

DERECHO FAMILIAR A Oponerse a la Autopsia y  
Consiguiente Extirpación de Órganos de un Hijo  
Amparado en Motivos Religiosos. A Propósito de  
la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos  
Humanos (Sección Cuarta) de 20 de Julio de 2021

*FAMILY RIGHTS TO OPPOSE AUTOPSY AND SUBSEQUENT  
REMOVAL OF A CHILD'S ORGANS FOR RELIGIOUS REASONS.  
REGARDING THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF  
HUMAN RIGHTS (FOURTH SECTION) OF JULY 20, 2021*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 56-91*



Jorge  
ENRÍQUEZ  
SORDO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 15 de febrero de 2023

**ARTÍCULO APROBADO:** 20 de abril de 2023

**RESUMEN:** El objetivo de este artículo es reflexionar sobre el derecho a oponerse a la práctica de la autopsia y el impacto que tiene la defensa del interés general o científico como límite a su ejercicio. En la medida en que vayamos comentando la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 20 de julio de 2021, analizaremos quiénes son los distintos sujetos legitimados para disponer u oponerse a la autopsia de un cadáver, cuál es la calidad y contenido de su situación jurídica de poder, así como la manera en que deben solucionarse los conflictos de intereses que se susciten cuando dichas figuras entran en colisión. Además, valoraremos si este derecho está recogido en los arts. 8 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y explicaremos el camino que ha seguido la jurisprudencia creada por la alta Corte al respecto. Se comentará al unísono la legislación austriaca que rige la materia y que fue objeto de consulta por parte del Tribunal a la hora de dictaminar el caso. Finalmente, se analizará el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la importancia de que se establezcan mecanismos de protección preventiva en este ámbito.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de disposición sobre el cadáver; derecho a oponerse a la autopsia; potestad sobre el cadáver; proceso civil; cadáver; medidas preventivas; dignidad humana; creencias religiosas.

**ABSTRACT:** *The objective of this article is to reflect on the right to oppose the practice of autopsy and the impact of defending the general or scientific interest as a limit to its exercise. To the extent that we comment on the judgment of the Strasbourg Court of July 20, 2021, we will analyze who the different subjects entitled to order or oppose the autopsy of a corpse, what is the quality and content of their legal status of power, as well as how conflicts of interest that arise when these figures collide should be resolved. In addition, we will assess whether this right is included in articles 8 and 9 of the European Convention on Human Rights, and we will explain the path followed by the jurisprudence of the High Court in this regard. The Austrian legislation that governs the matter and that was the subject of consultation by the Court at the time of ruling on the case will be commented on in unison. Finally, article 13 of the European Convention on Human Rights and the need to establish preventive protection mechanisms in this area will be analyzed.*

**KEY WORDS:** *Right to dispose of the corpse; right to oppose the practice of autopsy; authority over the corpse; civil proceedings; dead body; precautionary measures; human dignity; religious beliefs.*

**SUMARIO.- I. A MODO INTRODUCTORIO.- II. PARA SITUARNOS EN LO ACONTECIDO.- III. SOBRE LOS SUJETOS LEGITIMADOS.- IV. A PROPÓSITO DE LA UTILIZACIÓN DE LOS ARTS. 8 Y 9 DE LA CEDH COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.- V. INTERESES PÚBLICOS O CIENTÍFICO VS DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER. ¿ES NECESARIO OBSERVAR UNA ALTA CONDUCTA BIOÉTICA SOBRE LA BASE DEL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA CON PREFERENCIA AL PROGRESO DE LA CIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD?- VI. EL DERECHO A DISPONER SOBRE LA REALIZACIÓN DE LA AUTOPSIA Y SU CONTENIDO.- VII. A PROPÓSITO DEL VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ PASTOR VILANOVA Y LA IMPORTANCIA DE REFORZAR LA IMPLEMENTACIÓN DE UN ENFOQUE PREVENTIVO.**

---

## **I. A MODO INTRODUCTORIO.**

El hecho jurídico muerte constituye un acontecimiento natural, hasta el momento irreversible, además de trágico y en la mayoría de los casos inevitable; otras veces impredecible, pero sin lugar a dudas, doloroso. El dolor es más intenso cuando se trata de la pérdida de un hijo, y aún más si esta tiene lugar cerca del momento del nacimiento. Aunque existan sospechas de que algo no está funcionando correctamente, aunque la ciencia te trate de explicar que tu pariente o amigo no sobrevivirá, la razón no es lo que prima en los dolientes, estos se niegan a aceptar tal verdad y se aferran a la esperanza de que esa persona querida no muera. En ese instante la razón se ve oscurecida por las emociones y la situación que se nos presenta requiere ser abordada con mucha sensibilidad, responsabilidad y profesionalidad. Además, debe existir una ética de trabajo y un respeto por parte de los médicos o del personal sanitario que interviene en sede de disposición sobre el cadáver, ya sea informando del fallecimiento (o la posibilidad de que ocurra), procurando la obtención del consentimiento para realizar determinado proceder o directamente en la toma de decisiones (en especial cuando hablamos de un recién nacido).

La muerte trae aparejada un conjunto de consecuencias jurídicas en derredor suyo, que afectan tanto la esfera patrimonial como personal de un ser humano -esta última es la que nos interesa abordar aquí-. La sentencia dictada por los magistrados de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo adelante TEDH), de fecha 20 de julio de 2021, nos obliga a reflexionar

### **• Jorge Enríquez Sordo**

Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en el año 2006. Máster en Bioética por la Universidad de la Habana en el año 2013. Ejercí durante dos años como juez profesional en la provincia de La Habana. Ejercí durante seis años como Notario Público con competencia en la provincia de La Habana. Me desempeñé como profesor, con categoría docente principal de auxiliar, contratado a tiempo completo en la Facultad de Derecho de La Universidad de La Habana hasta el 2018. Vinculado a la docencia universitaria durante más de diez años, perteneciendo al departamento de Derecho Civil y Familia de la Universidad de La Habana. Actualmente soy doctorando en la Universidad de Valencia. Email: jenriquezsordo@gmail.com.

nuevamente sobre los derechos y potestades que recaen sobre el cadáver de una persona (en este caso el de un recién nacido), sobre cuál es el alcance de los mismos, cuál es la conducta ética que se debe observar, cuáles los principios éticos y jurídicos que deben ser tenidos en cuenta y los valores que deben informar al Derecho y a la Ciencia y que permiten ponderar equilibradamente ante la colisión que puede tener lugar entre intereses válidos y dignos de tutela jurídica (como puede ser el interés científico que fundamenta la necesidad de practicar una autopsia y, por otra parte, el derecho a oponerse a ella).

Igualmente, nos lleva a cavilar sobre la naturaleza jurídica de la situación de poder que ostenta cada uno de los sujetos que intervienen, que los legitima para actuar sobre determinado cadáver, y lo difícil que puede resultar encuadrarla en la normativa de la Convención Europea de Derechos Humanos estricto *sensu* (en lo adelante CEDH). Solo una mente jurídica capaz, dotada de abstracción, alejada de rigideces y respaldada por valores como la justicia o el respeto a la dignidad humana (como la de muchos de los jueces que conforman la Corte de Estrasburgo y que ha quedado plasmada en su jurisprudencia), puede dar cabida a que una situación que no ha sido recogida de manera explícita en su texto, obtenga tutela (claro está, que ello va unido al potencial de abstracción que el legislador le imprimió al redactar el precepto).

Asimismo, es preciso reflexionar sobre la demora en la sustanciación de los procesos y cómo esto hace que la verdadera administración de justicia se vea difuminada. Ello, a su vez, conlleva que las personas revivan constantemente el duelo, sin un adecuado cierre, que se corporifica en una iatrogenia de orden psicológico. Este daño se produce a través del paso por las diferentes instancias y recursos que componen la administración de justicia (lo que incluye a sus funcionarios), ya sea deliberadamente o no. Aunque la persona sea compensada económicamente, moral o inmaterialmente, el daño no puede ser reparado, sobre todo en relación con la temática que tratamos, donde el retorno a la situación anterior es, en muchas ocasiones, imposible.

A continuación, profundizaremos en los temas esbozados en la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, con el objetivo de ofrecer algunas reflexiones respecto a lo ocurrido en el caso y que puedan servir de orientación ante situaciones que acontezcan en el futuro y que guarden cierta semejanza. Para ello, nos situaremos en el contexto de lo sucedido, pasando a determinar los derechos y potestades en juego (que intentaremos categorizar) y la legitimidad de los sujetos que son partícipes de las relaciones jurídicas que sirven de base a la litis. Asimismo, queremos dilucidar los límites del derecho de disposición sobre el cadáver respecto a la posibilidad de autorizar u oponerse a una autopsia y cómo se ejerce este en función de los sujetos involucrados. De manera similar, trataremos de abordar la

pertinencia del empleo de los art. 8 y 9 del CEDH al caso en concreto; así como, la importancia de que existan en las legislaciones recursos que ofrezcan soluciones rápidas y eficaces, más allá de una indemnización pecuniaria que se prolongue en el tiempo. A medida que vayamos comentando la sentencia, analizaremos los fundamentos de derecho interno que caracterizan la realidad de Austria y que sirven de sustento a la Corte para llegar a su fallo.

## II. PARA SITUARNOS EN LO ACONTECIDO.

En fecha 29 de febrero de 2016 se interpuso la demanda número 12886 ante el TEDH, la misma, fue establecida por la señora *Leyla Polat* contra la República de Austria. Se refiere a la objeción que la demandante formuló en su momento con relación a que se practicara una autopsia sin su consentimiento a su hijo nacido de forma prematura y fallecido a los pocos días. La demandante estima que sus derechos fueron vulnerados en virtud de los arts. 8 y 9 del CEDH, ya que no había sido previamente informada sobre el alcance de esto, ni con respecto a la extracción de los órganos con fines de conservación; además, considera que no existía ningún recurso legal para impugnar dicho proceder<sup>1</sup>.

La demandante quedó embarazada en 2006 y recibió tratamiento médico en el Hospital Regional de Feldkirch (un establecimiento hospitalario público). Los exámenes prenatales indicaron que el feto presentaba claros síntomas del “Prune-Belly-Syndrome” y, por lo tanto, probablemente nacería con una discapacidad.

El médico responsable de su caso le comunicó que su hijo probablemente no sobreviviría y de la posible necesidad de realizar una autopsia del cuerpo, para aclarar la causa exacta de la muerte y evaluar si tal malformación podría ocurrir en otro niño (en particular, la futura descendencia de hermanos ya nacidos). La señora Polat y su esposo se negaron a aceptar un examen *post mortem* debido a sus creencias musulmanas, ya que deseaban lavar ritualmente el cadáver antes del funeral y para ello, este debía permanecer lo más incólume posible.

El niño nació en el hospital el 3 de abril de 2007 (fue un parto prematuro en la semana 25), y a pesar de recibir atención médica intensiva, murió dos días después a causa de una hemorragia cerebral. Los padres fueron interpelados una vez más para recabar su consentimiento con respecto a la realización de la necropsia y poder precisar con exactitud la causa de la muerte y otras cuestiones de interés científico, además de razones de carácter profiláctico. Los dos progenitores mostraron su voluntad de forma explícita en contra y ratificaron su posición al

---

<sup>1</sup> El texto oficial de la sentencia se encuentra en inglés. A los efectos del presente trabajo y del lector al que va dirigido iré comentando y parafraseando su texto en castellano (traducción libre de mi autoría). Sobre la original véase STEDH 20 julio 2021 (TEDH 2021, 85).

respecto. A pesar de su oposición, el médico les notificó que la prueba se realizaría para esclarecer el diagnóstico.

Se practicó una autopsia al cuerpo del niño y prácticamente todos los órganos internos fueron extraídos y conservados en el hospital para una evaluación integral. Además, se extirpó una gran parte del tracto urinario, lo que significaba que el sexo del bebé ya no era evidente. El hospital entregó el cadáver del pequeño a la demandante y a su cónyuge después del 8 de abril de 2007, sin revelar el alcance de la autopsia y cómo ello había dañado estéticamente el cuerpo y hasta qué punto podía impedir el ritual religioso que pretendían ejecutar. El cuerpo estaba completamente vestido y llevaba puesto una gorra. El rostro estaba demacrado, pero no se podía distinguir debido a la vestimenta si se había hecho un examen *post mortem* (y, de ser así, qué tan extenso había sido) o si se habían extirpado órganos. La demandante y su esposo, por ende, pensaban que el cuerpo se encontraba en un estado adecuado para ser trasladado a Turquía y enterrado de conformidad con sus creencias musulmanas.

El hijo difunto fue trasladado a su localidad natal para el funeral. Durante la ceremonia fúnebre, el cuerpo del niño fue desvestido por la esposa de Hodja (en turco, "hombre erudito" -la persona religiosa que realiza la ceremonia-) y por su propia madre. Durante ese procedimiento, las dos notaron que se le había efectuado una autopsia de cuerpo completo, es decir, todo el cuerpo y la cabeza habían sido cortados y cosidos. Se notaba que los órganos internos habían sido removidos y los genitales no eran reconocibles. Debido a que los genitales del niño fallecido ya no eran identificables, el lavado ritual no pudo hacerse (ya que existen diferentes rituales de lavado para hombres y mujeres fallecidos), y el funeral tuvo que ser cancelado. Los invitados reprocharon a la demandante y a su esposo por el deplorable estado del cuerpo. El niño fallecido debía ser enterrado en otra comunidad, sin el lavado ritual y la ceremonia requerida por la fe musulmana de los progenitores.

Tras el regreso de la demandante a Austria, solicitó al hospital que le devolvieran los órganos de su hijo fallecido. Inicialmente, el hospital negó que se hubieran extirpado órganos del cuerpo. Después de que el Defensor del Paciente de *Vorarlberg (Patientenanwalt)* interviniera, el Hospital acordó restituir algunos de los órganos extraídos el 24 de abril de 2007, para que pudieran ser enterrados junto al resto del cuerpo. El 1 de octubre de 2007, tras una nueva intervención del Defensor del Paciente, recibieron el resto de los órganos a fines de que fueran inhumados.

En la primera instancia, el Tribunal Regional de *Feldkirch (Landesgericht)* admitió la reclamación de la demandante mediante sentencia de 9 de julio de 2012 y consideró que se había producido una violación al practicar la autopsia sin el

consentimiento de los padres y no consideraba que existiera un interés científico que permitiera contravenir esa voluntad.

El Hospital, como parte demandada, recurrió la decisión ante el Tribunal de apelación de *Innsbruck (Oberlandesgericht)*; el recurso fue admitido el 8 de noviembre de 2012 por considerarse que había existido vicio de procedimiento y se remitieron las actuaciones de vuelta al Tribunal de Instancia a fin de que se obtuvieran los peritajes médicos señalados y se dictara una nueva sentencia. El Tribunal Regional obtuvo los dictámenes pertinentes y volvió a ratificar su decisión anterior, ahora con una nueva resolución de fecha 13 de agosto de 2014. El 4 de diciembre de 2014, el Tribunal de Apelación de *Innsbruck* admitió un recurso presentado por el hospital y le dio la razón.

La señora *Polat* presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, reiterando los argumentos presentados en las instancias anteriores y añadiendo que se habían violado sus derechos en virtud del art. 9 del CEDH, y solicitó que se iniciara un procedimiento ante el Tribunal Constitucional para revisar la constitucionalidad del § 25 (I), de la Ley Federal de Hospitales, y requerir una decisión prejudicial del TEDH al respecto.

El Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) rechazó el recurso extraordinario de la demandante sobre cuestiones de derecho el 25 de septiembre de 2015 y no observó ninguna razón para poner en marcha un procedimiento ante el Tribunal Constitucional con el objetivo de verificar las disposiciones en cuestión, o para solicitar una decisión prejudicial del TEDH. El Tribunal Supremo notificó a la demandante su decisión el 20 de octubre de 2015.

### III. SOBRE LOS SUJETOS LEGITIMADOS.

Cabe señalar que el fundamento de este caso se basa en una de las manifestaciones del derecho de disposición sobre el cadáver (aquella que respecta a disponer sobre la integridad física de este, específicamente mediante la realización de una autopsia o la oposición a ella). Asimismo, es preciso tener en cuenta que nos encontramos con diferentes sujetos, cuya posibilidad jurídica de actuación varía en función de su cualidad (ya sea porque se trate de la propia persona, de familiares o de terceros no familiares).

El derecho a disponer sobre el cadáver corresponde en primer lugar a la persona en vida, como un derecho inherente a la personalidad. Si la persona no pudo o no quiso ejercitar su derecho, con la muerte, nace en sus familiares más cercanos, el poder de pronunciarse en un sentido u otro y dentro de determinados límites<sup>2</sup>.

2 Dicho poder puede variar de una legislación a otra (en lo que respecta a su naturaleza y contenido), así como en lo referente al orden de prioridad que se establece entre los diferentes sujetos legitimados. Ergo,

En ausencia de familiares, surge en determinadas instituciones (materializada en aquellas personas que determina la Ley) la posibilidad de tomar una decisión, pero ya no como un derecho, sino más bien como una potestad.

En el presente caso, la situación jurídica de poder nace, con la muerte del hijo, en sus padres, y adquieren la condición de sujetos legitimados para pronunciarse respecto al destino final de su cadáver y partes. No actúan en ejercicio de un derecho de su hijo, sino como titulares originarios, ya que la posibilidad que le correspondía a su prole; de disponer sobre su cadáver, se extinguió con el fallecimiento, sin poder hacer uso de él, debido a su corta edad.

Por otro lado, tenemos al personal médico a cargo del caso, quienes, como representantes del hospital público en el que efectúan su trabajo, serían los legitimados para disponer la autopsia en determinados supuestos que establece la legislación austriaca.

La Ley Federal de Hospitales de Austria reconoce en su § 25 (2), el derecho de los familiares más cercanos a oponerse a la práctica de la autopsia y al mismo tiempo admite el derecho de la persona en vida a disponer en este sentido. No obstante, el mismo debe examinarse en concordancia con el numeral (1), el cual establece los supuestos en los que se debe llevar a cabo una autopsia a los cuerpos de los pacientes ingresados en hospitales públicos, quedando los mismos reducidos a aquellos casos ordenados por la policía médica, los que guarden relación con un procedimiento penal y en los que sea necesaria para proteger otros intereses públicos o científicos (y aquí incluye supuestos de falta de claridad en el diagnóstico o en caso de una intervención quirúrgica)<sup>3</sup>.

Cabe destacar que se trata de un fallecimiento ocurrido en un hospital público, lo que haría pensar que no se aplica en el caso de un deceso en un hospital privado al matizarlo así la norma. Esto tendría sentido dado que, en Austria, los derechos y obligaciones de los pacientes de los hospitales privados se evalúan conforme al derecho civil, por lo que se podría entender que ante una muerte que tuviera lugar en estos recintos, tendría prioridad la voluntad del fallecido o

---

no siempre se podrá hablar de que se trata de un derecho, sino más bien que nos encontremos ante una potestad u otra figura jurídica. En consecuencia, las posibilidades de actuación van a estar determinadas por la naturaleza de la figura en cuestión y además limitadas por la cultura, las costumbres, la moral y otros aspectos relacionadas con el interés general (como la protección de la salud pública, el desarrollo de la ciencia o la búsqueda de la verdad en una investigación criminal, entre otras). Esos límites, pueden apreciarse mejor, cuando entran en conflicto el derecho de la persona o de sus familiares con la potestad de aquellos terceros que ejercen la tutela de esos intereses superiores de carácter colectivo.

3 Entiendo yo que al especificar operación quirúrgica lo hace en el sentido de que la persona haya fallecido en el quirófano o que fuera operada y falleciera posteriormente y con ello determinar algún nexo causal entre la muerte y el acto quirúrgico, pues lo contrario sería muy invasivo en el ámbito privado. ¿Cuál sería la finalidad de esto?, ¿acaso eximir de responsabilidades al cirujano?, ¿cuál sería el interés científico en ello? Y me formulo estas interrogantes, porque si la cuestión fuera la falta de claridad en el diagnóstico de la causa de la muerte, no sería necesario especificar el supuesto de intervención quirúrgica. No me queda del todo inteligible el fundamento de esta excepción al derecho.



de la familia respecto a la práctica de la autopsia (salvo los supuestos obligatorios que contempla cualquier legislación)<sup>4</sup>. No obstante, en su § 40, que establece qué preceptos de derecho público se aplican a los hospitales privados, se indica en el numeral (1), inciso b) que se practicarán las autopsias con la salvedad de que sean necesarias por ambigüedades diagnósticas del caso o por intervención quirúrgica<sup>5</sup>. De esta manera, y aparentemente, no extiende la práctica de la misma amparada en el motivo de “proteger otros intereses públicos o científicos”, que sí está presente en el texto original del § 25 (1). Hasta cierto punto, la decisión resulta acertada, dado que refuerza el interés particular con respecto al general, especialmente cuando la norma no es del todo explícita en cuanto a qué incluye ese interés público o científico, quién lo determina o cómo se reclama ante una inconformidad; aspecto que en cierta medida derivó en el daño ocasionado a la actora (por la demora en obtener una respuesta y la imposibilidad de objetarlo).

La Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg* establece en su § 12 (2), la necesidad de que exista consentimiento en vida del difunto o en su defecto autorización escrita por parte de los familiares para poder realizar una autopsia cuando no se dan las excepciones previstas en la norma. En el numeral (1) se recoge la excepción de que exista una orden del ministerio público o del alcalde a fin de aclarar la causa de la muerte; y en el (3) se plantea que la muerte haya ocurrido en hospitales y sea necesario para proteger otros intereses públicos o científicos (y vuelve a hacer las mismas salvedades que ya vienen contenidas en el § 25 de la Ley Federal de Hospitales).

Por otra parte, el numeral 2 del § 3 de la Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg* reconoce el derecho de los familiares a encargarse del entierro (en ausencia de voluntad en contrario del difunto), o ejecutar otros arreglos y dar su consentimiento por escrito para aquellos casos que no se encuentran como excepciones en la Ley, como es el caso de la práctica de la autopsia. Asimismo, el §12 (2) hace referencia a este y confirma que debe haber un consentimiento por escrito de los familiares. Del mismo modo, el § 3 (6) enumera a los parientes, el orden de prelación entre ellos y la jerarquía entre aquellos de igual grado ante puntos de vista discrepantes (este catálogo incluye a los ascendientes, que en el caso que nos ocupa serían los padres).

Como se muestra en el § 3, la persona tiene derecho a disponer el destino final del cadáver en primer lugar; en su defecto, los familiares tienen derecho y obligación de hacerlo, tal como se confirma en el numeral 6 al establecer que los derechos mencionados en los numerales (1), (2) y (3) solo corresponden a ellos.

4 Así lo establece el § 39 (2) de la Ley Federal de Hospitales.

5 Es oportuno señalar que, en la versión original de la Ley federal de Hospitales de 1957, en su § 40 (1), pero inciso c), si se establecía que la autopsia solo se podía practicar en hospitales privados si existía consentimiento del pariente más cercano, limitando así mucho más la esfera de actuación pública.

El Estado tiene la potestad de intervenir en relación con los muertos, cuando sea necesario, por cuestiones de necesidad (interés docente o científico, dudas respecto a las causas de la muerte, investigaciones policiales o judiciales de orden civil), o cuando constituya una obligación vinculada con el deber de piedad con relación a los muertos (necesidad de conferir digna sepultura). En lo que respecta a la potestad de ordenar la autopsia clínica, parece que puede estar reglada o dejar cierto margen a la discrecionalidad. Este margen de discrecionalidad que se confiere en el ámbito clínico, fue lo que llevó al TEDH a declarar con lugar la demanda, pues esa posibilidad de escoger uno u otro camino debe, al menos en sede de derecho de disposición sobre el cadáver, estar guiada por el respeto a la dignidad humana. Y obliga a realizar una aguda ponderación de los intereses en juego (cuestión que estuvo ausente).

Además, al consultar la Ley de Hospitales del *Land* de *Vorarlberg*, en lo que concierne a las autopsias, su § 50 hace referencia a la Ley de Funerales, ya mencionada, ratificándola como la norma que rige esta materia<sup>6</sup>.

Por lo tanto, tenemos en el presente caso una situación en la que existen dos sujetos con posible aptitud para pronunciarse sobre la realización o no de la autopsia. Por un lado, los padres, quienes, sin duda, tienen derecho a disponer del cadáver de su hijo fallecido y cuya autorización por escrito es necesaria para practicar una autopsia clínica cuando no exista necesidad de proteger intereses públicos o científicos. Por otro lado, está la institución hospitalaria, cuyo personal médico tiene la capacidad de decidir la realización de una autopsia cuando sea necesaria para proteger dichos intereses (entre los que se encuentran la incertidumbre diagnóstica o que se haya llevado a cabo una intervención quirúrgica). Una vez que nos adentremos más en estas líneas, analizaremos si existe una verdadera contradicción de intereses entre estas figuras y si el Tribunal actuó correctamente al resolverla. También tendremos en cuenta si es posible debatir sobre la existencia de un mejor derecho.

#### **IV. A PROPÓSITO DE LA UTILIZACIÓN DE LOS ARTS. 8 Y 9 DE LA CEDH COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.**

La actora, en su argumentación, considera que el haber realizado la autopsia sin su consentimiento constituye una violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar y de su derecho a la libertad de religión; además de que, a su juicio, los Tribunales de Austria no habían realizado una debida evaluación de los intereses en conflicto.

<sup>6</sup> Versión consolidada de 16 de enero de 2023.

El art. 8 del CEDH, reconoce, en su apartado 1, el derecho al respeto de la vida privada y familiar; y en su apartado segundo, limita la injerencia de la autoridad pública y la constriñe a los siguientes supuestos: “[...]excepto cuando sea conforme a la ley y sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención del desorden o del delito, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Y el art. 9 del CEDH, apartado primero, reconoce la libertad de religión y especifica que la misma incluye la libertad de cambiar de religión, así como, la libertad de manifestar solo o en comunidad esta, ya sea en el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia. En su apartado 2 establece límites similares a los dispuestos en el art. 9.

A primera vista, los preceptos en cuestión no se refieren al derecho de disposición sobre el cadáver; sin embargo, de acuerdo con la dogmática seguida en el CEDH, serían los más adecuados para esgrimir dada la forma en que están redactados (con cierto margen de abstracción, susceptibles de ser enriquecidos por la labor jurisprudencial de la Corte) y de esta manera ofrecer una protección indirecta<sup>7</sup>. En este contexto, es interesante analizar los argumentos presentados por el Tribunal al establecer la aplicabilidad de cada uno de esos artículos, así como la jurisprudencia que ha seguido.

A mi juicio, en el presente caso, todo se deriva del hecho de que se ha vulnerado el derecho de la persona a disponer el destino final del cadáver de su hijo, con el consiguiente daño moral y las consecuencias que tuvo en términos de frustrar la posibilidad de manifestar su religión de una manera determinada (mediante la práctica del ritual funerario). Lo que se encuentra en cuestión es determinar quién posea un mejor derecho para disponer y, en segundo lugar, si ostentando esa mejor condición, podría haber actuado de esa forma. Dicho de otro modo, si el demandado hubiera sido titular de una situación de poder de mejor calidad, no habría existido una intromisión ilegítima en la vida privada y familiar. Por el contrario, si a pesar de estar en mejor situación de poder jurídico, hubiera incumplido determinados deberes éticos y legales, si existiría una violación.

7 En este sentido, en el caso *Sargasyan* contra Azerbaiyán, la Corte recuerda además que el concepto de “vida privada” es amplio, no susceptible de una definición exhaustiva, que comprende en particular el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. Vid. STEDH 16 junio 2015 (JUR 2015, 156018). En *Petrova* contra Letonia, reitera que los conceptos de vida privada y familiar son términos generales no susceptibles de una definición exhaustiva. Vid. STEDH 24 junio 2014 (TEDH 2014, 43). En *Elli Poluha Dödsbo* contra Suecia, se pronuncia de igual manera. Vid. STEDH 17 enero 2006 (TEDH 2006, 8). También pueden consultarse en este sentido *Hadri-Vionnet* contra Suiza, STEDH 14 febrero 2008 (TEDH 2008, 12) y *Sabançiyeva* y otros contra Rusia, STEDH 6 junio 2013 (JUR 2013, 177182).

Por otra parte, la posibilidad de realizar el ritual funerario conforme lo determine la persona o la familia, constituye una manifestación del ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver. Aunque el derecho a mostrar las creencias religiosas mediante una práctica funeraria es un añadido que acompaña al ejercicio del derecho, que lo acota y cuya frustración puede ser invocada para fundamentar el daño moral causado, no es el derecho en sí mismo. En el caso en concreto, si la práctica de la autopsia hubiera sido legítima, y se les hubiera comunicado en qué estado se encontraba el cadáver en relación con los fines perseguidos, ellos no habrían podido practicar el ritual funerario de la manera que tenían prevista y estarían obligados a velarlo de otra forma o desistir de ello.

En cambio, si no hubiesen tenido conocimiento del alcance de la autopsia (como de hecho ocurrió) y esta hubiera sido legítima, si existiría la posibilidad de reclamar el daño moral causado, no por violación del derecho de disposición sobre el cadáver, sino por la vergüenza a la que fueron expuestos y encontrarse el cadáver en unas condiciones que imposibilitaban la realización de la ceremonia religiosa. En el caso controvertido se plantean dos cuestiones, una, la indebida práctica de la autopsia, y otra, la frustración del ritual funerario de carácter religioso como consecuencia de una práctica indebida y de la falta de información respecto al alcance de esta. Aunque el derecho a realizar el velatorio no fue violado (puesto que ellos crearon las condiciones y lo organizaron conforme a lo que tenían previsto), sí se vio afectada la posibilidad de hacerlo de una determinada manera y, por ende, se frustró el derecho a manifestar su religión mediante ese acto, lo cual sí deriva de una intromisión ilegítima en la esfera privada y familiar (como apuntaré más adelante). Aquí, ellos expresaron sus creencias, pero el ritual se vio malogrado.

El derecho a disponer sobre el cuerpo humano muerto supone cierta complejidad en cuanto a su ejercicio, que está marcada por los sentimientos, las costumbres y las creencias religiosas, aunque estas no sean el derecho en sí, guardan relación con él. La norma establece una posibilidad de actuación en tanto figura general, que se va concretando y llenando de contenido y matices en dependencia de las costumbres del lugar, de la familia, de sus creencias religiosas o de su cosmovisión particular del final de la vida.

La Corte observa que el alcance del art. 8 del CEDH se refiere, principalmente, a las relaciones entre seres humanos vivos. No obstante, no se puede descartar la posibilidad de que se extienda a ciertas situaciones tras la muerte. Y cita como ejemplo de su jurisprudencia el caso de *Jones contra Reino Unido* de 13 de septiembre de 2005, que se refiere a la negativa de las autoridades a permitir que el demandante colocara una lápida con una fotografía en la tumba de su hija.

También podemos traer a colación como muestra del criterio seguido por la Corte, el asunto de *Elli Poluha Dödsbo* contra Suecia (STEDH 17 enero 2006), en la que se considera que el rechazo a autorizar el traslado de la urna que contenía las cenizas del esposo de la demandante es una cuestión dentro del ámbito de aplicación del art. 8<sup>8</sup>. En *Hadri-Vionnet* contra Suiza, (STEDH 14 febrero 2008), relativa al entierro por parte de las autoridades del niño nacido muerto de la demandante, se considera que el art. 8 es aplicable y que se ha violado el derecho de esta a asistir al entierro de su hijo, a la ceremonia y de ver sus restos mortales trasladados en un vehículo apropiado<sup>9</sup>.

En un caso más reciente, en *Sabanchiyeva* y otros contra Rusia, (STEDH 6 junio 2013), en el que las autoridades se negaron a devolver los cuerpos de sus familiares a los solicitantes y ordenaron su entierro en un lugar desconocido, se sostuvo que, habiendo privado así a los solicitantes de la posibilidad de conocer la ubicación de la tumba de sus difuntos y de poder ir allí posteriormente, dichas autoridades habían interferido en su vida privada y familiar<sup>10</sup>. De manera similar, en el caso de *Dzintra Elberte* contra Letonia, (STEDH 13 enero 2015), se cita a *Pannullo y Forte* contra Francia "(n.º 37794/97, § 36, ECHR 2001-X)", en el que el Tribunal consideró que la excesiva demora de las autoridades francesas en devolver el cuerpo de su hijo tras la autopsia era una injerencia con la vida privada y familiar de los solicitantes<sup>11</sup>. En el caso *Petrova* contra Letonia, (STEDH 24 junio 2014), reconoció que la extracción de órganos o tejidos de un familiar fallecido sin consentimiento entraba dentro del ámbito de la "vida privada" de los familiares supervivientes<sup>12</sup>. De la misma manera, en el caso de *Dzintra Elberte* contra Letonia, (STEDH 13 enero 2015), el Tribunal considera que se ha violado el art. 8 al extraerse parte del tejido del cadáver del esposo de la demandante y enviarlo a una empresa en Alemania para modificarlo en bio-implantes, con la intención de enviarlo de vuelta a Letonia para su trasplante, todo esto sin el consentimiento de la esposa<sup>13</sup>.

En último término, en el asunto *Solska y Rybicka* contra Polonia, (STEDH 20 septiembre 2018), estima que la exhumación de los restos de los difuntos maridos de las demandantes, realizada a pesar de las objeciones de las demandantes, podría ser considerada como una injerencia en su esfera relacional de tal modo y en tal grado que revele una interferencia con su derecho al respeto de su vida privada y familiar<sup>14</sup>.

8 Vid. STEDH 17 enero (TEDH 2006, 8).

9 Vid. STEDH 14 febrero 2008 (TEDH 2008, 12).

10 Vid. STEDH 6 junio 2013 (JUR 2013, 177182).

11 Vid. STEDH 13 enero 2015 (JUR 2015, 9783).

12 Vid. STEDH 24 junio 2014 (TEDH 2014, 43).

13 Vid. STEDH 13 enero 2015 (JUR 2015, 9783).

14 Vid. STEDH 20 septiembre 2018 (JUR 2018, 259469).

El Tribunal de Estrasburgo, teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida por la sala y la falta de oposición por parte del gobierno en cuanto a la aplicabilidad del art. 8 del CEDH, consideró que la denuncia presentada por la demandante y su esposo en lo que se refiere a la realización de la autopsia sin su consentimiento está comprendida en el alcance de este artículo. De la misma manera, estimó que esto afecta su esfera social de tal manera y en tal grado que revela una interferencia con su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

En cuanto a la aplicabilidad del art. 9 del CEDH, la Corte reitera que la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de una sociedad democrática. Y considera que la libertad religiosa es, ante todo, una cuestión de conciencia individual; pero también implica, entre otras cosas, la libertad de practicar la propia religión en solitario y en privado, o en comunidad con otros, en público y dentro del círculo de aquellos cuya fe se comparte. Y sentencia que constituye jurisprudencia sentada por el Tribunal que la manera de enterrar a los muertos representa un aspecto esencial de la práctica religiosa y está incluida en el derecho a manifestar la propia religión en el sentido del art. 9.

En el caso de *Izzettin Dogan y otros contra Turquía* (STEDH 26 abril 2016), la Corte concluyó que las actividades de las comunidades religiosas se rigen por reglas que a menudo son vistas por sus seguidores como de origen divino. Las ceremonias religiosas tienen un significado y valor sagrado para los creyentes si han sido conducidas por ministros capacitados para ello, en cumplimiento de dichas normas. La participación en la vida de la comunidad es, por tanto, una expresión específica de su religión, que en sí misma goza de protección en virtud del precepto mencionado<sup>15</sup>.

En *Johannische Kirche y Horst Peters contra Alemania*, (STEDH 10 julio 2001), recuerda que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los pilares de una sociedad democrática en el sentido del Convenio. Y que la libertad religiosa depende ante todo del fuero interno, pero también implica la libertad de manifestar la religión de forma individual y privada, o bien de forma colectiva y pública, entre aquellos que comparten la fe. Y añade, que las decisiones en litigio de las autoridades alemanas pueden considerarse una restricción al derecho de manifestar su religión, en el sentido del art. 9.2 del Convenio, en la medida en que la forma de enterrar a los muertos y acondicionar los cementerios representa un elemento esencial de la práctica religiosa de la primera demandante y de sus miembros<sup>16</sup>. De manera análoga, pero en otro contexto, en el caso *Chaare Shalom Ve Tsedek contra Francia*, (STEDH 27 junio 2000), la Corte estimó que, dado que el sacrificio ritual se basa en un derecho garantizado por el Convenio, es decir, el

<sup>15</sup> Vid. STEDH 26 abril 2016 (JUR 2016, 84992).

<sup>16</sup> Vid. STEDH 10 julio 2001 (JUR 2011, 154593).

derecho a practicar su religión mediante el cumplimiento de sus ritos, la asociación demandante puede invocar el art. 9 del Convenio en relación con la negativa de las autoridades francesas de conceder la autorización correspondiente<sup>17</sup>.

A tono con esta línea jurisprudencial, el Tribunal dictaminó en el caso que comentamos, que el hecho de que la demandante enterrara a su hijo de acuerdo con sus creencias musulmanas, que requerían que el cuerpo permaneciera ileso, fue una manifestación de su religión y es aplicable a la denuncia de que se le había impedido hacerlo de acuerdo con ellas, ya que afirmó que la autopsia se había realizado en contra de sus convicciones religiosas. Además, aprecia que la necropsia realizada en el cuerpo del hijo de la demandante en contra de su voluntad y en contra de sus convicciones religiosas declaradas constituyó una injerencia en su vida privada y familiar en el sentido del art. 8, así como de su derecho a manifestar su religión en virtud del art. 9, ambos del CEDH.

A partir de lo expuesto hasta este momento, parece ser evidente que, aunque los preceptos mencionados no se refieran explícitamente al derecho de disposición sobre el cadáver, permiten protegerlo en cierta medida. Sin embargo, resulta curioso que la Corte en ninguna de sus sentencias lo haya reconocido por su nombre, ni haya contribuido a crear una figura abstracta omnicomprendiva de las distintas facetas que lo componen. De su lectura, se alcanza llegar a pensar que se trata de derechos diferentes. La máxima aproximación a un enunciado general que se encuentra es, cuando la Corte, en algunas de sus resoluciones, hace referencia a “la forma de enterrar a los muertos”. Y se podría interpretar esta denominación con alcance general, en el sentido de que incluye cualquier acto de disposición sobre el cuerpo, que se utiliza por ser una categoría más aceptada por la costumbre y más accesible al uso diario (teniendo en cuenta que este tema está muy arraigado a la cultura y costumbres de los pueblos)<sup>18</sup>.

En cambio, también pudiera entenderse, que el derecho a enterrar a los muertos se refiere a la posibilidad de inhumar, realizar previamente el velatorio o renunciar a él, más que a una categoría que agrupe todas las posibilidades de actuación sobre el cuerpo de una persona fallecida. Aunque, en algunas de sus sentencias, el fallo se corresponde también con disposiciones relacionadas con el

17 Vid. STEDH 27 junio 2000 (TEDH 2000, 144).

18 Al respecto del derecho a enterrar a los muertos, resulta interesante ver, como la legislación austriaca peca de una actitud similar. En la Ley de Funerales del *Land de Vorarlberg*, se recoge como tipo de entierros la inhumación propiamente dicha y la cremación, § 23 (1). Es importante señalar que en Austria la cremación termina como regla general con el depósito de las cenizas en una urna con la finalidad de enterrarla. La posibilidad de esparcir las cenizas parece no estar aceptada. Esto pudiera apoyar la tesis de que el Tribunal de Estrasburgo entiende “el derecho a enterrar a los muertos” como un derecho más amplio. Habría que valorar si admite incluir otras posibilidades de actuación, más allá de la cremación. Por otra parte, la mencionada Ley, titula a su § 3 “Disposición del Cadáver”, e incluye en los párrafos que la conforman diferentes posibilidades de actuación, a las que denomina derechos, que quizás no sea la técnica jurídica más depurada, pero permite fundamentar cierta abstracción de la figura.

traslado de las cenizas. No obstante, la Corte se queda corta y desaprovecha la oportunidad de construir la figura desde la abstracción, especialmente cuando es reconocida por diferentes legislaciones con tal amplitud y ya ha sido consagrada por la doctrina<sup>19</sup>. Si bien, al menos, nos queda el consuelo de que existe una vía de tutela.

## V. INTERESES PÚBLICOS O CIENTÍFICO VS DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER. ¿ES NECESARIO OBSERVAR UNA ALTA CONDUCTA BIOÉTICA SOBRE LA BASE DEL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA CON PREFERENCIA AL PROGRESO DE LA CIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD?

El derecho a disponer sobre el cadáver, al igual que cualquier otro derecho, tiene límites que conforman su contenido y lo configuran. En lo que respecta a las autopsias, es habitual encontrar en las diferentes legislaciones la defensa de intereses superiores a la hora de argumentar la obligatoriedad o necesidad de su práctica. Ya sea amparado en razones médico-legales, vinculadas con una investigación criminal o dispuestas por la autoridad judicial, o por motivos de interés docente o científico (estas serían las conocidas como autopsias clínicas y

19 Al respecto DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 335, son partidarios de considerar estos actos dispositivos como un derecho subjetivo personalísimo y comentan que "Sobre su cadáver, la persona posee un poder de disposición en orden a establecer tal destino. Por ejemplo, inhumación, incineración, etc. Es admisible igualmente destinar el propio cadáver a fines científicos o didácticos, siempre que se respeten las exigencias del orden público o que el destino establecido resulte conforme con las buenas costumbres y no repudiado por la conciencia social". También CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 414, es defensor de la corriente personalista, luego, nos explica que "En suma: hay un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos; ese derecho cuando se ejercita excluye el de los parientes, no requiere la manifestación por acto solemne testamentario, es unilateral y revocable, y solo se admite cuando no depende de contraprestaciones en dinero, es decir, cuando no es oneroso". De igual manera LASARTE, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, T-I, Marcial Pons, Madrid, 2021, p.p. 162-164, al hablar sobre los trasplantes de órganos *postmortem* los ubica dentro de los derechos de la personalidad que guardan relación con la integridad física. Del mismo modo ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 346-347, lo ubica dentro de aquellos que guardan relación con la integridad física y argumenta que "Muerta la persona no puede ya hablarse de derechos de la misma, y su cadáver pasa a ser algo cuya naturaleza examinaré oportunamente. Sin embargo, cabe preguntar si el interesado tiene en vida un derecho de la personalidad que le permita disponer para el futuro del propio cadáver entero o de partes del mismo. La respuesta es que sí, pero la disposición no puede exceder de los límites que autoricen la ley, la moral y las buenas costumbres". Y añade, "Normalmente se refiere a los funerales o a la forma y lugar de sepultar el cadáver; pero también se puede destinar éste a otros fines (científicos, didácticos, etc.)". También incluye la extracción de órganos como parte del derecho. Asimismo, resultan interesantes las reflexiones brindadas por CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J.: "La Persona, el estado civil y el registro civil (I)", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado I. Personas* (coord. por J. J. CASTIELLA RODRÍGUEZ), Civitas, Navarra, 2016, p. 151, cuando expresa "Aunque la muerte extingue la personalidad, el Ordenamiento jurídico sigue protegiendo la voluntad manifestada del fallecido, por medio del testamento u otra forma válida de disposición mortis causa, en orden a lo que deba hacerse tanto con su patrimonio, convertido en herencia; así como la voluntad manifestada del fallecido, por medio de las llamadas -voluntades anticipadas-, en orden a lo que deba hacerse con su cuerpo, convertido en cadáver". Más recientemente PIZARRO MORENO, E.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona* (coord. por F. OLIVA BLÁZQUEZ y L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 105-106, ubican los trasplantes de órganos dentro del derecho a la integridad física, pero no hablan de un derecho de disposición sobre el cadáver. Aunque a mi entender el mismo se encuentra implícito.



que se corresponden con el caso que comentamos). Estas últimas, a mi modo de ver, suscitan una mayor repercusión ética y son susceptibles de causar un daño a los titulares de los derechos sobre el cadáver, puesto que generalmente su práctica está teñida de zonas grises, y se tiende a dar preeminencia al interés del desarrollo científico vinculado a la medicina en detrimento de los derechos individuales.

Las normas que regulan este tipo de proceder no siempre son claras al establecer la necesidad de realizar una autopsia en el marco hospitalario, ya sea porque no se consagre expresamente el deber de informar su práctica y recabar el consentimiento de los familiares<sup>20</sup>, o porque la Ley establezca un margen de discrecionalidad, en el que el médico a cargo, pueda determinar cuándo es necesario para salvaguardar esos intereses públicos o científicos superiores (muchas veces sin acotar estos)<sup>21</sup>.

En Austria, contamos con la particularidad de que existe una cultura (consagrada legislativamente) que respeta la importancia de la ciencia, la necesidad de su desarrollo y la libertad de la enseñanza y la adquisición de conocimientos. La autopsia clínica es un método idóneo para el adelanto de los conocimientos en el campo de la medicina, el desarrollo de la misma y la protección de la salud pública (con una perspectiva preventiva)<sup>22</sup>. Para mi gusto, se consagra la defensa de la libertad del conocimiento científico por encima de algunos derechos individuales, limitando más allá de lo habitual su contenido esencial (al menos eso sucede en

20 Es muy común encontrar referencias de este tipo en las legislaciones: “se practicará si no existe oposición de los familiares”, pero sin establecer un deber previo de informar que se realizará.

21 Ambas cuestiones se tornan más peligrosas en cuanto a su potencial para ocasionar un daño, en el supuesto de que se establezca la práctica de necropsias como indicador de excelencia de la calidad y el prestigio de la institución hospitalaria (con el fin noble de potenciar el desarrollo de la medicina), pero, en muchos casos solapa el simple hecho de satisfacer la curiosidad científica del médico (a veces fundada, y otras, dada su incompetencia), en detrimento del respeto a los derechos humanos, con un marcado carácter utilitarista. Aquí acontece también que los profesionales en el ámbito hospitalario se dejen llevar por las presiones de sus superiores a la hora de mantener ese índice de excelencia; o que en otras ocasiones queden cegados por el ego de ratificar un diagnóstico y anotarse un punto más a favor de su carrera profesional. Y con ello abusan del poder que les otorga la norma, cercenan un derecho privado por la supuesta defensa de un bien superior, que en el fondo está disfrazando un interés particular del profesional. De igual manera, puede acontecer que en el esquema de valores del médico, no sea valioso o se considere como algo menor o insignificante, el respeto al derecho de una persona a que no se afecte la integridad física de su cadáver, pues en su fuero interno, es más importante el saber que el ser (si ya está muerto, que daño le puede hacer o qué son las creencias religiosas para oponerse a un interés científico). Punto de vista, a mi modo de ver cuestionable, y que obvia la complejidad de la vida en sociedad y la necesidad del respeto a la espiritualidad, costumbres y creencias que la conforman, la nutren y la hacen diversa.

22 Según refiere el Tribunal en su sentencia, antes de la aprobación de la Ley de Hospitales, la Ley de Autopsias tenía una larga tradición en Austria. Desde 1867, se percibe como una parte integral de la libertad de ciencia garantizada constitucionalmente. El lema “*mors auxilium vitae*” no solo adorna muchos edificios que albergan departamentos universitarios de anatomía y patología, sino que expresa un concepto de larga data de la importancia primordial de los intereses públicos en la ciencia y la atención médica al excluir los derechos de las personas a oponerse a una autopsia, al menos si se realiza en un hospital público y cita al respecto el trabajo de Kopetzki, C. *Obduktionen im wissenschaftlichen Interesse: Rechtlicher Rahmen und verfassungsrechtliche Grenzen*, en Kopetzki/Körner (ed.), *Leichenöffnung für wissenschaftliche Zwecke (2021)*, pág. 88). La Corte destaca las alegaciones del Gobierno en el sentido de justificar que el avance de la medicina moderna ha sido posible en parte gracias a los exámenes *post mortem* que establecen la causa de la muerte y contribuyen a la prevención de enfermedades y dolencias así descubiertas en los que aún están vivos.

el caso que nos ocupa), pero se da margen, como veremos, para actuar de forma discrecional y con la posibilidad de valorar en determinados casos. Esta situación de poder-deber, tiene que estar complementada con una correcta actitud profesional, y por un apego al deber ser y a la ética como guías que permitan tomar una decisión justa, que cause el menor daño posible (porque si esto falla, deriva en un ilícito civil).

El Tribunal dictaminó que el caso en concreto estaba relacionado con la regulación de las autopsias en los hospitales públicos y si, en qué situaciones, se debería conceder a los familiares cercanos del difunto el derecho a oponerse a una autopsia por motivos ligados a la vida privada y la religión cuando los intereses de la salud pública estuvieran en juego. Respecto a esto, estoy en desacuerdo, pues el debate estaría más enfocado en determinar, en ese caso, quién se encuentra en mejor posición para decidir si se realiza o no una autopsia, pero, como una faceta del derecho de disposición sobre el cadáver.

La Ley austriaca reconoce el derecho de la persona en vida, o en su defecto, el de los familiares, a oponerse a una autopsia. De manera similar, está regulada la capacidad que posee el personal médico para decidir su ejecución en los supuestos que establece la norma (quedando en estos casos limitados el derecho de la persona o de la familia). Se debía haber evaluado si la situación de necesidad que establece la norma, era suficiente para que la potestad tuviera preeminencia sobre el derecho. Asimismo, era necesario haber profundizado en “qué se considera de interés para la salud pública”. Existe un momento en el que confluyen los derechos y colisionan y se produce una grieta que permite a la familia oponerse al fundamento de la necesidad alegada por el facultativo.

Por otro lado, la oposición a la intervención sobre la integridad física del cuerpo, no se puede mantener basándonos en el fundamento del respeto a la vida privada o familiar, o en el hecho de que se practique o no cierta religión. El derecho a disponer sobre el cadáver existe por sí mismo, se ha construido legislativa y doctrinalmente desde una normativa civil, en lo que respecta a las relaciones de carácter personal que no están vinculadas al patrimonio. Si la oposición hubiera sido formulada por una persona que no pretendía realizar una ceremonia religiosa, sino solo preservar la integridad física del cadáver de su pariente, debería haber sido atendida de igual manera. El punto de partida debe ser a quien le corresponde el derecho, con independencia de que después, sea necesario encuadrarlo en los arts. 8 y 9 del CEDH y, por supuesto, con el añadido de que, en el presente caso, la violación del derecho tiene una repercusión extra en la práctica del ritual funerario con un marcado carácter religioso. Limitarnos a la cuestión de que exista un fundamento religioso sería reforzar una visión totalitaria, en la que el status del

cadáver rozaría con la noción de entenderlo como un bien susceptible de dominio público.

Si me parece oportuno, que el Tribunal considerara que el asunto se relacionaba con cuestiones morales y éticas delicadas y se enfocara en la necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en contienda. Lo anterior, por supuesto, está relacionado con la manera en que se interpreta la norma, cuál es su sentido y cómo se aplica, además del dominio teórico que se tenga sobre la figura objeto de debate. Ambas formas de ver el fenómeno que señalo y la diferente manera de presentarlo ante el Tribunal, conllevarían al mismo resultado, pero considero, que la visión que propongo es más técnica y ayuda mejor a perfilar el derecho vulnerado. Ahora bien, ¿cuál ha sido la ratio legislativa de los argumentos del Tribunal y cómo hubiéramos podido observarlo desde otra óptica?

El § 25 (1) de la Ley General de Hospitales de Austria establece de forma imperativa los supuestos en los que se realizará una autopsia, lo cual supone un límite al derecho de la persona o de los familiares mencionado en el numeral (2) (tanto en su vertiente médico-legal como en su aspecto clínico)<sup>23</sup>. Sin embargo, es importante señalar que, en el caso de la necropsia clínica, al limitar el ejercicio del derecho, se utiliza el adjetivo “necesario”. Y se evalúa esa necesidad para determinar cuándo deben protegerse “otros intereses públicos o científicos” (y señala dos ejemplos que se incluirían dentro de estos: “la falta de claridad diagnóstica o cuando se realiza una operación quirúrgica”).

Con el mismo criterio, la Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg*, que especifica y configura el derecho de disposición sobre el cadáver para ese Estado, se limita a reproducir con una redacción similar, en su § 12 (3), los límites comentados.

A la hora de interpretar este precepto, podríamos plantearnos las siguientes cuestiones: ¿el derecho de los familiares es previo o nace cuando no se cumplen los supuestos previstos en la norma? O, por el contrario, ¿el derecho es previo, pero limitado en una de sus facetas cuando acontecen estos supuestos, dando prioridad a que prevalezca la potestad que se le atribuye a la institución hospitalaria pública<sup>24</sup>?

Me inclino a pensar que el derecho de disposición sobre el cadáver corresponde a la persona en vida y que la posibilidad de actuación que nace en los familiares

23 Al respecto el Tribunal observa que la ley austriaca no otorga en todos los casos el derecho a oponerse a un examen *post mortem* de parientes cercanos por motivos religiosos o de otro tipo. Y no ve ninguna razón para cuestionar esta opción legislativa pues los derechos previstos en los art. 8 y 9 no son absolutos y, por lo tanto, no requieren que los Estados contratantes otorguen un derecho absoluto a presentar una objeción al respecto.

24 Fijese que este criterio se apoya en el añadido de que no sería de aplicación el límite del interés científico cuando el fallecimiento tenga lugar en una institución privada, debiendo recabarse siempre el consentimiento, como ya comentamos *supra*.

(ya sea que se considere un derecho o una potestad, según el alcance de cada legislación) se adquiere con idéntico contenido, pero ambos están limitados en una de sus facetas (la que se refiere a decidir sobre la autopsia cuando acontecen algunos de los supuestos tipificados). Luego, cuando el texto emplea la palabra “necesario”, supuesto que da lugar a la práctica de la autopsia, se ampara en la útil que ello resulta para la ciencia; y es necesario determinar el alcance de esos intereses, así como, debe existir la posibilidad de cuestionar esa perentoriedad, y debería ser en un momento previo y no a posteriori (como lamentablemente aconteció en esta historia). Además, esa posibilidad de cuestionar sería parte del contenido del derecho de los familiares a oponerse a la autopsia.

Por lo tanto, llegaría un momento en que se encontrarían en conflicto ambas situaciones de poder, y el médico actuante estaría obligado a fundamentar debidamente su propuesta a fin de explicar la necesidad de realizarla. Este instante, en que colisionan ambos intereses, debe ser justamente ponderado. En caso de ser necesario, los derechos de los familiares estarán limitados, y en caso contrario, prevalecerán y será necesario obtener el consentimiento. Aunque exista un interés científico o una curiosidad, la necesidad que lo acompaña debe tener cierta importancia, ya que su inclusión en la norma responde a la exigencia de proteger ese espacio que está sustraído a lo público (la vida privada y familiar, el derecho civil), y evitar excesos, paternalismos y totalitarismos.

Y aquí radica el juicio de ponderación, yo tengo interés, pero no es imprescindible, debe prevalecer el derecho de los familiares. Tengo interés y es necesario, prevalece mi potestad. Pero, siempre debe existir una comunicación con los familiares, indagar sobre la voluntad del difunto, sus creencias. Creo firmemente en que se debe comunicar y dar la oportunidad de objetar (por lo menos en una sociedad democrática), y nunca actuar de manera automática. Aunque en general los procesos de muerte son apresurados por cuestiones biológicas y naturales, en esta situación, tener cautela y esperar un poco más no afectará el resultado. Aquí, es mucho mejor actuar profilácticamente.

El Tribunal, sin embargo, concluye que la autopsia se realizó de conformidad con el § 25 de la Ley de hospitales y el § 12 (3), de la Ley de Funerales, y que, en los casos de muerte en un hospital público, se llevará a cabo una autopsia -incluso si los familiares cercanos no dan su consentimiento- si es necesario, entre otras cosas, para proteger los intereses científicos u otros intereses públicos. Si no es necesario proteger tales intereses y no se cumplen los otros criterios enumerados en el § 25 de la Ley de Hospitales, la autopsia solo podrá realizarse previa autorización de los familiares más próximos del fallecido. Y añade, que, en consecuencia, la ley no autoriza a las autoridades a practicar autopsias en todos y cada uno de los casos. No obstante, se aprecia que el legislador austriaco ha decidido otorgar

prioridad a los intereses de la ciencia y la salud de los demás por encima de los motivos religiosos u otros tipos de objeciones por parte de los familiares de una persona fallecida en casos de necesidad para proteger la información científica o los intereses públicos, en particular si un caso no está claro desde el punto de vista del diagnóstico.

Esta posición es apoyada por el juez Pastor Vilanova en su voto parcialmente disidente, al indicar que no hay duda de que, de conformidad con la ley aplicable, los médicos austriacos pueden realizar una autopsia sin la autorización de la familia por razones científicas. Y agrega que, los médicos no solo pueden ignorar cualquier objeción explícita de la familia, sino que sus decisiones no pueden ser objeto de ningún examen previo ante un tribunal o cualquier otro organismo independiente.

No estoy conteste con la forma en que el Tribunal interpreta la norma y defiende que puede y debe existir otra perspectiva al respecto. Empero, estoy de acuerdo en que no hay un mecanismo que permita previamente disentir de la decisión médica, sobre todo cuando hay que tener en cuenta otros factores.

Por otra parte, el Tribunal estima que, si existió un interés científico en el caso, pero resalta que el examen *post mortem* debe realizarse únicamente si es necesario para proteger dicho interés, lo que otorga cierto margen de maniobra a los médicos que deben tomar la decisión, inclusive en lo referente al alcance de la intervención necesaria. Por lo tanto, no se descarta la posibilidad de que pueda o deba establecerse un equilibrio entre los derechos e intereses enfrentados.

La Corte también aprecia que, en el caso de la demandante, sus motivos para oponerse a la autopsia del cuerpo de su hijo no fueron tenidos en cuenta por el hospital público. El Tribunal de Apelación, al desestimar la reclamación de daños y perjuicios de la demandante, no tuvo en cuenta la importancia del interés científico en la autopsia frente al interés privado particular de la demandante en tener el cuerpo de su hijo "lo más ileso posible" para el funeral religioso. Aunque la Corte admite la amplia capacidad de apreciación de las autoridades nacionales en estos temas, en el presente caso, no parece que hayan realizado ningún ejercicio de balance entre los intereses enfrentados.

Añade además que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal, el concepto de necesidad implica que la injerencia en cuestión se corresponde con una necesidad social apremiante y, en particular, que es proporcionada al fin legítimo perseguido, teniendo en cuenta el justo equilibrio que debe ser sopesado entre los intereses en competencia relevantes y cita el caso A, B y C contra Irlanda (TEDH 2010, 116).

La Corte, en consecuencia, estimó que el caso requería un ejercicio de ponderación entre, por un lado, la protección de la salud de los otros a través

de la realización del examen *post mortem* y, por el otro, la protección de la salud de la demandante, el derecho al respeto de su vida privada y familiar (art. 8) y su derecho a manifestar su religión (art. 9)<sup>25</sup>. La falta de ponderación del equilibrio llevó a la Corte a declarar con lugar la demanda.

En contraposición al criterio de la Corte, sostengo que la ponderación debe darse entre la necesidad real que representa la práctica de la autopsia para salvaguardar los intereses públicos o científicos y el derecho de los familiares a oponerse a la autopsia. Esto es, si se concede prioridad al derecho de practicar la autopsia sobre el derecho a disponer el destino final del cuerpo; con independencia de que esto pudiera tener consecuencias en el orden religioso o que esté relacionado con la práctica del ritual funerario. Como lo entiendo yo, y he mencionado anteriormente, si la autopsia es necesaria, entonces tiene prioridad la potestad, pero si no es necesaria, entonces tiene prioridad el derecho. No es porque exista una determinada creencia que deba respetarse, sino porque son los titulares del derecho, y el facultativo es solo el titular de la potestad. Como médico, tiene una responsabilidad y no puede actuar de forma subjetiva sino objetivamente; y debe detenerse a reflexionar si lo que quiere hacer realmente cumple con esa ética de mínimos (fruto del consenso social existente en una sociedad democrática), que está plasmada en la norma austriaca.

La postura asumida por el Tribunal Regional de *Feldkirch* (*Landesgericht*) en primera instancia resulta muy valiosa (aunque lamentablemente no fue seguida por las instancias superiores). Como se indica en la sentencia que estamos comentando, el órgano de justicia en cuestión admitió la reclamación de la demandante mediante resolución de 9 de julio de 2012 y señaló que era cierto que el examen *post mortem* había sido necesario para un diagnóstico seguro de *Prune-Belly-Syndrome*, ya que podría haberse confundido con otra enfermedad únicamente basándose en los síntomas. No obstante, un requisito indispensable para llevar a cabo una autopsia a un niño sin el consentimiento de los padres no es solo la existencia de duda diagnóstica, sino también un interés científico legítimo en hacerlo. Y determinó que no había existido un interés científico real en el caso y que la autopsia solo se había llevado a cabo porque los médicos querían satisfacer su curiosidad (*Neugierde befriedigen*) sobre esta enfermedad muy rara. A

25 Al respecto quisiera dejar planteadas algunas ideas. Cuando los médicos esgrimen, en el presente caso, como fundamento de la necesidad de realizar la necropsia, la intención de proteger la salud de la familia que debe prestar el consentimiento (en especial el interés en prevenir situaciones similares en el futuro tanto en futuros embarazos como en las futuras proles de los hijos ya nacidos), está invadiendo un terreno que corresponde ser regido por una ética de máximos y depende de cada grupo familiar decidir hasta donde puede existir una intromisión en su esfera privada (nos guste o no). Existe un margen de libertad que no puede ser ultrajado (por muy legítimo y noble que sea el objetivo perseguido). En cambio, si es loable, si con ello se pretende obtener un consentimiento informado. Por el contrario, cuando se fundamenta la necesidad sobre la base de la protección de la salud de los demás, caemos en un campo de mínimos (aquello que es aceptable y tolerable para la sociedad a la hora de invadir esa esfera), y, por tanto, exigible y deseable que se cumpla.

su debido juicio, eso no había constituido una justificación apropiada para realizar un examen *post mortem* sin obtener antes el consentimiento de los familiares cercanos, de conformidad con el § 25 de la Ley Federal de Hospitales.

Estoy conteste con el planteamiento de que la autopsia se llevó a cabo para satisfacer la curiosidad científica de los médicos, en cambio, no coincido con que fuera necesaria para un diagnóstico seguro del síndrome en cuestión; ni tampoco, en que no existiera interés científico. Al analizar la sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo, se puede apreciar que se conocen las características del *Prune-Belly-Syndrome*, pero no se saben sus causas, aunque existen diversas teorías al respecto. Las características esenciales incluyen, entre otras, piel arrugada sobre el abdomen, falta de musculatura abdominal, malformaciones graves del tracto urinario y testículos no descendidos. Asimismo, pueden presentarse otras anomalías en el cuerpo. Y se puede detectar mediante una ecografía antes del nacimiento si un feto presenta estas características. Los exámenes prenatales realizados en el hospital revelaron que el feto presentaba evidentes signos del síndrome del vientre en ciruela pasa y, por consiguiente, probablemente nacería con una discapacidad. Esto me lleva a afirmar que antes del nacimiento, los médicos ya tenían información importante al respecto, que se pudo haber confirmado fácilmente con un examen clínico al nacer. Asimismo, se especifica en el texto de la sentencia que la causa de la muerte estuvo relacionada con una hemorragia cerebral. En consecuencia, si se conocía qué había causado la muerte.

Es cierto que existían dudas científicas relacionadas con la enfermedad y que el examen patológico podría contribuir a entenderla mejor, pero no es el primer caso, ni consta de los argumentos ofrecidos por el personal médico que dicho examen hubiera arrojado un resultado que marcara una diferencia sustancial respecto a lo que ya se conocía (de hecho no lo arrojó). Luego, en este caso falta la entidad suficiente de la “necesidad”, con capacidad para destruir o debilitar el derecho de los familiares; en cambio, debió procurarse un consentimiento informado y actuarse con apego a la ética y sobre la base del respeto a la dignidad humana.

La relación entre la Bioética y la Ciencia debe establecerse a partir de una adecuada interacción y tener como objetivo principal que todo aquello que es posible en el ámbito científico debe ser algo deseable en el ámbito ético. Aunque resulte valiosa la existencia de una cultura en Austria que promueva el desarrollo científico, esta no puede estar divorciada de los valores que forman parte de lo que se entiende por una sociedad democrática, y quedar vacía de contenido. La norma no es solo norma y el propio Hans Kelsen lo tuvo que reconocer en sus últimos años de vida.

Asimismo, debemos tener en cuenta que Austria es signataria del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, una norma de carácter internacional, que al

ser suscrita se convierte en parte de su derecho interno. Y el art. 2 de dicho texto, consagra el principio de que el ser humano está por encima del interés exclusivo de la sociedad y de la ciencia. Asimismo, también son signatarios de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, de 19 de octubre de 2005, que aunque no cuenta con la misma fuerza normativa, sí establece un deber ser por parte de los Estados que la aprobaron. Esta, en su art. 3 apartado 1 instituye como principio rector el respeto a la dignidad humana. Y en su apartado 2 prescribe que los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad. Las normas mencionadas deben complementar la regulación vigente en cuanto a la necesidad de practicar la autopsia clínica, y deben ser la guía que oriente la actuación del médico a la hora de evaluar si es necesario practicarla.

Igualmente, siendo de carácter imperativo, los art. 8 y 9 del CEDH (apartado 2), solo admiten la injerencia en la vida privada y familiar; así como en la manifestación de las creencias religiosas, cuando estas sean absolutamente necesarias en una sociedad democrática. Luego, no se ha demostrado la necesidad, la intervención es, por lo tanto, ilegal.

La aplicación del § 25 (2) sin las guías contenidas en las normas citadas anteriormente, redundaría en una postura paternalista y totalitaria; donde la individualidad queda despojada de su singularidad. Aunque había dudas, se podía conocer la causa de la muerte sin necesidad de practicar necropsia.

## **VI. EL DERECHO A DISPONER SOBRE LA REALIZACIÓN DE LA AUTOPSIA Y SU CONTENIDO.**

Otro aspecto de especial interés que presenta la sentencia que comentamos es lo referente a determinar el contenido del derecho en su faceta de autopsia. Ello salta a la luz a partir de dos cuestiones que acontecieron en el caso y que derivaron en un correspondiente daño moral a la demandante y a su esposo (omisión de proporcionar información suficiente sobre el alcance de la autopsia y respecto al paradero de los órganos extirpados, además de demorarse injustificadamente en devolverlos). Por un lado, debemos evaluar si existe un derecho a solicitar información en relación con una autopsia, a quién pertenece ese derecho, y si eso implica una deber de actuar por parte del personal médico, o si solo corresponde actuar a petición de los familiares, así como cuál es su alcance. Por otro lado, es necesario determinar el derecho que recae sobre los órganos y tejidos que se extraen de un cadáver en estos supuestos, así como a quiénes pertenecen estos y cuál sería su posible destino.

Como ya indicamos, el derecho de disposición sobre el cadáver, comprende facultades tendentes a actuar tanto en el orden dispositivo como en el tuitivo. Las



primeras se dirigen a determinar el destino final del cadáver como un todo o de sus partes, mientras que las segundas tienen por objeto proteger el ejercicio de las primeras (ya sea con medidas profilácticas o indemnizatorias u otras tendentes a encauzar el fin perseguido).

Considero que el derecho de disposición sobre el cadáver es un derecho de carácter unitario, con diversas manifestaciones, entre las cuales se encuentra la práctica de la autopsia, que es la que nos ocupa. Por otro lado, estaría la disposición de las partes, en este caso, los órganos que fueron extraídos del cuerpo. En relación con lo anterior, cabría evaluar si el derecho a solicitar información formaría parte de la manifestación referente a la práctica de la autopsia, y, por otro lado, cuál es el tipo de titularidad que existe sobre los órganos ablacionados al practicarla.

El § 5a de la Ley Federal de Hospitales de Austria, establece en los numerales (1.1) y (1.2), el derecho de los pacientes a estar informados de sus derechos y a tener acceso a su historial médico. El (1.2) se refiere más al acceso a la información con el fin de tomar decisiones sobre las diferentes opciones de tratamiento. Y en el (3.3), se espera que el médico, a petición del paciente, ofrezca la información de la forma más comprensible y amable posible.

Por otro lado, la Ley de Hospitales del *Land* de *Voralberg*, en su § 30 (2), contempla en sus incisos a), d) y m), posibilidades de actuación similares a las establecidas en la Ley Federal. Es correcto que se trate de preceptos que están establecidos para los vivos, pero esto no es una razón suficiente para considerar que no exista un deber respecto a la posibilidad de informar sobre los resultados de una autopsia. Es cierto también, que la condición de paciente finaliza con la muerte, pero ello no significa que el acceso a la información y a su historia clínica no pueda tener lugar por aquellos sujetos legitimados para disponer sobre su cadáver<sup>26</sup>.

Asimismo, al examinar el § 25 (2), de la Ley Federal de Hospitales, queda claro que establece el derecho de los familiares de solicitar la realización de una autopsia, lo cual nos lleva a preguntarnos: ¿con qué objetivo?, pues con el de obtener noticias de interés sobre el fallecimiento o cualquier enfermedad o dolencia que hubiera padecido el difunto<sup>27</sup>. La norma no establece de forma explícita una obligación

26 En sentido contrario, según refiere el Tribunal de Estrasburgo, la Corte Suprema de Austria, sostuvo que las leyes relativas al derecho del paciente a la información no eran directamente aplicables, ya que se referían al trato de los vivos y tenían por objeto permitir que los pacientes tomaran decisiones informadas con respecto a su propia salud. Además, explican que el gobierno en sus alegatos afirmó que el deber de los médicos de proporcionar información y explicaciones a los familiares de una persona fallecida se derivaba *mutatis mutandis* del § 5a de la Ley de hospitales, pero no se aplicaba en la misma medida que se aplicaba a los vivos.

27 En ese sentido, la Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg*, § 12 (2), establece el derecho de los familiares de solicitar una autopsia. El mismo guarda relación con el § 3 (3); que permite dejar el cadáver en la institución médica para conocer las causas de la muerte u otras cuestiones de interés.

del médico de proporcionar información en este supuesto, pero se deduce de la misma lógica del proceder, ya que sería absurdo que solo quedara registrada en un expediente médico. Por otra parte, el numeral (3) del citado párrafo establece la obligación de llevar un historial médico de cada autopsia practicada (de acuerdo con el protocolo descrito en el § 10 (1), apartado (3). Asimismo, en el (1), apartado (1) del § 10, se reconoce el derecho de los pacientes a obtener acceso a su historial médico y a hacer copias de él. Y es pertinente cuestionarse qué ocurre con la muerte, ¿desaparece el derecho o se transmite *mortis causa* o surge en los familiares más próximos, en este caso, los titulares del derecho de disposición sobre el cadáver?

El Tribunal observa que, en lo que respecta a si la legislación austriaca establece una norma clara sobre el alcance de la información que debe o no proporcionarse a los familiares cercanos de una persona fallecida respecto de la cual se ha realizado una autopsia, no parece ser positiva la respuesta. El tribunal ha considerado en otros casos que es deber de los Estados contratantes organizar sus servicios y formar a sus agentes de tal manera que puedan cumplir con los requisitos del Convenio. Además, en un área tan personal y delicada como la gestión de la muerte de un familiar cercano, las autoridades deben ejercer un grado de diligencia y prudencia particularmente alto. En el presente caso, la demandante acababa de perder a un hijo y se enfrentaba a una situación en la que no tenía ningún derecho legal a oponerse a que se realizara un examen *post mortem*. Y había notificado al personal del hospital que, de conformidad con sus creencias religiosas, el cuerpo del niño fallecido debía estar lo más intacto posible para la ceremonia de entierro. La Corte, por lo tanto, estima que estas circunstancias específicas son tan delicadas como las del caso *Hadri-Vionnet* (TEDH 2008, 12) y requieren un nivel igualmente alto de cuidado y prudencia por parte del personal del hospital al interactuar con el solicitante. Como la demandante notificó al personal del hospital de sus razones para oponerse a la autopsia, el Tribunal estima que el hospital tenía una mayor obligación de proporcionarle información adecuada sobre lo que se había realizado y lo que sucedería.

Conforme lo expuesto por el Tribunal, nos atrevemos a afirmar que, si bien la norma no indica explícitamente que los familiares tengan derecho a solicitar información sobre el alcance de la autopsia ni menciona el deber del médico en tal sentido, tampoco indica que estos no tengan derecho a acceder al historial médico de su pariente y a obtener información al respecto. Y considero que dicho derecho y el deber de informar debe entenderse aplicable también en sede de autopsias (el informe de autopsia constituye un historial médico según establece la propia norma). Y en última instancia, aunque no exista un deber jurídico explícito, al menos debería existir un deber ético de informar; más aún, cuando se sabe

que su práctica puede derivar en un daño y frustrar el objetivo perseguido por la persona.

Por lo tanto, podemos concluir que el derecho a obtener información en relación con la práctica de la autopsia podría verse como parte de la facultad de autorizarla u oponerse a ella. En vida corresponde a la persona y ante la muerte a los familiares. Además, aunque estuviéramos contestes con lo expuesto por el Tribunal, referente a que en Austria no existe un derecho a oponerse a la autopsia en estos casos; no podemos negar que, aunque esté limitada esa faceta, no afecta ello el derecho de la familia a obtener información sobre su alcance<sup>28</sup>.

En cuanto a la disposición de los órganos y su destino, la práctica de la autopsia puede implicar la extracción de estos para su posterior estudio y la necesidad de decidir qué hacer con ellos una vez terminada la investigación (como fue el caso). Es interesante cuestionarse sobre el destino de esos órganos: ¿qué titularidad recae sobre ellos?, ¿si los médicos pueden disponer de ellos libremente una vez finalizado el estudio?, y ¿si deben retornar a la familia?

La Corte observa, que el Tribunal Supremo sostuvo que no podía ser considerado como de dominio público que todos los órganos son extraídos durante la autopsia de un recién nacido. El Gobierno no debatió que el personal del hospital inicialmente negó haber extraído ningún órgano, pero posteriormente admitió que, de hecho, lo habían hecho. La demandante recibió los órganos de su hijo solo después de que intervino el Defensor del Paciente en dos ocasiones. Esto tampoco fue abordado por el Gobierno.

28 Al respecto es interesante traer a colación el punto de vista del Tribunal Supremo de Austria (según se aprecia de la sentencia comentada), que considera acertada la postura de los médicos al abstenerse de ofrecer explicaciones detalladas a la demandante y su marido sobre el alcance de la autopsia y en especial lo referente a la extracción de órganos, pues consideraba que era algo rutinario extraer los órganos durante la práctica de la autopsia (aunque no era de conocimiento común), pero con dicha ausencia de explicaciones podía ser menos oneroso para los familiares de los fallecidos. A mi modo de ver, dicha interpretación y conducta del personal, denota una actitud marcadamente paternalista que cercena el derecho de la familia y la memoria pretérita del fallecido. El hospital debe contar con el equipo multidisciplinario adecuado, que sea capaz de transmitir ese tipo de información cuando sea requerida, además de que en el caso en cuestión había existido un diálogo entre los familiares y los médicos y se tenía conocimiento de que se iba a realizar un ritual religioso. Al respecto, el Tribunal de Estrasburgo considera, que si bien, la omisión de dar información detallada sería menos gravoso para los familiares puede ser válido en algunas situaciones, pero no tuvo en cuenta la situación específica del caso del solicitante: había dejado en claro que deseaba tener un funeral de acuerdo con sus creencias que requerían que el cuerpo de su hijo permaneciera lo más ileso posible. Los detalles sobre el alcance de la autopsia eran, por tanto, de especial importancia para ella, hecho que había comunicado al hospital en varias ocasiones. Y por tanto el Tribunal estima que, en las circunstancias específicas del presente caso, el hospital tenía el deber de informar a la demandante sobre la extracción de los órganos de su hijo. A lo anterior podemos añadirle que Austria es firmante del Convenio de Oviedo, con fuerza obligatoria para el Estado y sus funcionarios y en consecuencia el art. 10 apartado 2 reconoce el derecho de toda persona a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada. Y en el apartado 3 establece que cualquier limitación que se establezca por Ley a ese derecho debe tener carácter excepcional. Es cierto que hace referencia al paciente, pero creo que ello no implica que el derecho a la información se extinga con el deceso, aunque expresamente no se consagre un deber de informar. Y reitero en ello la aplicación y observancia del art. 3 apartado 1 de la Declaración Universal de Bioética y derechos Humanos: “Se habrá de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

En resumen, el Tribunal estima que el personal del hospital no actuó con la debida diligencia y prudencia frente a la demandante. De igual modo, el Tribunal Regional de *Feldkirch* (como tribunal que examinó el asunto en primera instancia), reconoció que el personal del hospital debería haber informado a los demandantes y a su marido del alcance de la autopsia de su hijo. Esta información era relevante para ellos, especialmente por cuestiones religiosas, dado que era crucial para la planificación del funeral, del que habían notificado al hospital con anticipación.

El Tribunal de Estrasburgo termina por concluir que, en las circunstancias específicas del caso, se produjo una violación del art. 8 del CEDH porque el hospital omitió proporcionar a la demandante la debida información acerca del alcance de la autopsia de su hijo, y de la extracción y paradero de sus órganos.

Aunque el Tribunal estima que se ha violado el art. 8 del CEDH y reconoce la obligación del Hospital de facilitar información y devolver los órganos, no entra a analizar la titularidad sobre los mismos, su destino y el tipo de derecho que recae sobre ellos.

La situación se deriva de la práctica de la autopsia, pero está más relacionada con el derecho que corresponde a la disposición y destino final de partes del cuerpo humano en situaciones de fallecimiento. No se puede suponer que el consentimiento a practicar una autopsia clínica conlleve adquirir la titularidad de los órganos y tejidos de la persona fallecida. Tampoco, podemos referirnos a una propiedad dominical sobre los mismos, sino a una situación de custodia y disposición. Mientras los órganos estén en poder de la Institución Hospitalaria, esta tendrá la custodia de los mismos, en tanto sean necesarios para estudios, y una vez finalizado el proceso deberán ser devueltos a los familiares, ya sea para que sean cremados o inhumados. Si los familiares renuncian a su derecho a recuperarlos, corresponde al hospital determinar su destino final conforme a los procedimientos sanitarios establecidos (muy vinculado con la protección de la salud pública y siempre respetando la dignidad humana).

En consecuencia, al menos en el orden doctrinal, el derecho a determinar el destino de estos órganos conlleva una posibilidad de ejercicio por parte de la familia, que se traduce en un deber por parte de la institución de informar sobre su paradero, tiempo que los tendrán en custodia y deber de entregar, siempre que no exista peligro para la salud pública. En Austria, ni la Ley Federal de Hospitales, ni la Ley de Hospitales del *Land* de *Voralberg* se refieren a los órganos y partes que se extraen de un cadáver y a su destino. La Ley Federal sobre Trasplantes de Órganos tampoco se pronuncia respecto a este particular, solo hace referencia en su § 3 (4), cuando define qué entiende por “disposición”, que será: “el destino final de un órgano cuando no es destinado a trasplante”.

Por su parte, la Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg*, en su § 4, sobre el “Entierro y Eliminación”, hace referencia a la obligación de enterrar y considera que esta se aplica también a las partes del cuerpo humano amputadas que no se eliminen de manera inofensiva. El médico responsable o director médico debe hacer los arreglos necesarios para el entierro o disposición segura de dichas partes del cuerpo. Y, en el numeral (3), estipula que en el caso de aquellos cadáveres que sean dejados con fines de investigación y enseñanza científica o médica, se debe disponer de las partes del cuerpo que ya no resulten necesarias, de manera inofensiva, dentro del marco de la instalación. En mi opinión, cuando existe voluntad en vida de la persona o si los familiares entregan el cadáver a estas instituciones para su estudio, en consecuencia, están transmitiendo su derecho de disposición sobre los órganos; pues la suerte de las partes debe seguir al todo, salvo pronunciamiento en contrario.

En Austria, todo parece indicar que no existe una ley que de forma expresa determine el destino de los órganos cuando se practica la autopsia. Lo lógico es que ese derecho corresponda a la familia y que los mismos sean devueltos a los parientes para su inhumación o incineración, o al menos se ofrezca esa posibilidad, y en caso de renuncia a ello, pueda determinar la institución que hacer con los mismos. No obstante, la legislación debería ser más clara en cuanto al procedimiento para implementarlo, el deber de informar, el deber de devolver, los plazos de tiempo, entre otras cuestiones<sup>29</sup>.

## VII. A PROPÓSITO DEL VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ PASTOR VILANOVA Y LA IMPORTANCIA DE REFORZAR LA IMPLEMENTACIÓN DE UN ENFOQUE PREVENTIVO.

En la sentencia comentada, el juez Pastor Vilanova (secundado por el juez Harutyunyan), contrario al criterio de los demás jueces, considera que sí era procedente examinar el art. 13 de la Convención. La actora invocó dicho precepto como fundamento del daño causado al no contar con un recurso efectivo para oponerse a la autopsia.

Es pertinente reproducir a continuación su contenido: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional,

29 Esta ambigüedad lleva a que en la práctica se produzcan comportamientos similares a los que se describen en la sentencia. En ella se narra que, si bien los peritajes encontraron unánimemente que la autopsia había sido justificada para poder aclarar el diagnóstico, nada en ellos mencionó la necesidad de conservar los órganos por razones científicas o de otro tipo durante varias semanas o meses. Por ello, el Tribunal consideró que, en las circunstancias específicas del caso, donde la demandante había informado al hospital que el cuerpo de su hijo debía permanecer lo más ileso posible para el funeral, era obligación del hospital informar a la demandante sin demora indebida de la extracción y el paradero de los órganos de su hijo.

incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

El texto del precepto parece indicar que la legislación de los Estados miembros debería disponer de mecanismos que permitan presentar una reclamación efectiva contra un daño causado. En apariencia no se refiere a un recurso de carácter preventivo, ya que induce a pensar que el daño debe haberse producido y no basta con la posibilidad de que ocurra. No obstante, en cuanto a la efectividad, es preciso tener en cuenta que en ciertos supuestos y ante determinadas infracciones a los derechos con resultado dañoso, la reparación in natura no es factible y, por ende, la indemnización solo sirve para atenuar el dolor, pero nunca revertir la situación al estado anterior al daño. En el presente caso se llevó a cabo una autopsia, se extrajeron los órganos y se mutiló el cadáver del recién nacido, de tal forma que hizo incompatible la celebración del funeral conforme a la fe musulmana de los padres. Desde esta perspectiva, el recurso no fue efectivo. A esto se le puede sumar la excesiva demora de los procesos judiciales, con el daño agregado que supuso para esa familia hasta obtener esa compensación monetaria, lo que agrava la situación mucho más. Transcurrieron más de 10 años desde que se materializó la intromisión ilegítima hasta obtener el pronunciamiento que hoy estamos comentando y que, en cierta medida compensó la situación.

El juez Vilanova, considera acertadamente, que la sala obvió el debate sobre el fondo de la cuestión planteada respecto al art. 13 e hizo uso de una fórmula común, que es “considerar que el tema ya fue abordado al hablar y dar respuesta a la violación de otros artículos” (en este caso el 8 y el 9 del CEDH); cuando en realidad, si se hubiera pronunciado sobre el fondo, el resultado hubiera sido muy diferente. De acuerdo con este magistrado, esto habría llevado a que la Corte se planteara la necesidad de que Austria aplicara un catálogo de medidas preventivas en futuras modificaciones de su legislación<sup>30</sup>.

De la lectura de los hechos que conforman la demanda no resulta controvertido el particular de que los médicos hicieron uso de la potestad que les confiere la ley y no vacilaron en ponderar los intereses en juego para la familia. No hay ponderación ni posibilidad previa de impugnar esa decisión. Lo cual es sumamente importante en temas en los que la indemnización no permite retornar al estado anterior.

Se plantea aquí, lo concerniente a la importancia de las medidas preventivas en el derecho, y más aún, en lo tocante al derecho a disponer sobre el cadáver. El

30 En este sentido el juez explica que no se trata de una cuestión neutral, ya que la constatación de una violación por parte de la Corte podría obligar a Austria a introducir en su ordenamiento jurídico un recurso (ya sea judicial o no) contra las decisiones unilaterales de los médicos de realizar una operación post mortem en tales casos.

estudio, que de forma somera realiza el juez Vilanova, al citar la línea jurisprudencial que ha seguido el Tribunal Europeo, es muy interesante, ya que ilustra como en un primer momento se consideraba que el art. 13 daba la posibilidad a los Estados miembros de escoger entre remedios preventivos y compensatorios<sup>31</sup>. Mientras que, más recientemente y con mayor claridad, el Tribunal de Estrasburgo ha manifestado su preferencia por la prevención<sup>32</sup>.

Asimismo, Pastor Vilanova señala que el Tribunal no motivó debidamente la no valoración del art. 13 y dicho pronunciamiento atenta contra la jurisprudencia seguida por la Corte, que, si bien hace referencia a las violaciones al art. 8, nada impide trasladarlas a la aplicación del 9<sup>33</sup>. Además, se subraya el criterio reiterado de la sala de que el recurso a que se refiere el art. 13 debe ser eficaz tanto en la práctica como en la Ley. Esto se ha puesto de manifiesto en varias sentencias de la sala, que tienen como hilo conductor la exigencia de un remedio que pueda reparar directamente la situación denunciada, con el fin de evitar el efecto destructivo del hecho consumado<sup>34</sup>. Y es del criterio que ello se aplica claramente al caso que se está examinando, que no fue considerado digno de un examen de fondo por la mayoría. De hecho, dado que no existe un recurso preventivo en la legislación austriaca, el cuerpo del niño fue completamente mutilado, lo que impidió su entierro de acuerdo con los ritos de la religión de su familia. El remedio al que podían acceder fue incapaz de reparar el daño causado.

Debe tenerse en cuenta que, en el presente asunto, la demandante expresó su queja de forma explícita acerca de su falta de posibilidades, en virtud de la legislación interna, de impugnar la realización de la autopsia antes de que esta tuviera lugar. Y añade, no cabe duda de que, según la ley aplicable, los médicos austriacos pueden realizar una autopsia sin la autorización de la familia por razones científicas. Los médicos no solo pueden ignorar cualquier oposición explícita de

31 En este sentido cita el caso *Kudła* contra Polonia (TEDH 2000, 163).

32 En ese sentido se puede ver el caso *Sürmeli* contra Alemania, STEDH 8 junio 2006 (JUR 2006, 177074). En ella la Corte considera que la mejor solución en términos absolutos es indiscutiblemente, como en muchos ámbitos, la prevención. Y añade que cuando el sistema judicial es deficiente con respecto al requisito de plazo razonable en el art. 6 apartado I de la Convención, un recurso diseñado para acelerar los procedimientos para evitar que se prolonguen excesivamente es la solución más eficaz. Y continúa diciendo que tal recurso ofrece una ventaja innegable sobre uno que otorga únicamente compensación, ya que también evita que se determinen violaciones sucesivas con respecto al mismo conjunto de procedimientos y no se limita a reparar el incumplimiento a posteriori, como lo hace uno compensatorio.

33 Y cita los siguientes casos: “*Solska y Rybicka* (JUR 2018, 259469)” en la violación del art. 8 por la ausencia de un recurso judicial preventivo contra la decisión de exhumación por parte del ministerio fiscal. En “*Macready* contra la República Checa (núms. 4824/06 y 15512/08, §§ 47-48, 22 de abril de 2010 (JUR 2010, 121726))” la Corte es del criterio de que si solo existiera la obligación positiva por parte de los Estados de establecer un recurso compensatorio ex post, daría al traste y haría ilusoria la protección contenida en el art. 8 ante determinados supuestos. Y añade que dicha jurisprudencia se reprodujo y amplió en los casos “*Bergmann c. la República Checa* (n.º 8857/08, 27 de octubre de 2011 (JUR 2011, 363672) , § 46)”.

34 Al respecto cita: “*İlhan v. Turkey* [GC] (TEDH 2000, 380) , no. 22277/93, § 97, ECHR 2000 VII”, “*Ramirez Sanchez v. France* [GC] (JUR 2006, 204507) , no. 59450/ 00, § 165, ECHR 2006 IX”, “*Ananyev y otros c. Rusia*, núms. 42525/07 y 60800/08, § 98, 10 de enero de 2012 (JUR 2012, 9280)”, “*De Souza Ribeiro v. France* [GC] (JUR 2012, 394169) , no. 22689/07, § § 83 y 93, ECHR 2012”, y “*Lashmankin and Others v. Russia* , núms. 57818/09 y otros 14, § 345, 7 de febrero de 2017 (JUR 2017, 43005)”.

la familia, sino que sus decisiones no pueden ser objeto de ningún examen previo ante un tribunal o cualquier otro organismo interno independiente.

Las anteriores reflexiones del juez Pastor Vilanova, así como el camino jurisprudencial seguido por la alta Corte, nos conducen a realizar algunas precisiones. En primer lugar, siempre es preferible enfrentarse a los fenómenos antes de que se materialicen, y más aún cuando ello puede ocasionar un posible daño que sea irreparable posteriormente. Esto, por supuesto, sin perjuicio de la obligación de indemnizar, si se demuestra que no existía tal peligro, y que la persona beneficiada con la medida preventiva no le asistía razón.

Estas posibilidades de actuación van a estar encaminadas a prever que el daño no se cristalice, al mismo tiempo que a impedir la reiteración futura de una conducta que ya se concretó en un daño, o su agravación. La primera, busca frenar un acto potencialmente lesivo, actual e inminente, digno de la tutela jurídica. Y la segunda, se dirige a prohibir la realización de conductas similares en un futuro, tomando medidas al respecto, o a evitar el empeoramiento de una situación dañosa.

A la hora de proteger este tipo de derechos en sede procesal, la técnica empleada ha sido la de atribuir de forma expresa la protección de estos a algunos de los procesos modelos o dejar al arbitrio del juez la posibilidad de tutelarlos según la rapidez que requiera la cuestión por alguna de las vías establecidas. No es común encontrarse con un proceso destinado exclusivamente a la protección de los derechos personalísimos o del derecho de disposición sobre el cadáver<sup>35</sup>, y Austria no es la excepción.

En el ámbito de protección del derecho de disposición sobre el cadáver, parece más acertada la idea de que la tutela que a este se le brinde deba ser encauzada con celeridad, y se intente obtener una respuesta rápida ante la violación ocurrida, pues generalmente las lesiones revisten un carácter especial, a tenor de la naturaleza del bien, del derecho lesionado y el dolor que encierra su ejercicio para los familiares.

Se debe tener en cuenta que, la lesión a este, afecta un bien inestimable económicamente, que tiene un sustrato moral, espiritual, que atiende a los sentimientos de dolor, de pena, donde la psiquis de los familiares está afectada

35 La Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente a la sazón hace alusión expresa a los derechos personalísimos, y atribuye su conocimiento al juicio ordinario, así lo prescribe en el art. 249. Por otra parte, el Código Procesal de Argentina provee la posibilidad al Juez de escoger el tipo más adecuado de proceso para la protección de los derechos no valuables económicamente; siempre que no correspondiere juicio especial o proceso sumarísimo. Así lo establece en su art. 319. La línea seguida por este último Código Procesal constituye una solución de vanguardia, que permite brindar una mejor tutela a los derechos personalísimos dentro de los cuales el derecho de disposición sobre el cadáver es una especie; y que de forma general simplifica la norma procesal.



y que acontece en un momento en que su titular ha fallecido. El transcurso del tiempo puede agravar y traer consigo consecuencias mucho peores que los beneficios pretendidos con los procesos tradicionales, imposibilitando brindar una respuesta rauda, pertinente, y eficaz materialmente en muchos supuestos.

Por otra parte, es cierto también que los procesos rápidos, atendiendo a su posibilidad de conocimiento más reducido, pueden atentar contra la verdad material, contra un fallo justo, y ocasionar con ello un daño, pero, es un riesgo que se debe correr en pos de una tutela más dinámica y eficaz del derecho de disposición sobre el cadáver, y por consiguiente de la dignidad humana, que le sirve de soporte.

Todo lo referente a la utilización de medidas cautelares en los diferentes procesos, como mecanismo que garantice la ejecución de la sentencia que en su día se dicte, goza de gran aceptación por la doctrina y es regulado en los diferentes cuerpos procesales civiles foráneos<sup>36</sup>. Ante la existencia de procesos largos y ante el peligro de la ineficacia de la sentencia, se instrumentan medidas, que con anterioridad o posterioridad al proceso y cumpliendo con ciertos y determinados requisitos; tienden a asegurar el objeto de este y el fallo que en su día se dicte.

Como puede apreciarse, aquí se mezclan varias cuestiones de índole procesal: la existencia de un proceso largo que tutela el derecho de disposición sobre el cadáver; la necesidad de respuesta rápida ante violaciones a este, la pertinencia de adoptar medidas preventivas como mecanismo de solución rápida ante la demora; así como la posibilidad de que la Ley Procesal instrumente esas medidas. Lo anterior, sin lugar a dudas, tributa a una tutela más efectiva ante lesiones a la situación jurídica de poder que sobre el cadáver ostentan determinadas personas.

Las medidas de esta índole en el ámbito civil, contribuyen a una mayor protección del derecho de disposición sobre el cadáver, brindando celeridad ante los distendidos plazos de la maquinaria judicial. No se debe subestimar el dolor en el que se encuentran inmersos los familiares y lo vulnerables que son en este momento y el peligro que ello encierra para la protección del derecho, con vistas a que los dolientes prefieran no optar por la tutela judicial, desistan de ejecutar la última voluntad del fallecido o renuncien tácitamente a los derechos que como parientes ostentan.

En este sentido, resultan muy interesantes las medidas autosatisfactivas, pues proporcionan una satisfacción anticipada al asunto litigioso. En efecto, la permanencia a través del tiempo de los procesos judiciales y su incidencia en la ineficacia de la

---

36 Sirvan de ejemplo el Código Procesal Civil de Uruguay art. 311, 312, 316 y 317. También el Código Procesal Civil de Argentina en sus art. 195, 204 y 232. Es dable señalar que ambos cuerpos legales emplean un criterio flexible en esta sede.

ejecución de la sentencia y la frustración de los derechos de las personas que instan la tutela judicial ha llevado a decantarse por su implementación<sup>37</sup>. Estas podrían ser una solución para reforzar la tutela del derecho de disposición sobre el cadáver en el proceso civil austriaco y de esa forma conferir virtualidad a la observancia del art. 13 del CEDH.

Por otra parte, pudiera pensarse de *lege ferenda*, en la creación de un comité de Ética Clínica ante el que se presenten esos casos, que deba pronunciarse en brevísimo tiempo y cuya decisión pueda ser revisada por el Defensor de los Derechos del Paciente u otra instancia independiente, como la judicial, con capacidad para ratificar o modificar esa decisión y aplicar una medida autosatisfactiva. Todo ello, sin perjuicio de instar posteriormente la correspondiente tutela judicial mediante un procedimiento con una *cognitio* judicial más amplia. Ese comité de expertos que propongo, que debe tener carácter inter-multi y transdisciplinario, estaría capacitado para hacer seguimiento de los casos de alta relevancia ética y jurídica que fueran atendidos en la institución hospitalaria. Y debería tener conocimientos de los informes elaborados por los médicos y propiciar con ello una valoración integral del caso y una toma de decisiones consensuada, profunda, pero a la vez ágil.

La Ley de Hospitales del *Land* de *Voralberg* en sus § 12 y 13 regula la creación y funcionamiento de un Comité de Ética, pero el mismo funge más como un Comité de Ética de la Investigación, que con el sentido de Comité de Ética Clínica (que son los encargados de discutir y participar en la toma de decisiones en aquellos casos que en la práctica médica diaria encierran problemas éticos o conflictos de valores (ya sea que constituyan o no dilemas éticos).

---

37 Con respecto a la importancia de las medidas preventivas y su relación con la protección del derecho de disposición sobre el cadáver se puede consultar: ENRIQUEZ SORDO, J.: "¿Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver?", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, pp. 62-109.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2013.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J.: “La Persona, el estado civil y el registro civil (I)”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado I. Personas* (coord. por J. J. CASTIELLA RODRÍGUEZ), Civitas, Navarra, 2016.

CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2016.

ENRÍQUEZ SORDO, J.: “¿Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver?”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.

LASARTE, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, T-I, Marcial Pons, Madrid, 2021.

PIZARRO MORENO, E.: “Los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona* (coord. por F. OLIVA BLÁZQUEZ y L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

