

PROLONGACIÓN DEL RESPETO Y CUIDADO DEBIDO A LA PERSONA TRAS SU FALLECIMIENTO EN DERECHO ESPAÑOL. EN PARTICULAR EN RELACIÓN A SU CUERPO*

PROLONGAMENTO DO RESPEITO E DO CUIDADO DA PESSOA APÓS SUA MORTE NO DIREITO ESPANHOL. ESPECIALMENTE EM RELAÇÃO AO SEU CORPO

Verónica San Julián Puig¹

INTRODUCCIÓN

En Derecho, la muerte supone la extinción de la personalidad. Donde hasta entonces había una persona (sujeto) pasa a haber un cadáver (objeto, aunque no cualquier objeto); donde existían unos derechos que se sustentaban en esa personalidad (derechos personalísimos) ya no los hay, se extinguen, desaparecen con la persona misma; y los demás derechos, quedan momentáneamente sin titular y se transmiten a través de la herencia.

En el Derecho español estas consideraciones por parte del Derecho Civil² han sido la principal referencia a la muerte que ha existido a lo largo de mucho tiempo. Referencia complementada por otras ramas del ordenamiento en las que también se nombra a la muerte para, sin definirla, hacer alusión a algunas consecuencias que se derivan de ella y que atañen bien al propio difunto, bien a terceros por referencia a esa muerte. Así por ejemplo, la Ley del Registro Civil³ se ocupa de esta realidad al tratar de la inscripción de las defunciones en el Registro, y habla de "*señales inequívocas de muerte*", pero no las define ni especifica. El Código Penal también contiene varias referencias al hecho físico de la muerte, para

¹ Profesora titular de Derecho Civil - Facultad de Derecho. Universidad de Navarra (España)

*Este artículo se enmarca dentro de los trabajos de investigación que viene realizando la RUIB (Réseau Universitaire International de Bioéthique. <http://rui-bioethique.univ-rennes1.fr/>), en concreto dentro del Proyecto relativo a los *Principios de protección del cuerpo humano en el marco de la biomedicina*.

² El Código civil español de 1889 se refiere a la *muerte* en numerosos artículos fundamentalmente circunscritos en la extinción de la personalidad, la determinación del orden temporal en la muerte de varios llamados a sucederse (conmoriencia o premoriencia) y la sucesión *mortis causa*.

³ Artículos 62 a 67 de la Ley de 21 de julio de 2011 del Registro Civil de 2017.

castigar, por ejemplo, como homicida "*al que matare a otro*"⁴, pero en ningún precepto dice cuándo debe considerarse extinguida la vida de una persona. O la Ley de Enjuiciamiento Criminal que contiene numerosas alusiones a la "*muerte*" como cuando hace referencia a los sumarios iniciados por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad⁵, tampoco se detiene en definir qué es la muerte.

Hasta 1980 (año de la promulgación del Real Decreto sobre extracción y trasplante de órganos⁶) no existía en nuestro ordenamiento ningún concepto legal de muerte, ni ningún criterio legal para su determinación. La premisa hasta entonces había sido atribuir a la Medicina –a la ciencia médica y a los médicos- el encargo de constatar el momento en que tal acontecimiento tenía lugar, correspondiendo al Derecho regular las consecuencias que de él se derivan.

No obstante, en el momento en que los trasplantes de órganos empezaron a adquirir relevancia en nuestro país, se empezó a demandar del Derecho una definición y el establecimiento de unos criterios para conocer con precisión cuándo una persona está muerta. Partiendo de esto, nos planteamos la relevancia y consecuencias de esa definición, así como qué tratamiento legal se da en nuestro ordenamiento a las cuestiones que se suscitan tras la muerte de una persona con relación a sus derechos más personales y a su cuerpo.

1 LA NECESIDAD DE UNA DEFINICIÓN DE LA MUERTE

1.1 Sobre la definición legal

La falta de definición legal de la muerte en el ordenamiento jurídico español hasta 1980 se debe, en opinión de la doctrina, a que primeramente y durante mucho tiempo se equiparó la "*muerte*" con la "*parada cardiorrespiratoria*", de modo que sólo podía considerarse "*muerta*" a aquella persona que tenía el corazón parado y

⁴ En el Título Primero del Libro II del Código Penal de 1995 que lleva por título "Del homicidio y sus formas" aparece la referencia a la muerte en prácticamente todos sus artículos (arts. 138 a 143).

⁵ Art. 343 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

⁶ Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

la circulación y la respiración detenidas⁷. Esto es algo fácilmente verificable médicamente de tal manera que no eran necesarias mayores precisiones médicas ni, mucho menos, legales. Sin embargo, la ciencia médica descubrió aproximadamente en la década de 1960 que la actividad circulatoria y respiratoria pueden ser asistidas y mantenidas durante un cierto tiempo por procedimientos artificiales y, en cambio, el cerebro puede sufrir lesiones irreversibles e incompatibles con la vida, de modo que en esos casos no existe parada cardíaca, pero sí “muerte encefálica”, debiendo considerarse a esa persona muerta a todos los efectos legales. Este descubrimiento introdujo una variable en este proceso natural que es la muerte, un elemento que puede generar dudas sobre si la muerte realmente ha acontecido o no. Con la muerte encefálica existe una *apariencia de vida*, ya que subsiste el latido cardíaco y la ventilación pulmonar. Ante esta apariencia de vida es necesario contar con unos criterios específicos a fin de comprobar que la muerte ha acontecido realmente, que el sujeto se halla realmente muerto a pesar de la subsistencia de las funciones circulatorias y respiratorias. Es decir, eran –y son- necesarios unos criterios que ayuden a destruir esa apariencia de vida.

Aclarar todos estos extremos tiene especial relevancia cuando se trata de extraer y trasplantar los órganos de una persona. Dado que el diagnóstico de muerte lleva aparejada la posibilidad de extracción de órganos, es necesario establecer e implantar unos criterios que eviten actuaciones indebidas o precipitadas, y que borren cualquier sospecha por parte de terceros acerca de conductas médicas interesadas⁸. Se hizo pues necesario establecer criterios que no dejaran dudas acerca del fallecimiento del donante. Tanto es así que muchos autores⁹ consideran que no existiría en nuestra legislación una definición de muerte encefálica, ni criterios para su diagnóstico si no hubiera habido necesidad de dictar una normativa sobre extracción y trasplante de órganos.

⁷AGUIRRE LÓPEZ, A., “Aspectos jurídicos de la certificación de muerte encefálica. ¿Es aplicable la legislación actual a los sujetos no donantes de órganos?”, en *Medicina Intensiva*, Vol. 24, Núm. 4 (Volumen monográfico dedicado a la *Muerte encefálica en UCI*), 2000, p. 186.

⁸ En España, ya a principios de los años 2000, más del 92% de los trasplantes se realizaban con órganos procedentes de donantes en muerte encefálica. ESCUDERO, D., “Diagnóstico de muerte encefálica”, *Medicina Intensiva*, 2009, Vol. 33, nº 4, p. 186.

⁹Por todos, *vide*: AGUIRRE LÓPEZ, “Aspectos jurídicos...”, *op.cit.*, p. 186.

Por todo ello, el Real Decreto de 1980 sobre extracción y trasplante de órganos - primera regulación en España de esta materia- aborda esta cuestión. Y lo hace estableciendo unos criterios para el diagnóstico de la muerte encefálica¹⁰ que han sido calificados de rígidos. Esta forma de proceder por parte del legislador que busca la máxima seguridad, ha llevado a un precepto legal especialmente exigente al definir la muerte cerebral pero que, al emplear una fórmula cerrada, ha impedido la incorporación de nuevas técnicas científicas para el diagnóstico de la muerte. La consecuencia de todo ello es que con el tiempo esta definición se quedó obsoleta.

Ello no obstante, y a pesar del ámbito tan concreto para el que se dictó esta norma, estos requisitos para el diagnóstico de la muerte encefálica se extendieron por la clase médica a todos los casos de muerte encefálica y no sólo para determinar la muerte de los sujetos destinados a donación. La razón de esta extensión es que con este artículo se creaba un "marco jurídico" de referencia que otorgaba a la clase médica una gran seguridad en su actuación profesional. No era esta la intención del legislador, quien no pretendía que el artículo 10 del Reglamento de Trasplantes tuviera una vocación de aplicación universal a todos los casos de muerte encefálica, sino sólo a los sujetos que fueran donantes de órganos. Pero al no existir en el ordenamiento ningún otro precepto legal en el que se dieran criterios de este tipo, se acabaron generalizando los aquí previstos.

Con posterioridad, el contenido de ese artículo 10 del Reglamento de Trasplantes de 1980 fue parcialmente recogido en el Real Decreto de 1999¹¹ y después en el vigente Real Decreto de 2012¹². Los avances científicos médicos y biológicos acaecidos las últimas décadas hacían necesaria la actualización de la normativa

¹⁰ El artículo 10 del Reglamento de Trasplantes, aprobado por Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos señala que: "... (los órganos) sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1. Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; 2. Ausencia de respiración espontánea; 3. Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis; 4. Electroencefalograma *plano*, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral".

¹¹ Art. 10 del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

¹² Art. 9 del Real Decreto 1723/2012, de 28 diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante.

legal existente en esta materia a fin de adecuarla a la evolución científico-técnica y adaptarla a una realidad médica y social que pide garantías de un diagnóstico seguro y confirmatorio de muerte para la utilización de los órganos de los donantes fallecidos. El art. 9 del Real Decreto de 2012 tiene la virtud de que, además de dar referencias objetivas médicas actuales para el diagnóstico de la muerte (referidas al cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria y al cese irreversible de la función encefálica¹³), introduce otras referencias abiertas (a las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada¹⁴) que dotan a la norma de los mecanismos necesarios para impedir su obsolescencia en poco tiempo¹⁵.

Así pues, en España la génesis de la definición y criterios legales para el diagnóstico de la muerte encefálica está estrechamente unida a la promulgación de la normativa de trasplante de órganos de 1979-1980. De modo que se puede decir que ni antes ni después de estas normas ha habido ningún otro texto legal que se haya ocupado de esta cuestión.

1.2 Sobre la constatación de la muerte

Después de todo lo visto anteriormente y a pesar de ello, es necesario recalcar que la muerte es una circunstancia de hecho y que diagnosticar la muerte es una tarea eminentemente médica, basada en evidencias médicas. La muerte tiene repercusiones jurídicas de trascendencia y otras de carácter sociocultural que tampoco debemos obviar, pero el concepto de muerte no es un concepto propiamente jurídico sino un concepto médico utilizado frecuentemente en las normas jurídicas para regular sus consecuencias. Es por ello que, a lo largo de la

¹³ Contenidas en el propio artículo 9, apartados 3 y 4; y en el Anexo titulado: "Protocolos de diagnóstico y certificación de la muerte para la extracción de órganos de donantes fallecidos".

¹⁴ Art. 9, 2 del Real Decreto de 2012: "La obtención de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previo diagnóstico y certificación de la muerte realizados con arreglo a lo establecido en este Real Decreto y en particular en el Anexo I, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada".

¹⁵ También el actual Código de Deontología Médica de 2011, ha optado por establecer criterios abiertos. Así, en su art. 49,1 señala que: "Es un deber deontológico verificar el fallecimiento del donante con los métodos y medios exigibles por la ciencia actual".

historia del Derecho, no se había definido jamás la muerte, pues su concepto – insisto- no es “materia legal” sino médica.

En este sentido se han ido sucediendo a lo largo del tiempo documentos y declaraciones científicas en los que se recogen los criterios de determinación de la muerte. A nivel mundial son conocidos los *Criterios Harvard de muerte cerebral* de 1968¹⁶; los *Criterios de Minesota de muerte cerebral* de 1971¹⁷; los *Criterios británicos de muerte cerebral* de 1976¹⁸; y los *Criterios americanos de muerte cerebral* de 1981 o Acta Uniforme sobre la determinación de la muerte encefálica, que fueron revisados en 1995 por la Academia Americana de Neurología. A nivel nacional llama la atención que los criterios de determinación de la muerte existentes, habitualmente se dan por referencia al trasplante de órganos. Así: el Dictamen de Candanchú de 1993, en el que la Sociedad Española de Neurología recogió los criterios de muerte por parada cardiorrespiratoria y la extracción subsiguiente de órganos; o el Documento de Consenso Español sobre donación en asistolia de noviembre de 1995, en el que se recogen las conclusiones a las que se llegó en la Conferencia sobre Donantes en Asistolia celebrada en Maastricht (Países Bajos) en marzo de 1995; o los criterios sobre muerte encefálica en las Unidades de Cuidados Intensivos, elaborados por en 2000 por la III Conferencia de Consenso de la SEMICYUC¹⁹. Criterios todos ellos que han sido tenidos en cuenta y recogidos en el cambio normativo operado en 1999 y después, en el actual Real Decreto de 2012.

A partir de su determinación médica, la prueba oficial del fallecimiento de una persona, es la inscripción de su defunción en el Registro civil²⁰. Inscripción que toma como referencia el certificado médico de defunción²¹. En tanto que no se practique la inscripción no se puede expedir la licencia para el entierro²². Así pues,

¹⁶ Que emanan del Comité especial de la Escuela de Medicina de Harvard.

¹⁷ Establecidos por los médicos norteamericanos Mohandas y Chou.

¹⁸ Procedentes de la Conferencia de la Medical Royal College y sus Facultades en el Reino Unido.

¹⁹ La SEMICYUC es la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias.

²⁰ Arts. 326 del Código Civil y 81 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro civil.

²¹ Arts. 62,1 de la Ley de Registro Civil de 2011 y 274 del Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958.

²² Art. 62,3 de la Ley de Registro Civil de 2011.

a la hora de probar la muerte de una persona, la certificación médica, la inscripción y las actas del Registro civil son las condiciones requeridas para probarla y, por tanto, probar la extinción de la personalidad.

2 LOS EFECTOS DE LA MUERTE EN EL DERECHO

Como ha quedado dicho, en España, "la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas"²³. Lo que implica que, con la muerte, los derechos personalísimos se extinguen con la persona misma; mientras que los no personalísimos se transmiten a través de la herencia. Implica también que lo que hasta entonces había sido el cuerpo de la persona, se transforma en una cosa, el cadáver²⁴. No obstante, pese a tener la consideración de cosa, no es cualquier cosa²⁵. La dignidad de la persona que ha sido, acompaña y extiende sus efectos y tratamiento específico a lo que es después su cadáver, de ahí que se diga que tiene un régimen jurídico especial²⁶. Aunque tal afirmación no se corresponde con la existencia de un *status* jurídico concreto y establecido para el cadáver. No existe en España tal régimen jurídico especial.

Aunque la muerte extinga la personalidad, esta personalidad extinta de alguna manera sigue proyectando su eficacia en el tiempo, de ahí que el Derecho siga protegiéndola aún después de la muerte. Esto tiene su reflejo, por un lado, en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales del difunto, en particular, en el de los derechos de la personalidad donde el ordenamiento protege algunos derechos de la personalidad vinculados a la estimación personal y social del fallecido como el honor o la intimidad; y, por otro, con relación a su cuerpo, al cadáver del que, como acabamos de ver, se dice que goza de un régimen jurídico especial. Tal

²³ Art. 32 del Código Civil.

²⁴ "Pero el hombre, al cesar en su peregrinación por este mundo, no tan sólo deja un patrimonio más o menos extenso, unos bienes, unos derechos y acciones, sino que con éstos o sin éstos, al separarse el alma del cuerpo, queda un cadáver". BORREL y MACIÁ, A., *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosh, Barcelona, 1954, p. 115.

²⁵ "En el momento de la muerte, el ser terrestre de la persona se convierte en especial cosa mueble que es el cadáver". DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Tomo II, Vol. I, Madrid, 1952, p. 146.

²⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil, Parte General. Personas*, Tomo I, Volumen 2, Dykinson, Madrid, 2008 (5ª ed.), p. 20.

régimen no existe en cuanto tal, pero sí que hay algunos criterios a la hora de tratar el cadáver y regular lo que se puede y no se puede hacer con él que dan pista de por dónde podría ir ese régimen.

2.1 EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES. EN PARTICULAR EN EL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

El carácter personalísimo de estos derechos hace que se encuentren «ligados a la misma existencia del individuo»²⁷, de ahí que la muerte del individuo genera la extinción de estos derechos. Es por ello que se dice que las personas fallecidas ni tienen derechos, ni son tampoco sujetos pasivos de daño alguno²⁸. Pero eso no impide que en nuestro ordenamiento en torno a lo que se denomina la *memoria defuncti* se articule la protección a la memoria del difunto frente a agresiones ilegítimas. Constituyendo de este modo la *memoria defuncti* una “prolongación de la personalidad”²⁹. Esta protección se ha manifestado en nuestro ordenamiento de dos formas.

Por un lado, el ordenamiento reconoce expresamente la existencia de una serie de derechos extrapatrimoniales que pueden ser hechos valer en favor de la buena memoria del difunto, por ciertas personas que actúan como gestores de esa buena memoria³⁰. Esas personas son los herederos. Tal es el caso de lo que ocurre por ejemplo: con las acciones de reclamación de la filiación. El Código Civil legitima a los herederos del hijo, del marido o de quien reconoció a un hijo con violencia intimidación o error³¹ a interponer estas acciones; la Ley de Enjuiciamiento Civil³² complementa lo establecido en el Código civil diciendo que a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas. O el derecho de rectificación de hechos inexactos cuya divulgación pueda causar perjuicio al

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre. Fundamento Jurídico nº 3.

²⁸ SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid 1987, p. 36.

²⁹ Así lo dice expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al., *Elementos de Derecho civil, I. Parte General. II. Personas*, Barcelona, Bosch 1990, p. 31.

³¹ Arts. 132 y ss. del Código Civil.

³² Art. 765. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

difunto, ejercitable sólo por los herederos del dañado o los representantes de éstos³³. O las acciones encaminadas a defender el derecho moral a la paternidad de una obra, a la integridad de la misma y a su divulgación³⁴ que buscan proteger la esfera personal de un autor de una obra literaria, artística o científica ya fallecido. A tal fin, la legitimación *mortis causa* para la defensa de esos derechos morales del autor fallecido, corresponde a las personas naturales o jurídicas a las que el propio autor haya confiado expresamente esta función en su testamento; y, en defecto de estas, a los herederos³⁵. La mayor parte de la doctrina entiende que se trata de una defensa *post mortem* del derecho moral que le correspondería al autor si estuviera vivo y que el interés protegido es la memoria del autor³⁶. En todos estos casos señalados los herederos actúan como gestores de la buena memoria del difunto, no en el ejercicio de derechos propios.

Por otro lado, la jurisprudencia ha ido reconociendo al cónyuge y otros familiares más próximos al difunto la defensa de esa *memoria defuncti* en tanto que se vean afectados ellos mismos personal y familiarmente. Esta posibilidad nació a raíz del caso Paquirri (torero muy famoso en España que murió en 1984 a consecuencia de las heridas causadas por un toro en la plaza, en una corrida que era televisada). Su mujer –una conocida cantante en España- acudió a los tribunales para evitar que se volviesen a emitir las imágenes de la agonía de su marido tras su cogida mortal, alegando que con ello se vulneraba el derecho a la intimidad y propia imagen del fallecido y pidiendo una indemnización por las emisiones ya realizadas. El asunto llegó al Tribunal Constitucional y el alto tribunal negó que la divulgación de esas imágenes vulnerase el derecho fundamental a la «propia imagen» del torero, puesto que ese derecho se había extinguido con su muerte. Pero sí apreció que de la proyección de esas imágenes se derivaban consecuencias para los familiares y allegados del difunto, reconociendo una cierta eficacia *post mortem* del derecho a la intimidad familiar, y declaró contrario al derecho a la intimidad familiar la difusión de algo tan privado como la agonía del torero muerto. Por ello

³³ Art. 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

³⁴ Derechos reconocidos en el art. 14 de la Ley 1/1996, de 12 de abril, de Propiedad Intelectual.

³⁵ Arts. 15 y 16 de la Ley de Propiedad Intelectual.

³⁶ Entre otros, Espín Cánovas afirma que: "Es el interés de la "memoria" del autor lo que la Ley tiende a proteger". ESPÍN CÁNOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 62 y ss.

se estableció la cesación en la emisión de las imágenes y se reconoció a la viuda y allegados el derecho a ser indemnizados³⁷. Es decir que el Tribunal Constitucional reconoce que la *memoria defuncti* se traslada al cónyuge y otros familiares más próximos, de modo que ellos pueden defender esa memoria del difunto en tanto que se vean afectados personal y familiarmente.

En otras ocasiones y por esta misma proyección en el ámbito familiar, el Alto Tribunal ha concedido una eficacia análoga al derecho al honor protegiendo la memoria de personas difuntas frente a agresiones ilegítimas que de alguna manera salpicaban a sus familiares más allegados. Tal fue el caso, por ejemplo, en el que los padres de una joven fallecida junto a una carretera demandaron a Televisión Española (TVE) porque, al difundir la noticia del fallecimiento, señalaron que era posible que la muerte se debiese al consumo de sustancias estimulantes. El Tribunal Constitucional denegó el amparo a TVE no porque apreciase daño al honor de la joven -que no puede predicarse como derecho de la persona fallecida-, sino porque ciertas noticias no detienen sus efectos en el sujeto pasivo de la difamación, sino que se expanden de tal modo que alcanzan a sus familiares³⁸. Así pues, en estos casos los familiares defienden la memoria del difunto en tanto que se ven afectados personal y familiarmente.

Los casos en los que las ofensas a los derechos de la personalidad solo afectan a la personalidad extinta del difunto, a la buena fama que dejó el difunto, pero los vivos no se sienten afectados o no se dan por afectados, son supuestos de lesiones a quien ya no se puede herir, pero cuya memoria experimenta un detrimento que en algunas ocasiones, los tribunales han reparado. En este sentido, encontramos en la jurisprudencia española algún supuesto en el que se ha permitido a los herederos o parientes actuar no en virtud de la lesión de derechos propios, sino exclusivamente como gestores de la buena memoria del difunto. Tal es el caso por ejemplo de los ultrajes que se vertieron en dos medios españoles de comunicación escrita contra el comandante de un avión que se accidentó, falleciendo todos sus ocupantes. Los hijos del piloto demandaron a los directores de ambos periódicos y

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre. Fundamentos Jurídicos nº 3 y ss.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 190/1996, de 25 de noviembre. Fundamento Jurídico nº 2.

a sus empresas editoras por lesión a la memoria del difunto ya que con las expresiones vertidas sobre su padre conducían a los lectores a la conclusión de que el accidente se debió a una irresponsabilidad suya. El Tribunal Supremo³⁹ – que fue el órgano que resolvió sobre este asunto- señaló que tal situación constituía “una intromisión ilegítima en el ámbito del honor y de la intimidad personal del piloto titular del derecho lesionado y cuya memoria constituye una prolongación de su personalidad”. En este y otros casos similares⁴⁰, los familiares sólo actúan como defensores de un interés ajeno, a pesar del más que probable daño que sufren al ver difamado a un ser querido⁴¹.

Para terminar con este apartado señalar que también la memoria del difunto es objeto de protección penal. El Código penal sanciona la violación de sepulturas, profanación de cadáveres y daños a urnas, panteones, lápidas o nichos por faltar al respeto de la memoria de los muertos⁴². La doctrina señala que el bien jurídico protegido en este caso también es la memoria de los fallecidos⁴³.

2.2 EN LO RELATIVO AL CUERPO. PROTECCIÓN JURÍDICA AL CADÁVER

Fallecida la persona su cuerpo cambia de naturaleza y hasta de nombre. Se transforma en una cosa mueble: el cadáver. Pero no es cualquier cosa y por ello, el Derecho entra a protegerlo⁴⁴. La dignidad de la persona que ha sido, acompaña y extiende sus efectos a lo que es después su cadáver, de ahí que se diga que tiene un régimen jurídico especial y que no se puede asimilar a cualquier otro

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo 1988.

⁴⁰ Véase por ejemplo también la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1985.

⁴¹ ALONSO PÉREZ, M., “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html#_ftn1, p. 9.

⁴² Art. 526 del Código penal de 1995.

⁴³ CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Teoría y práctica de los delitos contra los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos: el peso de una negativa influencia histórica”, en *La Ley*, núm. 6666, p. 11. Por su parte, De Elena señala: “...el bien jurídico protegido: el valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida”. DE ELENA MURILLO, V., “Comentario al artículo 526 del Código Penal”, en *Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Vol. II, AMADEO GADEA (Coord.), 2009, p. 597.

⁴⁴ DE CUPIS, A., “La persona humana en el Derecho Privado”, en *Revista de Derecho Privado*, 1957, p. 869, afirma que el Derecho actúa en este sentido para proteger “las huellas de la humana personalidad”.

objeto⁴⁵. Así pues, el cadáver es una cosa *sui generis* con un régimen jurídico peculiar debido al respeto a su dignidad.

No obstante, en la práctica, no existe tal marco normativo determinado al respecto⁴⁶. Aunque sí que podemos poner de relieve algún aspecto que es destacado de forma unánime por la doctrina por relación al cadáver. Por un lado, se dice que si en el cadáver se proyecta la dignidad del ser humano fallecido, el trato que se le ha de dispensar ha de ser acorde a esa dignidad⁴⁷. De ahí se desprende, por ejemplo, el respeto debido en su manipulación; o el que se afirme su extra-patrimonial, su ser una cosa *extra commercium*⁴⁸, quedando excluido de la libre disposición (tanto el cadáver como cualquiera de sus partes).

Por otro lado, y como segundo eje, en caso de que exista una voluntad conocida del propio difunto acerca del destino de su cuerpo tras su fallecimiento ha de ser atendida. Con esto se hace referencia a la voluntad sobre: inhumación o incineración, lugar de sepultura, destino de las cenizas, utilización de sus órganos o tejidos para trasplantes, o de su cuerpo con fines médicos, científicos o didácticos, etc.

⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Artículos 29 a 34", en *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1º, RAMS ALBESA y MORENO FLORES (Coords.), Bosch, Barcelona, 2000, p. 341; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, 2003, p. 340; CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., "La persona, el estado civil y el registro civil. Parte primera. La persona en general", en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Vol. II, Civitas, 2003, p. 92.

⁴⁶ Hualde Sánchez señala que no existe un marco normativo definido que tenga en cuenta la especialidad de este objeto, del cual se predica su extrapatrimonialidad y del que considera que no caben derechos, en HUALDE SÁNCHEZ, J. J., PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO y CALERA, M^a. C., y GIL RODRÍGUEZ, J., *Manual de Derecho civil*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 124.

⁴⁷ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, op.cit., p. 340. Estos autores afirman que los restos de una persona: "quedan impregnados por la dignidad de la persona, lo que introduce importantes limitaciones en orden a su disposición y destino". Hervada, citado por Martínez de Aguirre, considera que: "el cuerpo muerto ha sido parte constitutiva esencial de una persona humana, y algo de tal dignidad queda en él", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Artículos...", op.cit., p. 341. Reitera esta apreciación en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil I. Derecho de la persona*, Colex, Madrid, 2011, p. 349.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Artículos...", op.cit., p. 341, señala que "el trato que se dispense al cadáver debe ser acorde con ese respeto debido: de ahí, que se afirme su extrapatrimonialidad". De las Heras dice que considerar que el cadáver está dentro del comercio de los hombres: "menoscabaría la dignidad humana y entraría en contradicción con la esencia del cadáver, como residuo e impronta del hombre vivo". DE LAS HERAS, G.R., *La consideración del cadáver en Derecho romano: su posible repercusión en la actualidad*, Bomarzo, Albacete, 1987, p. 22. Y BORRELL y MACIÁ, *La persona...*, op.cit., p. 127 y ss.

Así pues, la persona puede tomar *ex ante* decisiones sobre sus restos, puede manifestar su voluntad sobre el destino de su cuerpo⁴⁹. Si en el cadáver sobrevive la dignidad de la persona y se respeta a la persona que fue, se ha de respetar su voluntad sobre el destino de su cuerpo. Unos consideran que esto constituye un poder de disposición de la persona sobre sus restos, de naturaleza real⁵⁰; otros ponen el acento en que es la manifestación de su voluntad sobre el destino de su cuerpo y, por tanto, es un derecho de la personalidad⁵¹. No obstante, la opinión dominante considera que se trata, más bien, de un derecho de naturaleza especial como especial es su objeto⁵². En caso de que la persona no haya expresado esa voluntad, son los familiares los que tienen atribuido ese poder para decidir sobre el destino del cuerpo de su allegado⁵³, siempre que se haga dentro de los límites legales. Es decir, que lo primero que hay que tener en cuenta es que la voluntad del difunto antecede a la de sus familiares. Solo a falta de esta voluntad del fallecido sobre su propio cuerpo es cuando entra en juego la voluntad de los familiares. Los familiares tienen este poder de decidir no como herederos, ni como un derecho integrado en la herencia, sino en virtud de su específica condición de familiares del fallecido⁵⁴.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en España, al igual que en todos los países, existe una específica regulación de la manipulación y destino del cadáver por razones sanitarias. A esta legislación se la denominada de "policía sanitaria" y

⁴⁹ CASTIELLA RODRÍGUEZ, "La persona...", *op.cit.*, p. 92.

⁵⁰ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., "Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos", *Anuario de Derecho Civil*, 1969, p. 148.

⁵¹ Esta postura no es muy firme ya que GORDILLO CAÑAS, A. (*Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987, p. 33) afirma que "podría parecer que la calificación del cadáver humano como residuo de la personalidad así lo recomendaría", pero le ve problemas. Por su parte, CASTAN TOBEÑAS, J. (*Derecho...*, *op.cit.*, p. 350), afirma que el derecho sobre el cadáver tiene alguna conexión con los derechos de la personalidad, pero se sale de esa esfera.

⁵² Así lo afirma GORDILLO CAÑAS (*Trasplantes...*, *op.cit.*, p. 34) siguiendo a De Cupis; y también lo afirma RAMOS GUTIERREZ, M., *La protección de la Memoria Defuncti*, Universidad de Salamanca, 2013, p. 73.

⁵³ GORDILLO CAÑAS, *Trasplantes...*, *op.cit.*, pp. 33 y ss.; y DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, *op.cit.*, p. 340.

⁵⁴ A este respecto considera GORDILLO CAÑAS (*Trasplantes...*, *op.cit.*, p. 37), que la naturaleza de este derecho de los familiares es: "de contenido notablemente limitado (ordenar, dentro de la normalidad, la forma y modo de la sepultura y excluir cualquier actuación sobre el cadáver lesiva de la dignidad de éste y de los sentimientos de los familiares), con marcado predominio en él del deber sobre el derecho, fundamentado en la *pietas* familiar, de carácter, consiguientemente, personal y con encuadramiento específicamente familiar".

trata sobre el destino que ha de darse al cadáver, las condiciones en que debe ser inhumado, el traslado o transporte de cadáveres, así como los servicios mortuorios y funerarios. En esta materia en España confluyen normas del Estado⁵⁵, de las Comunidades Autónomas⁵⁶ y de los Municipios⁵⁷. Pero todas ellas tienen en común dos cosas: por un lado, el respeto en el trato de los restos de lo que fue una persona. Y por otro, que el cadáver solo puede ser inhumado o incinerado (evidentemente también puede ser donado a la ciencia o ser utilizados sus órganos y tejidos para trasplantes, pero en todos esos casos, tras su empleo será igualmente inhumado o incinerado). Es decir, que en España no cabe la criogenización del cadáver, ni su plastinación, ni otras cualesquiera prácticas fuera de las señaladas. No obstante llama la atención que, con relación a esta última práctica, siendo rechazada para los propios nacionales, no haya objeción en que sean expuestos en nuestro país cadáveres sometidos a un proceso de plastinación procedentes de otros países⁵⁸.

Por último, en cuanto al destino del cadáver por razones religiosas: hay que tener en cuenta que España ha sido tradicionalmente un país católico, de ahí que sea preciso incluir una breve referencia al último documento dictado por la Congregación para la doctrina de la fe de la Iglesia católica, la Instrucción *Ad*

⁵⁵ A nivel estatal existe el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

⁵⁶ Las Comunidades Autónomas por un lado tienen algunas competencias en sanidad e higiene (según el art. 148.1.21 de la Constitución), y por otro, en virtud de la descentralización realizada por el Estado en materia de acción pública sanitario-mortuoria, se les traspasaron las funciones que el Reglamento de 1974 atribuía a los órganos estatales. De este modo, en la actualidad numerosas Comunidades Autónomas cuentan con sus propios Reglamentos de Policía Sanitaria Mortuoria. Por ejemplo: en Madrid: la Ley 1/1987, de 5 de marzo, de cementerios supramunicipales de la Comunidad de Madrid; y el Decreto 124/1997, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria. O en Cataluña: la Ley 2/1997, de 3 de abril, que aprueba las normas reguladoras de los servicios funerarios; y el Decreto 297/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de policía sanitaria mortuoria.

⁵⁷ En cuanto a los Municipios, según la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, éstos han de prestar, "en todo caso", los servicios de "cementerio" [artículo 26.1.a)] y, si bien inicialmente tenían reservados los "servicios mortuorios" (artículo 86.3 de dicha Ley), esta reserva fue suprimida en 1996 al liberalizar esta actividad. Además, dada la potestad reglamentaria que poseen los Entes locales, es habitual encontrar Ordenanzas que afectan a las prácticas sanitarias mortuorias.

⁵⁸ En los últimos años, la exposición "Human bodies" ha recorrido distintos países de la UE. En esta exposición se exhiben más de 150 órganos individuales y 12 cuerpos completos de procedencia mayoritariamente asiática. Las autoridades chinas donan estas piezas, procedentes de personas fallecidas no identificadas con fines científicos y educativos a la Universidad de Chungquin, que es la encargada de realizar el proceso de plastinación. <http://www.humanbodies.eu/la-plastinacion/>.

resurgendum cum Christo de 2016 acerca de la sepultura de los difuntos y la conservación de las cenizas en caso de cremación. En este documento la Iglesia Católica muestra su preferencia por la sepultura de los cuerpos y da una serie de criterios sobre la conservación de las cenizas en el caso de la cremación. La preferencia por la sepultura de los cuerpos pone de relieve –tal y como se señala en el documento- la fe de la Iglesia en la resurrección de la carne, así como “la alta dignidad del cuerpo humano como parte integrante de la persona con la cual el cuerpo comparte la historia”. Es por ello que, en el caso de que se opte por la cremación del cadáver, se recomienda que las cenizas no sean dispersadas en el aire, en la tierra o en el agua, ni se conviertan en recuerdos conmemorativos o piezas de joyería.

3 ACTOS MÉDICOS QUE SE PUEDEN REALIZAR SOBRE EL CADÁVER. CONDICIONES

En las leyes específicas que en materia sanitaria y biomédica se han ido promulgando a lo largo de los años en España, encontramos algunas alusiones al trato que han de recibir tanto el cadáver como los datos sanitarios de la persona a pesar de estar ya fallecida.

3.1 EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS

En el Real Decreto de trasplante de órganos de 2012 ya citado anteriormente, se señala que la extracción y utilización de órganos del difunto se rige por el respeto a los derechos fundamentales de la persona así como el respeto a los postulados éticos que han de regir en este tipo de actuaciones médicas⁵⁹. Es decir, exactamente igual que en el caso del donante vivo. También al igual que en el caso del donante vivo, se respetarán “los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, de forma que no sea

⁵⁹ Art. 4,1 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, de obtención, utilización y coordinación territorial de trasplante de órganos.

posible obtener compensación económica ni de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano⁶⁰.

Por otro lado se señalan los requisitos para la obtención de órganos de donante fallecido entre los que destacan: que el fallecido no haya dejado constancia expresa de su oposición a esta actuación⁶¹ y que se proceda a la restauración del cuerpo del donante fallecido después de la obtención de los órganos⁶². Debiendo permitirse el acceso o visita de sus familiares y allegados, si así se solicitara. En este aspecto, la normativa española sigue las indicaciones establecidas en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano Respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1997 (o *Convenio de Oviedo*)⁶³.

3.2 EXTRACCIÓN DE OTROS ELEMENTOS Y PRODUCTOS DEL CUERPO HUMANO

Para la extracción y donación de tejidos y células de donantes fallecidos se han de seguir los procedimientos señalados en el Real Decreto de 2014⁶⁴. Entre otras cosas en ellos se señala el deber de facilitar a los familiares y allegados información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención de estos productos⁶⁵; y el deber de, una vez realizada la extracción, llevar a cabo la

⁶⁰ Art. 4,2 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, de obtención, utilización y coordinación territorial de trasplante de órganos.

⁶¹ Art. 9,1,a del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, de obtención, utilización y coordinación territorial de trasplante de órganos.

⁶² Art. 9,8 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, de obtención, utilización y coordinación territorial de trasplante de órganos.

⁶³ El artículo 18 del Convenio de Oviedo lleva por título *Respeto del cuerpo humano* y dice así: "En el marco de la extracción, deberá tratarse al cuerpo humano con respeto y deberá tomarse toda medida razonable para restablecer la apariencia del cuerpo".

⁶⁴ En concreto en el art. 8 y en el Anexo V del Real Decreto 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

⁶⁵ Art. 8,3 del Real Decreto 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

reconstrucción de las zonas afectadas, de manera que se acerque lo más posible a su apariencia anatómica previa⁶⁶.

En el caso de análisis genéticos y tratamiento de datos genéticos de carácter personal, la Ley de investigación biomédica 2007 señala que se podrán obtener y analizar muestras de personas fallecidas siempre que pueda resultar de interés para la protección de la salud, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente en vida y así se acredite. Los familiares biológicos podrán acceder a la información derivada del análisis genético del fallecido únicamente en lo que tenga relación con la protección de su salud⁶⁷.

La obtención de material reproductor de las personas fallecidas con finalidad reproductiva se rige por lo dispuesto la Ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006. Ese material reproductor podrá ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, si así lo hubiese consentido en escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas. También el *varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de esta posibilidad con relación a su pareja*⁶⁸.

3.3 AUTOPSIAS

En la normativa relativa a autopsias clínicas, se señala que la autopsia sólo podrá hacerse previa constatación y comprobación de la muerte del sujeto⁶⁹, como no podía ser de otra manera; y por médicos especialistas y personal auxiliar especialmente cualificado⁷⁰, dado que no es cualquier cosa lo que se va a hacer, ni tampoco puede hacerse de cualquier manera.

⁶⁶ Anexo V, 1.3.5 del Real Decreto 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

⁶⁷ Art. 48, 2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.

⁶⁸ Todo ello se encuentra recogido en el art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁶⁹ Art. 3,1 de la Ley 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas; y art. 6,1 del Real Decreto 2230/1982, de 18 de junio, sobre autopsias clínicas que desarrolla la Ley de 1980.

⁷⁰ Art. 3,1 del Real Decreto 2230/1982, de 18 de junio, sobre autopsias clínicas.

La ley prevé así mismo la posibilidad de que el interesado haya manifestado previamente -por sí mismo o a través de su cónyuge o de sus familiares en primer grado- su oposición a que se le realice este procedimiento una vez fallecido⁷¹. En caso de que no se haya opuesto se practicará la autopsia, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley de autopsias⁷²; pero si existe oposición, ésta no tendrá lugar.

Se añade además que se garantiza "la no desfiguración manifiesta del cadáver y la no comercialización de las vísceras", así como tener el cuerpo en "dependencias adecuadas"⁷³. El ulterior aprovechamiento científico de los datos obtenidos en la autopsia para su presentación en sesiones de especialidades o congresos científicos, se hará siempre "con el debido respeto al secreto médico y a la intimidad personal y familiar de los interesados"⁷⁴.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula lo relativo a la práctica de la autopsia médico-legal para los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad⁷⁵. Entre las que se incluyen las muertes accidentales, suicidios y homicidios.

3.4 INVESTIGACIÓN SOBRE CADÁVER

La investigación sobre cadáveres, se hace en los hospitales universitarios sobre cadáveres donados. A diferencia de las normativas relativas a la donación de órganos o autopsias clínicas o a la investigación sobre seres humanos vivos, no existe una normativa específica sobre el uso del cadáver en docencia o investigación⁷⁶. Y ello a pesar de que esta es una práctica que viene desarrollándose desde el inicio de la Medicina.

⁷¹ Art. 3.3 de la Ley 29/1980 de 21 de junio, de autopsias clínicas.

⁷² Art. 3.3 de la Ley 29/1980 de 21 de junio, de autopsias clínicas.

⁷³ Art. 3.2 de la Ley 29/1980 de 21 de junio, de autopsias clínicas.

⁷⁴ Art. 7.3 del Real Decreto 2230/1982, de 18 de junio, sobre autopsias clínicas.

⁷⁵ Arts. 340 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

⁷⁶ Si bien el art. 6 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria hace referencia a "lo establecido por la legislación especial vigente sobre (...) utilización de cadáveres para fines científicos y de enseñanza", lo cierto es que esa legislación no existe todavía.

Lo único previsto es que solo se pueden usar ya sea en docencia, ya en investigación, los cadáveres de las personas donados para este fin⁷⁷. Esta voluntad debe expresarse y ser conocida ya que, en caso contrario y, según lo dispuesto en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria y las sucesivas reglamentaciones de las comunidades autónomas, el destino final de todo cadáver o resto humano procedente de fallecimientos, abortos, mutilaciones, operaciones quirúrgicas o autopsias, es el enterramiento en lugar autorizado, la incineración o la inmersión en alta mar⁷⁸. Hoy en día se entiende, desde un punto de vista ético, que es necesario retirar de los ámbitos docentes todos los cadáveres, órganos o restos de dudoso origen y darles una sepultura respetuosa. También se considera éticamente cuestionable el empleo de cadáveres procedentes de ejecuciones en aquellos países en que la pena de muerte está vigente⁷⁹.

3.5 DONACIÓN DEL CADÁVER A LA CIENCIA

Según informaciones aparecidas en los medios, la donación de cadáveres a la ciencia ha aumentado en España en los últimos años hasta tal punto que ha llevado a nuestro país hasta el cuarto puesto mundial en donación de cuerpos⁸⁰. Ello obedece, en parte a razones económicas en tiempos de crisis: ya que evita a los familiares de los fallecidos el gasto del velatorio, sepelio, incineración o enterramiento; además de obtener un dinero extra para la familia ya que, tras el fallecimiento, se procede a devolver el importe del seguro de enterramiento que habitualmente se contrata por los españoles y cuyas pólizas se han ido pagando

⁷⁷ A lo largo de la historia en los distintos países se ha dado la práctica de utilizar por parte de los médicos y las facultades de medicina, los cadáveres de ajusticiados, cautivos, mendigos o de personas fallecidas cuyo cuerpo no había sido reclamado por sus allegados. Esta práctica en la actualidad no es lícita en nuestro país. GONZÁLEZ LÓPEZ, E. y CUERDA GALINDO, E., "La utilización de cadáveres y órganos en la investigación y docencia médica. Lecciones de la historia", *Medicina Clínica*, 2012, nº 138 (10), p. 441.

⁷⁸ Art. 6 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

⁷⁹ GONZÁLEZ LÓPEZ y CUERDA GALINDO, "La utilización de cadáveres...", *op.cit.*, p. 443.

⁸⁰http://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/mas_navarra/2013/02/18/aumenta_las_donaciones_cuerpos_ciencia_navarra_107766_2061.html

en vida. Pero además este incremento de las donaciones obedece también a un cambio de mentalidad en la sociedad española⁸¹.

Aunque hace años el perfil del donante solía ser el de una persona mayor, soltera y sin familia, ahora es más variado. Además de donantes solteros, se ha producido un aumento de donaciones en grupos familiares o de amigos que se animan unos a otros. También se contempla un cambio en la edad de las personas que donan su cuerpo. La mayoría son personas mayores o de mediana edad, pero comienza a haber una concienciación de las personas jóvenes. Por otro lado, casi todas las personas que solicitan información, y que posteriormente se hacen donantes, lo hacen con la finalidad de que se investigue las enfermedades que padecen⁸².

Las leyes remiten a los organismos receptores de los cuerpos (que son las Facultades de Medicina) para comenzar el proceso de donar el cadáver a la ciencia. No existe regulación legal sobre los pasos que se han de dar en este sentido, sino que cada centro tiene su propio protocolo⁸³. **Quienes deciden hacerse donantes deben rellenar un formulario** que se archiva en el centro y se les entrega un carné de donantes. Tras la defunción y después de que la familia se ponga en contacto con la Facultad, se lleva a cabo la voluntad del fallecido. Una vez recibido el cuerpo, el tiempo útil de su utilización por los estudiantes es de aproximadamente dos años.

Así pues, los procesos de donación de cuerpos a la ciencia varían en cada comunidad autónoma, porque se rigen por las condiciones establecidas por cada Facultad de Medicina. Ello no obstante, tienen algunas características comunes: 1. El interesado ha de haber expresado en vida por escrito su voluntad de donar el cadáver; 2. El donante **no debe haber padecido una enfermedad infecto-contagiosa** importante; 3. Se excluye a los **fallecidos por accidente**; 4. **También a los que se les haya realizado una autopsia tras la defunción**; y 5. No debe existir ninguna instrucción

⁸¹

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Donar/cuerpo/ahorrar/elpepisoc/20101213elpepisoc_4/Tes

⁸²http://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/mas_navarra/2013/02/18/aumenta_las_donaciones_cuerpos_ciencia_navarra_107766_2061.htm

⁸³ Puede consultarse en la página web de la Sociedad Anatómica Española ejemplos de estos protocolos: <http://www.sociedadanatomica.es/index.php/32-documentos/61-documentos-sae-donaciones>.

judicial sobre el cuerpo emitida por la autoridad competente en el momento del fallecimiento.

No obstante, tras el escándalo que supuso en mayo de 2014 ver el trato dispensado a los cadáveres por parte de una conocida Universidad española (534 cadáveres se hacinaban en el sótano de la Universidad apilados, despedazados y mantenidos a temperatura ambiente)⁸⁴, se ha puesto de manifiesto que este es un ámbito que requiere de regulación legal y de una mayor supervisión y control. En este sentido, sería conveniente la existencia de una normativa específica que complementara la Ley de autonomía del paciente. La Ley de autonomía del paciente permite la toma de decisiones en vida acerca del destino del cuerpo y de sus órganos, mediante los Documentos de Voluntades Anticipadas⁸⁵, dado que uno de esos destinos es la donación a la ciencia (docencia o investigación) sería necesario regular este destino para evitar que se repitan situaciones como las acaecidas en la Universidad Complutense.

3.6 DATOS SANITARIOS DE LA PERSONA FALLECIDA

Por último señalar que en la Ley de autonomía del paciente se permite el acceso a la historia clínica del fallecido exclusivamente a sus familiares, siempre que no haya habido prohibición expresa del difunto. En el caso de que el paciente fallecido hubiera prohibido tal acceso a sus familiares, éstos solo podrán acceder a su historia si existieran graves riesgos para su salud o la de un tercero, y, aún en ese caso, solo podrán acceder a aquellos datos estrictamente relacionados con la salud⁸⁶.

⁸⁴ Vide: <http://www.elmundo.es/madrid/2014/05/18/5378f7d8268e3e14768b4573.html>; <http://www.telemadrid.es/noticias/madrid/noticia/el-escandalo-del-tratamiento-de-cadaveres-en-la-complutense>. El caso todavía se encuentra en los tribunales, pero la primera consecuencia que tuvo fue que desde inspección de trabajo se puso a la Universidad Complutense una multa de 100.000 euros.

⁸⁵ Art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.

⁸⁶ Art. 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.

CONCLUSIÓN

La muerte es un hecho físico cuya constatación corresponde a la ciencia médica pero con claras repercusiones jurídicas, de ahí que el Derecho se pronuncie al respecto. Aunque no es cosa de su competencia, en España a raíz del auge de la donación de órganos procedentes de donante muerto, se establecieron por ley los criterios necesarios para constatar con seguridad el fallecimiento del donante. Tales criterios posteriormente fueron extrapolados y aplicados a la certificación de cualquier deceso, debido a la necesidad de la clase médica de un marco jurídico seguro.

Con relación a la persona fallecida el Derecho tradicionalmente ha dicho que la muerte extingue sus derechos personales pero lo cierto es que en la práctica nos encontramos con que hay una especie de prolongación de la personalidad del difunto que se manifiesta en que los herederos no solo pueden ejercitar o continuar *post mortem* acciones protectoras del difunto por ofensas anteriores al fallecimiento, sino que también pueden ejercer acciones de defensa de la memoria del difunto por ofensas *post mortem*. Estas últimas acciones las pueden ejercer tanto si se ven afectados ellos mismos (los herederos) personal o familiarmente, como si las ofensas tan solo afectan a la personalidad extinta del fallecido.

Por otro lado, el cuerpo del fallecido, el cadáver, pasa a ser considerado cosa mueble, pero no es cualquier cosa. La dignidad de la persona que ha sido proyecta sus efectos sobre él, de ahí que se hable de que goza de un régimen jurídico especial. Régimen que, en cuanto tal, no existe, pero que de existir se caracterizaría por una serie de principios que ya se vienen observando y aplicando en la práctica y que implican una exigencia de trato al cadáver que se deriva de esa dignidad de la persona que ha sido. En este sentido se habla: por un lado, de que el cadáver es un bien extrapatrimonial y, como tal, tanto el mismo como sus partes quedan excluidos de la libre disposición. Además se ha de respetar la voluntad manifiesta del sujeto sobre el destino de su cuerpo y órganos siempre y cuando ese destino sea conforme a la ley. Por otro lado, a la hora de manipular el cuerpo ya sea para la extracción de órganos, tejidos; para su empleo con fines didácticos o de investigación; antes, durante y después de la autopsia o en su

manipulación a los efectos de su inhumación o incineración, siempre ha de hacerse todo ello con el máximo respeto debido a la persona que fue. Respeto que incluye el que la manipulación y realización de las distintas actividades señaladas sobre el cadáver sean llevadas a cabo por personal cualificado.

Todo esto además de ser un deber ético, constituye también un deber legal al estar recogido en las normas comentadas. Ello no obstante, todavía quedan aspectos por regular. En este sentido se echa de menos la regulación de todo lo relativo a la donación del cuerpo a la ciencia.

Así pues, aunque la existencia del ser humano finalice con la muerte, el Derecho sigue prolongando su protección sobre lo que queda de él a modo de huella: su memoria y su "cobertura" corporal. Y lo hace exigiendo un respeto y cuidado en el trato, acorde con la dignidad de la persona que ha sido.

REFERENCIA DE LAS FUENTES CITADAS

Aguirre López, A., "Aspectos jurídicos de la certificación de muerte encefálica. ¿Es aplicable la legislación actual a los sujetos no donantes de órganos?", en *Medicina Intensiva*, Vol. 24, Núm. 4 (Volumen monográfico dedicado a la Muerte encefálica en UCI), 2000, p. 186.

alonso Pérez, M., "Daños causados a la memoria del difunto y su reparación", http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html#_ftn1, p. 9.

Borrel y Maciá, A., *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosh, Barcelona, 1954, p. 115.

Carretero Sánchez, A., "Teoría y práctica de los delitos contra los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos: el peso de una negativa influencia histórica", en *La Ley*, núm. 6666, p. 11.

Castro, F., *Derecho civil de España*, Tomo II, Vol. I, Madrid, 1952, p. 146.

Cupis, A., "La persona humana en el Derecho Privado", en *Revista de Derecho Privado*, 1957, p. 869, afirma que el Derecho actúa en este sentido para proteger "las huellas de la humana personalidad".

De Las Heras, G.R., *La consideración del cadáver en Derecho romano: su posible repercusión en la actualidad*, Bomarzo, Albacete, 1987, p. 22.

PUIG, Verónica San Julián. Prolongación del respeto y cuidado debido a la persona tras su fallecimiento en Derecho español. en particular en relación a su cuerpo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Delgado Echeverría, J., Elementos de Derecho Civil, Parte General. Personas, Tomo I, Volumen 2, Dykinson, Madrid, 2008 (5ª ed.), p. 20.

Diez-Picazo, L. y Gullón, A., Sistema de Derecho civil, vol. I, Tecnos, 2003, p. 340; Castiella Rodríguez, J. J., "La persona, el estado civil y el registro civil. Parte primera. La persona en general", en Instituciones de Derecho Privado, Tomo I, Vol. II, Civitas, 2003, p. 92.

Elena Murillo, V., "Comentario al artículo 526 del Código Penal", en Código Penal. Parte Especial, Tomo II, Vol. II, Amadeo Gadea (Coord.), 2009, p. 597.

Espín Cánovas, D., Las facultades del derecho moral de los autores y artistas, Civitas, Madrid, 1991, pp. 62 y ss.

González López, E. y Cuerda Galindo, E., "La utilización de cadáveres y órganos en la investigación y docencia médica. Lecciones de la historia", Medicina Clínica, 2012, nº 138 (10), p. 441.

Gordillo Cañas, A. (Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana, Civitas, Madrid, 1987, p. 33.

Hualde Sánchez, J. J., Puig I Ferriol, L., Gete-Alonso y Calera, M^a. C., y Gil Rodríguez, J., Manual de Derecho civil, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 124.

Lacruz Berdejo, J.L. et al., Elementos de Derecho civil, I. Parte General. II. Personas, Barcelona, Bosch 1990, p. 31.

López López, A.M., "Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos", Anuario de Derecho Civil, 1969, p. 148.

Martínez de Aguirre Aldaz, C., "Artículos 29 a 34", en Comentarios al Código Civil, tomo II, vol. 1º, Rams Albesa y Moreno Flores (Coords.), Bosch, Barcelona, 2000, p. 341.

Ramos Gutierrez, M., La protección de la Memoria Defuncti, Universidad de Salamanca, 2013, p. 73.

Salvador Coderch, P., ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo, Civitas, Madrid 1987, p. 36.

Recebido em: 09/08/2019

Aprovado em: 03/09/2019