi cabeza no se les puede aplicar la noción de posesión o de propiedad».

En realidad, las palabras de IHERING, meramente exemplificativas, nada especifican. El concepto «pertenecer», como dicen CHIRONI (22) y FADDA es de una amplitud extraordinaria, y puede aplicarse a cualquiera que sea el derecho que sobre nuestro propio cuerpo tengamos.

c) Tesis del derecho de la personalidad.

Es la teoría moderna, que ha tenido casi universal aceptación. El derecho sobre el propio cuerpo, se ha pensado, garantiza al hombre el ejercicio de sus energías corporales y posibilita el desenvolvimiento de su personalidad; es un tipo, por tanto, de los derechos de dicha índole. WINDSCHEID, FADDA Y BENSA, DEGNI, DUSI, CAMPOGRANDE, etc. no dudan en sistematizarlo de esta manera.

FADDA Y BENSA lo definen, desde este punto de vista, como «un derecho personal (no patrimonial quieren decir) de carácter muy especial, cuyo contenido lleva a la libre disposición de nuestro cuerpo y a la exclusión de cualquier tercero, salvo las restricciones impuestas por la ley» (23), concepto que repite CAMPOGRANDE (24).

NERSON (25), dentro de las reservas con que este autor admite la existencia de derechos extrapatrimoniales, llega a la misma conclusión.

(19) 6, 7 DIG. XLIX, 16.

(20) 4, 2 DIG. XLVIII, 8.

(21) IHERING: *Du fondement de la protection possessoire*, París 1875, pág. 138.

(22) CHIRONI: *Questioni di diritto*, pág. 23

(23) Op. cit., pág. 134.

(24) Op. cit., pág. 31.

(25) NERSON: *Les droits extrapatrimoniaux*, París, 1930, pág. 131.



3.—Naturaleza, contenido y límites de este derecho

A) PRECISION DEL CONCEPTO.

Una cosa es el derecho que el hombre tiene sobre su propio cuerpo y otra, bastante distinta, los derechos que puedan recaer sobre el cuerpo humano convertido en cadáver o sobre las partes separadas de aquél.

Como dice CASTÁN (26), «pueden tener la consideración de cosa las partes separadas (pelos, dientes, etc.) así como el cadáver», pero por razones de moralidad, este último y algunas de aquéllas están sometidas a un tráfico prohibido o limitado. Estas cosas son susceptibles del derecho de propiedad y pertenecen originariamente al sujeto de donde proceden, de tal manera que los actos de disposición de las mismas son ejercicio de las facultades dominicales. SCHULTHEIS (27), MITTELSTEIN (28), PEROZZI (29) y FADDA Y BENZA (30) explican desde diversos puntos de vista el fundamento de la adquisición originaria de esta propiedad.

La disposición de una parte separada del cuerpo, por tanto, es ejercicio de un derecho real; pero el consentimiento que prestamos para que se nos separe o la cesión anterior que efectuamos, es ejercicio del derecho sobre el propio cuerpo.

B) NATURALEZA.

Expone PÉREZ SERRANO (31), de acuerdo con la teoría más progresiva: «El derecho a disponer del propio cuerpo exige una categoría nueva, y nos vemos inevitablemente condenados a catalogarle dentro de los derechos de la personalidad». Es la posición más aceptable, desde el momento en que la titularidad del derecho sobre el propio cuerpo permite al hombre el goce pacífico de sus facultades corporales y ese goce es condición indispensable para el desenvolvimiento de su persona; si tal derecho no se reconociese al individuo no podría cumplir los fines propios de su existencia dentro del orden social.

La facultad de disponer y excluir el uso del cuerpo es jurídica, y no meramente natural, porque resulta sancionada por las normas, las cua-

(26) CASTÁN: *Derecho civil*, 7.^a ed., Madrid, 1949, pág. 578.

(27) SCHULTHEIS: *Sulla possibilità di rapporti giuridici privati sul cadaver umano e sulle parti di esso*, Halle, 1888.

(28) MITTELSTEIN: *Arch. diritto penale*, XXXIV, 179.

(29) PEROZZI: *Nolas a GLUK: Pandette*.

(30) *Op. cit.*, pág. 136.

(31) PÉREZ SERRANO: *Op. cit.*, pág. 22.

les permiten los actos de disposición y dotan a los titulares de una acción contra quien desconoce o lesiona su interés.

Dentro de los derechos de la personalidad, constituye el subgrupo de aquellos que protegen la exteriorización física de la misma.

C) CONTENIDO.

Las facultades que comprende este derecho se agrupan en las dos clases que presenta todo derecho absoluto:

a) Negativas o de exclusión.—En virtud de ellas podemos rechazar toda clase de ataques o ingerencias, favorables o perjudiciales, que se dirijan contra el cuerpo (32).

Históricamente son estas facultades las que aparecieron en primer lugar, las que obtuvieron una mayor protección y las que todavía se tienen en cuenta preferentemente por la doctrina cuando se ocupa del derecho sobre el propio cuerpo. Se justifica que este derecho haya sido denominado tradicionalmente derecho «a la integridad física» o a la «inviolabilidad corporal», cuando en realidad esta denominación sólo cuadra para las facultades negativas (32 bis).

b) Positivas.—En virtud de ellas, y dentro de los límites que indicaremos, el hombre puede disponer de los productos, órganos o elementos de su cuerpo y del ejercicio o del resultado de sus facultades corporales, en favor de otras personas.

Las facultades positivas son las de disposición, y significan el reverso de las anteriores. Si por el derecho a la integridad podemos rechazar cualquier ataque, por el de disposición podemos permitirlos.

Estas facultades legitiman y explican las cesiones de órganos corporales, que durante tanto tiempo han venido significando un grave problema para la ciencia del Derecho. Explican, igualmente, el «ius ad corpus», perpetuo, exclusivo y recíproco que se otorgan los esposos en el matrimonio.

(32) Sobre si los miembros ortopédicos o artificiales son «pars corporis» o no, véase, normalmente en sentido negativo: FADDA y BENSA, op. cit., pág. 138; STOLFI: *Diritto Civile*, vol. I, 2.ª parte, Torino, 1931, núm. 649, y PÉREZ SERRANO, op. cit., pág. 12.

(32 bis) Vide, no obstante, DE CUPIS: (*I diritti della personalità*, Milano, 1950, págs. 58 y sigts.), quien todavía incurre en esta inexactitud.

Con más precisión, MESSINEO, (*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 1946, vol. I, pág. 393), individualiza, dentro de las facultades de exclusión, el derecho a la vida y el derecho al pudor, y entre las positivas, considerando que estas últimas son las de naturaleza puramente privatística, examina las de disposición.



D) LIMITES.

El concepto de límite es inseparable del de derecho; respecto del que estudiamos resulta además imprescindible, porque sin la idea de límite no podría comprenderse y se derivarían consecuencias monstruosas, entre ellas la del derecho al suicidio.

¿Cuál es el límite de los derechos sobre el propio cuerpo, fundamentalmente de las facultades de disposición? La doctrina y la jurisprudencia parten de una base segura para su determinación: el límite está representando —dicen, entre otros, STOLFI (33) y FERRARA (34)— por la integridad física del individuo.

Viene impuesto por normas ético-religiosas y jurídico-sociales; por imperativo de aquéllas, el hombre se considera guardián de su propio cuerpo, y no le es lícito utilizarlo en contra de sus fines naturales; su vida no le pertenece, sino que la debe a Dios. Por imperativo de las normas jurídico-sociales, el hombre tiene una misión que cumplir respecto de su Patria y sus semejantes, y es ilícita la evasión de sus deberes, agravada cuando inutiliza sus facultades con ese fin.

Podrá el hombre disponer de su cuerpo siempre que no incumpla sus vínculos religiosos o sociales; y estos vínculos se consideran incumplidos cuando dañe de tal modo sus órganos corporales que resulten inútiles para su misión natural. Es preciso conservar el cuerpo en su integridad. Este es el límite de las facultades de disposición sobre el propio cuerpo, al mismo tiempo que constituye el bien protegido por las de exclusión.

La integridad, sin embargo, es el límite fundamental, pero no el único; puede ocurrir que ciertas disposiciones resulten prohibidas por la moral, el orden público o las leyes, aun sin atentar la integridad del cuerpo. (La prohibición, por ejemplo, de cesiones a efecto de fecundación artificial).

El Código italiano de 1942 recoge esta doctrina: «Los actos de disposición —preceptúa— del propio cuerpo *quedan prohibidos* cuando impliquen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios a la ley, el orden público o a las buenas costumbres». Interpretando el precepto resulta, «a contrario sensu», que se permiten los actos de disposición que no traspasen esos límites, lo cual supone—en un Código Civil—una importante novedad. (35).

(33) STOLFI: Op. cit., núm. 648, pág. 507

(34) Op. cit., pág. 399.

(35) Dice PÉREZ SERRANO, comentando este precepto: «esto significa el reconocimiento jurídico, la primera consagración legal de un nuevo derecho que aparece» (pág. 6), añadiendo posteriormente, al exponer la responsabilidad que tal concesión entraña: «de nosotros va a depender en lo futuro, o bien enaltecer la propia vida con la conducta que realicemos o rebajar el cuerpo a la condición muy vil de mercancía» (pág. 24).



Este criterio explica que podamos disponer, v. g., de la sangre, pero solamente en aquella cantidad que se considere no perjudicial al organismo (36); explica también que la persona normal no pueda, en acto «inter vivos», ceder su córnea, pero que le sea permitido hacerlo a una persona ciega por lesión en la retina, puesto que a esta última la córnea no presta ya ninguna utilidad.

Algunas veces surge la duda de si el acto afecta o no a la integridad corporal. En Italia se dió un caso, jurídicamente muy importante por la jurisprudencia que motivó, que más parece producto de la imaginación que de la realidad. Se trataba de un hombre, «decadente en su capacidad generativa», que logró encontrar quien le cediese, a cambio de 10.000 liras, una de sus glándulas sexuales, para practicar el injerto VORONOFF. Un médico practicó la operación, y los Tribunales—que tuvieron conocimiento del hecho—procedieron en juicio penal contra tal facultativo.

El proceso llegó al Tribunal de Casación, motivando diversas sentencias. El Tribunal de instancia (37) declaró que el hecho no constituía delito porque la extirpación de tal órgano no llegaba a alterar la función normal de la procreación; el de apelación también absolvió al reo, por entender que aunque «nadie puede disponer arbitrariamente de su vida ni de la integridad de su cuerpo», en este caso no había llegado a lesionar tal integridad, en vista de los informes médicos que se aportaron (38). El Tribunal de Casación también dictó sentencia absolutoria, ya que había cometido el hecho con consentimiento del lesionado (39).

Esta última sentencia es interesante porque declara abiertamente la disponibilidad del derecho a la integridad corporal mientras no se derive un perjuicio o mutilación irreparables. Dice, así, que son perfectamente lícitas las lesiones a la integridad personal que comportan un perjuicio al cuerpo, aunque sea relevante, con tal que no dejen al individuo física o socialmente incapaz de cumplir sus deberes para con la familia y con el Estado (40).

Creemos con DEGNI que el límite de la integridad no puede extenderse en un sentido tan amplio como el recogido en esta decisión judicial; la debilitación del organismo hay que considerarla como un atentado a la integridad.

(36) En España, la Orden de 23 de noviembre de 1942, determina la cantidad que puede extraerse de cada donante, según sus condiciones físicas o su carácter de donante profesional u ocasional.

(37) Nap. 13 de diciembre de 1931.

(38) Nap. 30 de abril de 1932.

(39) Trib. de Casación, 31 de enero de 1934.

(40) Amplia referencia puede encontrarse en DEGNI, op. cit., pág. 192, ARANGIO RUIZ, *Foro Italiano*, 1934, págs. 147 y sigts., D'AMELIO: *Sul diritto della persona e sul diritto di famiglia nel progetto del Codice civile*, en Riv. Diritto Privato, 1938, pág. 6.



E) CARACTERES.

Ostenta los caracteres propios de los derechos de la personalidad. Se trata, por tanto, de un derecho personalísimo, absoluto, intransmisible, irrenunciable y normalmente extrapatrimonial.

Algunos autores afirman que estos derechos, por ser personalísimos, no admiten en su ejercicio el mecanismo de la representación. La afirmación no es totalmente cierta: algunos derechos de la personalidad, y concretamente el derecho sobre el propio cuerpo, pueden ejercitarse por representación, al menos por representación legal. Este sentido tienen los denominados «poderes sobre las personas», de los hijos o pupilos que tiene los padres o tutores, que pueden estimarse como supuestos de representación o delegación legal del derecho—que en ellos es derecho-función—a la inviolabilidad corporal de los propios menores o incapacitados, en virtud del cual pueden corregirlos, someterlos a una operación quirúrgica o recluirlos. En el mismo sentido debe interpretarse la facultad de los familiares para prestar un consentimiento análogo, aun sin ser titulares de los derechos de patria potestad o tutela.

El carácter extrapatrimonial no puede predicarse tampoco de una manera absoluta. El «donante» de sangre, de piel o de córnea recibe en muchos supuestos compensaciones económicas que a veces presentan los caracteres de la noción de equivalencia; piénsese en la retribución de la nodriza o en la venta de sangre, cuyos precios llegan a estar regulados, incluso anticipadamente, por unidades cúbicas. (Puede verse, en España, la Orden de 30 de enero de 1943).

4.—Actos de disposición sobre el cuerpo y partes separables

Prescindiendo de los fundamentos doctrinales, que quedaron expuestos en las páginas que preceden, se pueden sintetizar del siguiente modo las conclusiones que parecen más seguras:

A) ACTOS CONSTITUTIVOS DE DERECHOS REALES.

a) *Sobre el cuerpo vivo.*

No cabe constituir ningún tipo de derecho real. Los actos que lo intentasen serían nulos de pleno derecho, por falta de objeto y por ilicitud de causa. Cualquier intento de sometimiento físico puede ser repelido



por medio del derecho a la inviolabilidad corporal y la tutela de las leyes penales.

b) Sobre el cadáver o elementos separados del cuerpo.

Estas entidades son ya cosas susceptibles de una dominación jurídica de tipo real. Pero las circunstancias religiosas, morales y sociales que concurren hacen que repugne a nuestra conciencia la plena admisibilidad de tales derechos, al menos en nuestro momento cultural.

Pueden ser objeto de derechos reales, pero no objeto de comercio; únicamente es admisible un tráfico limitado a las utilidades que tales bienes pueden reportar, según su respectiva naturaleza.

B) ACTOS CONSTITUTIVOS DE RELACIONES DE OBLIGACION

a) Sobre el cuerpo vivo.

La admisibilidad de las relaciones de obligación que tienen por objeto el cuerpo vivo depende de la naturaleza de la prestación que se constituya.

1) Prestación de dar.—Constituye el supuesto general que hemos estudiado al tratar de las facultades de disposición del derecho sobre el propio cuerpo. Podemos, por tanto, obligarnos a ceder nuestra sangre, nuestros cabellos, trozos de piel, etc.

La doctrina acerca de su validez quedó expuesta. Nos queda por examinar la situación de incumplimiento de la obligación: ¿puede el acreedor exigir el cumplimiento «in natura» de la prestación? La contestación debe ser negativa, atendiendo al carácter personalísimo de aquel derecho; el acreedor únicamente podrá exigir si ha experimentado un perjuicio o daño, la indemnización correspondiente.

2) Prestaciones de hacer.

Si la prestación consiste en un «facere», el ámbito de lo lícito se hace más amplio. Pero seguirá siendo ineficaz el contrato que obligue a alguna de las partes a realizar algo tan difícil o peligroso que ponga en peligro su vida. Presenta interés a estos efectos la licitud de ciertos juegos, deportes o exhibiciones que entrañan un peligro para la vida (boxeo, motorismo, algunos espectáculos circenses) (41). El límite es difí-

(41) Ver DEGNJ, ob. citada núm. 64, págs. 196 y sigts.



cil de precisar en cada caso concreto, pero estimamos viable la negativa del deudor a actuar cuando no se le presten las garantías normales de seguridad.

Son ineficaces, por atentar también a los derechos de la personalidad, los vínculos laborales que ligen para toda la vida. (Art. 1.583 del Código Civil).

3) Prestaciones de no hacer.

Si la prestación es negativa, será nula la obligación cuando impida una función espiritual o física necesaria al hombre. Por ejemplo, la obligación absoluta de no contraer matrimonio, que deberá considerarse ineficaz, a semejanza de como es nula la condición impuesta al heredero de la misma naturaleza. (Art. 793 del Código Civil).

b) *Sobre el cadáver o elementos separados del cuerpo.*

Estas cosas son de una utilidad limitada, y si venciendo todas las repugnancias naturales entendemos, que pueden ser objeto de derechos, hemos de convenir que solamente pueden serlo para esos fines en que son útiles.

Por ello son cosas de tráfico prohibido o limitado, cuya mayor o menor limitación dependerá de su propia naturaleza. No es inmoral, por ejemplo, que comerciemos con nuestros cabellos: se venden y se compran pelucas o trenzas sin que la moral ni el Derecho opongan reparo alguno. Carácter distinto presenta la cesión del cadáver o algún órgano corporal: estas «cosas» solamente son útiles a efectos pedagógicos, científicos o médicos. Cualquier negocio jurídico que entrañe una disposición contraria a esos fines, a efectos de lucro, por ejemplo, ha de ser reputada ineficaz. Está justificada la indignación de MANZINI (42) al comentar la sentencia del Tribunal de Siena de 28 de marzo de 1942, por haber estimado el Tribunal que un Director de una sala anatómica podía ceder los «materiales humanos de desecho» para que los sirvientes de la sala los «vendan» a estudiantes. Fácilmente se comprende que los referidos «materiales» es posible que fueran comprados para ser objeto de estudio—este motivo justificó la decisión absolutoria de la Sala—, pero también es innegable que fueron vendidos «lucranda causa», lo cual basta para hacer inmoral el negocio.

Debido a esto último, únicamente se admiten sin discusión las disposiciones a título gratuito, por medio de testamento o de cualquier acto de liberalidad. La doctrina se muestra reacia a admitir las disposiciones

(42) MANZINI: *Liberta d'industria e commercio di scheletri umani*, Riv. Dir. Comm., 1942, II, pág. 607.



onerosas sobre el propio cuerpo, porque el lucro la hace inmorales. Bien está—se dice—que en interés de la ciencia o de la salud ajena violentemos nuestros sentimientos, pero no tanto como para admitir negociaciones lucrativas sobre él.

FADDA (43) y DEGNI (44) se inclinan por esta tesis negativa, en relación con la disposición del cadáver. BENSA, por el contrario, estima que el fin científico y humanitario a que se destina quita toda torpeza al acto, aunque medie un precio.

Mas, ¿se puede repetir el precio si contraviniendo el sentir común ha mediado en el negocio? FADDA Y BENSA citan las opiniones contradictorias de STOBBE y SCHULTHEIS, admitiendo éste y negando aquél la posibilidad de repetición cuando se ha consumado el negocio. FADDA Y BENSA se inclinan también por la posibilidad de repetición.

En nuestra legislación es aplicable el art. 1.305, que determina los efectos del contrato nulo por ilicitud de la causa o del objeto con arreglo al principio «in pari causa turpitudinis melior est causa possidentis». Si ambas partes han actuado de mala fe ninguna de ellas puede repetir lo entregado ni exigir lo debido.

C) REQUISITOS PERSONALES DE LOS ACTOS DE DISPOSICION.

FERRARA, de acuerdo con su tesis de que los actos de disposición constituyen la exteriorización de la actividad lícita, no cree que puedan considerarse como propios negocios jurídicos, y sostiene que únicamente es necesaria para la válida perfección de los mismos la capacidad natural, no la jurídica (45).

GRISPIGNI (46) estima, por el contrario, refiriéndose al consentimiento prestado para ser sometido a una operación quirúrgica, que esta disposición es un negocio jurídico, al que se deben aplicar todos los principios propios de aquéllos, referentes al consentimiento, vicios de la voluntad, etc.

A pesar de que FERRARA se muestra contrario a esta opinión, nos parece la más acertada. La «capacidad natural» de que habla no tiene trascendencia en el orden del derecho. De seguir su tesis, ninguno de

(43) Ob. cit. 150.

(44) Op. cit., pág. 199.

(45) FERRARA, op. cit., pág. 400 y nota 2.

(46) GRISPIGNI: *La responsabilita penale per el trattamento medico-chirurgico arbitrario*, 1914.



estos actos, al no ser negocios jurídicos, serían aptos para crear un vínculo obligatorio, lo cual está en oposición con los datos de la realidad.

Por exigencias del presupuesto de la legitimación, solamente puede prestar consentimiento el titular de los respectivos derechos; si la persona vive, únicamente ella, salvo los casos de representación o complemento de capacidad; si ha muerto, están legitimados para disponer de su cadáver los parientes a quienes corresponda el deber de su custodia y sepelio.



II

CONTENIDO Y CRITICA DE LA LEY DE 18 DE DICIEMBRE DE 1950

1.—Exposición sistemática y principales problemas jurídicos que plantea

A) SENTIDO GENERAL DE LA LEY.

La ley que examinamos es de tipo administrativo. No le han preocupado ninguno de los problemas que se han estudiado referentes al derecho sobre el propio cuerpo, porque se limita a regular las condiciones y presupuestos de las intervenciones realizadas sobre cadáveres para la obtención de piezas anatómicas. No ha contemplado el caso de que los injertos de piel u otros órganos (córnea, etc.) se realicen entre personas vivientes, limitando deliberadamente, quizá para eludir los espinosos problemas del derecho sobre el propio cuerpo, su campo de acción.

No contiene, por ello, ningún principio general que permita construir el derecho sobre el propio cuerpo o delimitar las facultades de disposición del mismo, a semejanza, por ejemplo, del art. 5 del Código italiano.

Se concreta a determinar los Centros donde pueden llevarse a efecto las mencionadas intervenciones sobre cadáveres, y a conceder facultad a los Directores para que «cuando las necesidades terapéuticas lo exijan» puedan *autorizar*, en los casos de muerte natural, la «toma o separación en los cadáveres de las piezas anatómicas necesarias».

Pero aunque la ley concede esa autorización no ignora que los Directores de tales establecimientos no tienen derecho para disponer de aque-



llos elementos corporales, por lo que exige un acto de disposición por parte del finado o de sus familiares. Implícitamente admite el derecho de disposición, aunque no ha querido abordar los problemas doctrinales, motivando esta decisión que la solución de los problemas prácticos que plantea sea más difícil, en ausencia de criterios generales orientadores.

B) INTERVENCIONES A QUE SE REFIERE.

Según el art. 1.º, en los Centros que se mencionan se «pueden obtener, preparar y utilizar para injertos y trasplantes tejidos y órganos, como huesos, cartílagos, piel y ojos procedentes de cadáveres».

Aclara también, en su art. 7.º, que «para las operaciones de inhumación, autopsia, obtención de mascarillas, embalsamamiento, momificación, petrificación o cualquiera otra que requiera maniobras o empleo de sustancias o líquidos que puedan atacar la integridad de los tejidos o de los órganos de importancia vital, continuarán en vigor las normas establecidas en la legislación vigente».

Surge la duda de si pueden intervenir solamente los cadáveres de las personas que han estado hospitalizadas en los Centros autorizados o también los de aquéllos que han fallecido en otro lugar. Una interpretación lógica, que tenga presente el fundamento de la Ley y el hecho de que pueden ser tan importantes los órganos de los fallecidos en otro lugar como los de los que fallezcan en los respectivos Centros, nos lleva a la segunda solución. Pero el sentido literal de los apartados a) y c) del art. 3.º nos dicen lo contrario, pues en aquél se habla de «médicos del establecimiento» que hayan asistido en su última enfermedad al fallecido, y en el apartado c) de la «sala, departamento o habitación en que hubiese acaecido la defunción, por lo que si se consideran como imprescindibles los requisitos del art. 3, habremos de inclinarnos por la interpretación restrictiva.

C) CENTROS DONDE PUEDEN EFECTUARSE Y REQUISITOS DE LOS MISMOS.

Las operaciones mencionadas se pueden practicar únicamente en los Centros que la Ley menciona y que han de reunir las siguientes características que exige el art. 1.º:

a) Ha de tratarse de «establecimientos destinados a hospitalización de enfermos».



b) Han de contar con «los servicios necesarios de medicina, cirugía, especialidades y laboratorios» pertinentes a sus actividades.

c) Han de contar también «con personal facultativo capacitado y suficiente».

d) Han de reunir todos estos requisitos «a juicio del Ministerio de la Gobernación», y habrán de estar incluidos «en relación que al efecto se apruebe».

D) PRESUPUESTOS JURIDICOS DE LAS INTERVENCIONES.

Pueden considerarse como tales el acto de disposición y la autorización administrativa o judicial complementaria.

Respecto del primero, expone el art. 2.º que ha debido ser manifestado por el finado en vida, por acto o documento auténtico. En su defecto, el propio artículo dice seguidamente, más en su espíritu que en su letra, que el consentimiento debe ser prestado por los familiares con quienes conviviese.

Como requisito formal complementario se exige autorización concedida por los «Médicos-Directores de dichos establecimientos, cuando las necesidades terapéuticas lo exijan», en los casos de muerte natural (art. 2.º), expresándose en la misma los motivos y circunstancias de la operación a ejecutar en el cadáver.

La autorización debe expedirse por la autoridad judicial correspondiente cuando la muerte haya sido violenta (art. 6.º); por lo demás, la toma de las piezas anatómicas se realiza en las condiciones generales señaladas por la ley para los casos de muerte natural.

Estos requisitos de tipo jurídico son los que ofrecen mayor importancia para el comentario doctrinal. De una manera más o menos indirecta, y solamente con eficacia «post mortem», eficacia limitada por tanto, exige la ley un acto de disposición de órganos corporales propios o ajenos, según la disposición provenga del propio finado o de sus familiares. Examinemos algunas cuestiones que la lectura de estos preceptos sugiere.

a) *Problemas que plantea el acto de disposición realizado por el finado.*

1.º ¿En virtud de qué derecho tienen eficacia estos actos de disposición? No determina la ley la naturaleza del derecho que los legitima y hace jurídicamente eficaces. Ante el silencio legal caben dos soluciones: o estimar se trata de la disposición de un objeto futuro susceptible de



propiedad (el cadáver, el miembro separado, etc.), en cuyo caso actúa una facultad dominical, o creer que ejercita el derecho sobre el propio cuerpo, en sus facultades positivas.

Es más científica la segunda solución; resulta innecesario recurrir al artificio del derecho futuro y condicionado cuando la tesis del derecho sobre el propio cuerpo—admitida doctrinal y legalmente con la extensión estudiada—resuelve el problema con más claridad.

2.º) Forma y naturaleza del acto de disposición.

El vínculo que surge en virtud del acto de disposición se consuma después de la muerte del disponente, tal como la ley se expresa. Es indudable, por tanto, que resulta admisible cualquiera de los negocios jurídicos «mortis causa», fundamentalmente la disposición testamentaria y la donación de esta naturaleza contemplada por el art. 620 del Código Civil. Normalmente será el cauce técnico que se emplee.

Cabe preguntarse, no obstante, si sería admisible un negocio jurídico «inter vivos» con ejecución diferida hasta la muerte del causante. Se debe opinar en sentido afirmativo, porque facilitaría estos actos de disposición y no existe ningún obstáculo doctrinal o legal que lo impida. Se trataría de un negocio sometido a un plazo indeterminado, pero cierto en su realización.

En este último supuesto, además del contrato de donación «inter vivos post mortem», ¿podría admitirse un negocio jurídico oneroso, del tipo de la compraventa, permuta o cesión de derechos, por ejemplo? La realidad nos muestra que en estas cesiones de órganos corporales media algunas veces una compensación económica a favor del cedente; sin embargo, parece más acertado resolver el fenómeno como efecto del juego de dos donaciones, quizá condicionadas entre sí, y no por las reglas de aquellos contratos citados, que parecen improcedentes por razones de moralidad.

3.º ¿Es posible revocar el acto de disposición?

Dependerá de la naturaleza del negocio jurídico empleado. Es posible la revocación en los «mortis causa», que por esencia son unilaterales y revocables.

Si se ha dispuesto mediante donación simple o compensada económicamente, dependerá de la forma de la aceptación. Ordena el Código Civil, en su artículo 632, que en la donación de cosa mueble hecha por escrito deberá constar, por escrito también, la aceptación; por lo tanto, como normalmente tal aceptación no existirá en estos supuestos, también es posible revocar la disposición que no ha pasado de ser una oferta unilateral. Pero si se ha aceptado convenientemente, la disposición debe considerarse irrevocable: ninguna razón existe para hacer una ex-



cepción; el cuerpo o sus elementos corporales son objetos sometidos a un tráfico limitado, pero no privilegiado. Una vez dentro del comercio jurídico, la seguridad de éste exige que se le apliquen sus reglas fundamentales, mientras no choquen con preceptos éticos o sociales.

Sin embargo, en caso de incumplimiento por el cedente, no creemos que se pueda llegar a la ejecución forzosa «in natura». El cesionario tendría derecho a pedir una indemnización caso de sobrevenirle perjuicios, pero no a que se practique «manu militari» la operación y se le entregue el órgano cedido. Esta última solución parece que repugna a nuestros principios morales.

4.º) Prueba del acto de disposición.

Se ocupa la Ley de garantizar tales disposiciones, exigiendo que consten en «acto o documento auténtico» (art. 2.º). ¿Cuáles han de ser considerados como tales? Es de creer que no solamente cualesquiera de las formas testamentarias o documento notarial, sino también el documento privado otorgado ante testigos, y cualificadamente ante el Director del establecimiento o cualesquiera de sus médicos. ¿Puede considerarse documento auténtico una carta o cualquier declaración escrita y firmada por el causante? Suponemos la contestación afirmativa: si se admite el testamento ológrafo, que es acto de mayor trascendencia, no existe inconveniente en admitir tal declaración. En cambio, la simple manifestación de voluntad emitida ante testigos no es suficiente, pues la Ley exige «documento». Pero, ¿y si la declaración de voluntad reviste las formalidades del testamento en peligro de muerte, en tiempo de epidemia, o cualesquiera de los otros, comunes o forales, que no necesitan la inmediata constatación escrita? A pesar de que la Ley exija «documento» es indudable que tal disposición será eficaz, aplicando el principio interpretativo «a maiori ad minus».

b) Problema que plantea la disposición, realizados por los familiares:

1.º) Admisibilidad y familiares que ostentan el poder de disposición.

Son los familiares, cuando no haya existido acto de disposición realizado por el finado, quienes no han de «oponerse» a la autorización del Director para la práctica de la intervención (art. 2.º).

Aunque en forma negativa y bastante imprecisa, reconoce la ley que el poder de disposición pertenece subsidiariamente a los familiares.

Precisa que se trata de aquellos familiares con quienes *conviviese* el finado. ¿Qué sentido debe darse a este precepto? ¿Puede entenderse que estos familiares tienen preferencia sobre los familiares-herederos, si los hay, cuando surja discrepancia entre ellos? La solución depen-



de del partido que se adopte en orden a la naturaleza, familiar o sucesoria, del derecho de disposición del cadáver. Parece lo más acertado opinar que el legislador no ha pensado en estos problemas, y solamente ha querido prever el supuesto de un fallecido sin herederos o sin herencia, o a lo más establecer una preferencia entre familiares-herederos a favor de aquéllos con quienes conviviese. La solución es dudosa, no obstante; si seguimos a FERRARA, son las leyes del afecto, y no la de la herencia, las que rigen en esta materia.

2.º) ¿En virtud de qué derecho se les concede este poder de disposición?

Son tres las soluciones posibles:

Primera.—Estimar que los familiares obran como representantes del finado. No puede admitirse, porque la representación solamente es posible entre personas que viven.

Segunda.—Opinar que se trata de un derecho sucesorio. Los familiares ostentan el poder de disposición porque tienen un derecho real sobre el cadáver. Puede admitirse, respecto de los familiares, que sean herederos del fallecido.

Tercera.—Estimar que se trata de un derecho familiar, independiente de los derechos sucesorios, de acuerdo con FERRARA. Es solución compatible con la anterior, cuando los familiares que disponen no son los herederos y están obligados a la custodia y conservación del cadáver en virtud de los vínculos familiares.

c) Otros problemas relacionados con estos actos de disposición

1.º) ¿Pueden oponerse los herederos a que se efectúe la disposición si el causante lo ha dispuesto?

Debe contestarse negativamente. La voluntad del causante es ley que rige la sucesión, tanto en las relaciones patrimoniales como personales; además, también median los intereses de los cesionarios, cuyo respeto puede exigirse.

2.º) ¿Pueden efectuar la disposición los herederos si lo prohibió el difunto? La solución es dudosa. En principio debe respetarse la voluntad del finado, especialmente si su prohibición fué elevada a la categoría de condición de las disposiciones testamentarias.

En otro caso, por ejemplo, si se trató de una simple recomendación, podría admitirse la disposición realizada por los familiares en contra de aquélla siempre que mediase un interés social.



3.º) ¿Quién ostenta el poder de disposición cuando faltaren los familiares y herederos? Si ha fallecido en algún hospital o establecimiento benéfico, entendemos que el Director del respectivo Centro.

4.º) ¿Corresponde a los albaceas alguna función en estas disposiciones?

Respecto de los albaceas testamentarios habrá que estar al contenido del respectivo nombramiento. Si se trata de albaceas legítimos o dativos es de creer que no tiene ningún poder de disposición a estos efectos, pues aunque la regla 2.ª del art. 902 les autoriza para «disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador», no puede considerarse incluido en ella, ni en las restantes del mismo artículo, tal poder de disposición. Sus funciones, en este aspecto, serían meramente ejecutivas de la voluntad del decuius o de los familiares que dispusieron la intervención.

E) PRESUPUESTOS DE HECHO.

Se determinan en el art. 3.º, que indica: «Para verificar estas intervenciones se llenarán previamente los siguientes requisitos:

a) La defunción se hará constar por dos Médicos del establecimiento, de los cuales, uno por lo menos, haya asistido en su última enfermedad al fallecido.

b) La muerte será comprobada por los métodos científicos que determine la Escuela de Medicina Legal, extendiéndose acta acreditativa de ello.

c) En el certificado de la defunción se expresará, además de la muerte o enfermedad que la produjera, el nombre del difunto, su edad, estado civil, hora y fecha del fallecimiento y sala, departamento o habitación en que hubiere acaecido».

d) También indica el art. 2.º que «la operación se puede practicar dentro de las 24 horas siguientes al fallecimiento».

F) PERSONAL QUE HA DE REALIZAR LAS INTERVENCIONES.

Según el art. 4.º «sólo podrá llevarla a efecto el personal facultativo de reconocida aptitud, asistido por el auxiliar indispensable y a presencia del propio Director del establecimiento».



G) REQUISITOS POSTERIORES.

Los concreta el art. 5.º: «Realizada la intervención, se extenderá acta expresiva de la fecha, hora y lugar de aquélla, de las personas que concurrieran a la misma con una u otra misión y del destino a dar a la pieza anatómica extirpada. La documentación de referencia se completará, antes de su archivo, con la filiación e historia clínica del paciente tratado».

H) NORMAS COMPLEMENTARIAS.

Por el Ministerio de la Gobernación serán dictadas las órdenes e instrucciones complementarias para el mejor cumplimiento de lo dispuesto en la Ley (art. 8.º).

2. Resumen crítico

Como decíamos anteriormente, la Ley se ha limitado a recoger y encauzar una actividad que venía deslizándose, en sus manifestaciones médico-terapéuticas, huérfanas de regulación legal suficiente.

Quizás sea plausible su prudencia al soslayar el verdadero problema de fondo, el de naturaleza y límites de los actos de disposición del propio cuerpo, logrando al propio tiempo reconocer validez legal y dar cauce administrativo a sus efectos. No era propio de una ley de su naturaleza abordar problemas de tal trascendencia. Las cuestiones teóricas, sin embargo, surgen inevitablemente cuando se trata de interpretarlas, dando lugar a una elaboración doctrinal y posiblemente jurisprudencial que prepare el camino a disposiciones más expresivas.