

LOS PRINCIPIOS DE ORDENACION DEL TRAFICO JURIDICO HEMOTERAPICO

P O R

LUIS MORELL OCAÑA

Profesor agregado de Derecho administrativo

SUMARIO: I. LAS PORCIONES HEMÁTICAS, EN CUANTO OBJETO DEL TRÁFICO JURÍDICO: A) *Existencia y sentido del derecho de la hemoterapia:* 1. La advertencia de Car-bonnier: Derecho y no Derecho en la normación de determinadas relaciones so-ciales. 2. El proceso de penetración del Derecho positivo, en el campo de la ex-tracción y cesión de las porciones de masa sanguínea. 3. Las creencias sociales y el Derecho positivo, en este ámbito. 4. El rasgo de la escasez de los productos hemoterápicos, y sus consecuencias desde un punto de vista organizatorio. B) *Pro-tección de la persona y protección de la comunidad en el ordenamiento de la hemoterapia:* 1. La protección de la dignidad e integridad humanas y sus con-secuencias organizatorias. 2. La protección de la intimidad personal y sus mo-dulaciones jurídico-positivas. 3. La dimensión comunitaria del tráfico hemoterá-pico y su protección por el ordenamiento.—II. LOS PRINCIPIOS DE CONFIGURACIÓN DEL ORDENAMIENTO DE LA HEMOTERAPIA: A) *El principio del consentimiento del dador y la delimitación finalista de los actos de disposición de las porciones de masa san-güinea:* 1. Significado real de la expresión positiva del consentimiento del dador. 2. Ambito material de validez del principio del consentimiento. B) *El principio o tendencia a la «despatrimonialización» del tráfico jurídico hemoterápico y sus consecuencias organizatorias:* 1. Planteamiento. 2. La «cosificación» de las por-ciones de masa sanguínea y su atribución al sujeto, en concepto de propiedad privada: a) La «cosificación» de las porciones de masa sanguínea; b) Su atri-bución al sujeto, en concepto de propiedad privada. 3. El enfoque general de los actos de cesión y de las actuaciones de transformación: la prohibición del lucro: a) El tema de los actos de cesión de porciones de masa sanguínea; b) La prohibición de lucro o ganancia, como principio organizatorio del tráfico jurí-dico hemático. 4. Prohibición de lucro y organización del proceso de producción de sustancias curativas de origen hemático: a) Aplicabilidad o inaplicabi'lidad a las porciones de masa sanguínea del concepto jurídico de mercadería; b) Prohi-bición del lucro y proceso empresarial de producción de productos hemáticos. C) *Los fundamentos de la presencia de la administración en el interior del tráfico jurídico hemoterápico.*

I. LAS PORCIONES HEMÁTICAS EN CUANTO OBJETO DEL TRÁFICO JURÍDICO

A) *Existencia y sentido del Derecho de la hemoterapia*

1. *La advertencia de CARBONNIER: Derecho y no Derecho en la normación de determinadas relaciones sociales*

En un trabajo ejemplar por la agudeza y sabiduría que brillan en sus páginas, recuerda CARBONNIER la existencia de amplios sectores de la vida social, en los que la persona —inserta en la propia e individual situación que le brinda el ordenamiento— tiene la opción y puede decidir «para cada uno de los episodios que constituyen la trama si la vivirá o no jurídicamente». Esto es, hay numerosos procesos de relación social en los que los actores marginan espontáneamente el Derecho positivo y, a lo sumo, éste «no entra en escena más que si es llamado por decisión expresa de uno de los interesados».

Lo que está en perfecta concordancia con el significado cambiante que en la vida social ha de cumplir el ordenamiento jurídico; frente a todo intento de *panjurismo*, que lleve a una comprensión del Derecho como perspectiva universal desde la que contemplar la trama social en su integridad y complejidad, hay que reconocerle una funcionalidad mucho más limitada, en el sentido de que la norma jurídica sólo aparece cubriendo de modo fragmentario aquí y allá aquellos ámbitos de la convivencia humana en los que su presencia se hace indispensable. Funcionalidad además que varía según los casos, ya que frente a hipótesis en las que se ha de apelar antes que nada a la norma jurídica, hay otras en las que el ordenamiento cumple un más secundario papel en cuanto sólo entra en juego en la medida en que cánones de otra índole —normas religiosas, morales o simples usos sociales— pueden no ser atendidos o respetados por los actores de la relación social trabada; es decir, el Derecho está en tal caso como segunda barrera protectora de los ideales de vida comunitaria.

Por otra parte, esta múltiple funcionalidad del Derecho hay que situarla en el contexto histórico, lo que hace, por de pronto, borrosas las fronteras de las funciones que se acaban de mencionar, de suerte que se entremezclan y superponen a veces sobre cada ámbito de la convivencia social. En último término, es comprensible también que haya relaciones sociales cuya protección jurídica va perdiendo progre-

sivamente sentido, razón de ser, cayendo en ellos la norma en desuso, al tiempo que discurre paralelamente el fenómeno contrario en otros campos; es decir, que vayan cayendo bajo el manto protector del Derecho positivo, bien porque en ellos es preciso instaurar un orden justo—lo que no presupone siempre que el punto de partida de la creación jurídica sea una situación de hecho literalmente injusta—, bien porque se hace indispensable determinar el ámbito de lo lícito y de lo ilícito, con vistas a una mejor organización de la convivencia social.

Ahora bien, este flujo y reflujo históricos del Derecho sobre determinadas realidades sociales coge frecuentemente desprevenido tanto al sujeto que forma parte de ellas como, si se me permite la paradoja, al propio ordenamiento, de suerte que el intérprete ha de hacer frente a las nuevas necesidades normativas con un instrumental técnico no siempre idóneo para una ordenación realmente efectiva. De aquí la instintiva repugnancia que en ocasiones despierta en los propios sujetos una contemplación desde la perspectiva jurídica de relaciones sociales hasta entonces intocadas por el Derecho y además la perfecta inadaptación de los moldes jurídicos al uso cuando se superponen sobre la realidad social, cuya regulación jurídica se realiza *ab initio*.

Hay que reconocer, sin embargo, el declinar progresivo de aquel absentismo jurídico en aquellos casos en que son los propios sujetos los que—violentando incluso a veces las creencias sociales vigentes—juridifican ciertas relaciones sociales, preparando de ese modo su absorción por el Derecho positivo, que entonces se vale de la experiencia recibida nada más entrar en contacto con la propia realidad; juridificación que facilita sobremanera el hecho, usual para la mentalidad contemporánea, de dividir la realidad en estratos conceptuales, cada uno de los cuales se asigna a un orden racional autónomo y distinto de los demás.

Las consideraciones que quedan hechas pretenden situar en un marco general de referencia el problema concreto de la posición que ha de adoptar el ordenamiento positivo frente a la extracción, transformación y cesión de porciones de masa sanguínea. Por de pronto, estos actos serán, en multitud de ocasiones, realizados al margen del Derecho, en el sentido de que quienes en ellos intervienen ni toman como punto de partida una conciencia jurídica de su realización ni, por ende, pretenden adecuarse a hipotéticas prescripciones jurídico-positivas que fuesen aplicables. Toda idea de actuar jurídico queda

al margen del esquema mental de los sujetos, que actúan movidos por, y adecuados a, un impulso religioso de solidaridad social, de ganancias, etc. Lo que, por supuesto, no resta un ápice a la necesidad, necesidad esencialmente histórica, que puede sentirse de comprender y ordenar jurídicamente las acciones realizadas en este ámbito.

2. *El proceso de penetración del Derecho positivo, en el campo de la extracción y cesión de las porciones de masa sanguínea*

Desde luego, en nuestro caso la perspectiva jurídica no es simple curiosidad intelectual. Aunque, según se acaba de consignar, los actores se sitúan con frecuencia y de modo espontáneo al margen del Derecho positivo, en nuestro tiempo se ha hecho imprescindible un proceso de penetración decidida del ordenamiento en este ámbito por razones de índole diversa, si bien todas ellas lo han hecho inaplazable.

Está, en primer lugar, el dato de que las porciones de masa sanguínea son un bien de propiedades curativas, bien además escaso. Y está, en segundo lugar, el dato conocido de que la sangre humana es medio de constatación de hechos o calidades de la persona: la porción de masa sanguínea, una vez extraída, puede entonces ser elemento revelador de la presencia de alcohol en quien intervino en un accidente de circulación o en la comisión de un delito, o de la paternidad en un proceso de filiación, etc. Se comprende entonces que la configuración, como objeto de relaciones jurídicas, de las porciones de masa sanguínea tenga una profunda razón de ser: el Derecho positivo ha de intervenir, ya para imponer pautas de justicia allí donde los hombres han «cosificado» una porción de su propio cuerpo, ya para organizar el proceso de satisfacción de una necesidad colectiva o, en último término, para condicionar o hacer posible—según los casos—el acceso a este elemento revelador de secretos quizá ignorados por el propio sujeto que se presta a extracción sanguínea.

Y no son solamente estos argumentos básicos, por sí solos, los que fundamentan una presencia del Derecho positivo. Es que además hay que situarlos en un marco social cuya nota dominante es la de un intenso desarrollo de las relaciones interindividuales, cuyo objeto es una porción de masa sanguínea o productos de ella obtenidos. Lo que hace literalmente imposible que su adecuación a pautas de justicia quede tan sólo pendiente de la vivencia que en los miembros de la

comunidad exista de ciertos principios morales o concepciones generales sobre la justicia distributiva.

Se ha hecho preciso en nuestro tiempo dar un paso adelante y, respetando ese «*ius* exterior a la *lex*» que constituyen los principios generales que vienen rigiendo las relaciones sociales consideradas —principios consistentes en ideas sobre lo justo, ideas móviles en cuanto se funcionalizan en cada caso desde la conciencia de quienes intervienen en dichas relaciones—, crear un Derecho positivo concreto, de corte normativo, en el que queden insertas las soluciones singulares a los problemas que están planteados. De este modo los dichos principios generales podrán adquirir una *certidumbre de sentido* —al concretar el ordenamiento el precepto aplicable a cada caso— y una *certidumbre de ejecución*, al otorgarse expresamente un valor jurídicamente vinculante a la voluntad del que libre y válidamente se obliga, o a la manifestación de los órganos del poder público de la comunidad cuando hayan de pronunciarse decisoriamente sobre las cuestiones que este tipo de intercambio social les planteen.

3. *Las creencias sociales y el Derecho positivo en este ámbito*

En estrecha relación con las afirmaciones que quedan hechas, es preciso proporcionar un nuevo marco de referencia a nuestro problema: el que se desprende de las relaciones que aquí puedan guardar las creencias sociales con vigencia material en una sociedad y un tiempo dados y el Derecho positivo. Ante todo insistamos en que cuando se trata de sectores del ordenamiento como éste que nos ocupa, muy poco desarrollados aún, las creencias sociales se funcionalizan técnicamente poco a poco como auténticos principios generales del Derecho. Más allá de esto es difícil, en principio, establecer un preciso engarce entre ordenamiento positivo y creencias sociales; pueden, no obstante, sentarse algunas afirmaciones elementales, útiles a nuestro propósito.

Por de pronto, el dato de que el Derecho positivo tiende a ser, en una parte importante, un reflejo de las creencias en que una sociedad está inmersa. En la misma medida hay que admitir que dichas creencias proporcionan un sentido —una perspectiva interpretativa, al menos— al Derecho positivo tanto en el aspecto positivo o de contenido material del precepto como en el aspecto negativo de límite o impedimento a algunas de las interpretaciones posibles. Mas, en último término, el Derecho es también reflejo de la ideología en la que se mueve

el poder político, que lo pone como válido en la realidad; el Derecho positivo es entonces además cauce de innovación de las propias creencias sociales, medio de ir acomodándolas al ideal de un orden social más justo que el existente.

Todas estas relaciones entre Derecho positivo y creencias sociales se dan, por supuesto, aquí. Y no puede hacerse un planteamiento jurídico del tema que nos ocupa sin tenerlas en cuenta. Así, en primer lugar, toda esa tendencia que se aprecia en los ordenamientos vigentes a «despatrimonializar» las relaciones jurídicas en las que se dispone en favor de otro de una porción de la propia masa sanguínea, deriva derechamente de la creencia generalizada de que no deben permitirse tales actos en tanto estén basados en un estricto motivo de lucro; de aquí que, por ejemplo, en el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil, se vayan progresivamente dibujando un entorno positivo o de licitud y otro negativo o de prohibición, cuando se trata de negocios que tienen por objeto porciones hemáticas. Las creencias sociales, en fin, asumen un papel orientador y delimitador, dando a luz unos postulados jurídicos generales y confiriendo un sentido concreto a los preceptos singulares en que este tráfico jurídico se ampara. Y, por otra parte, ellas mismas, en cuanto patrimonio de la comunidad, constituyen una realidad a salvaguardar por el Derecho positivo, que ha de erigirse en su mecanismo de protección en este campo concreto de la hemoterapia. Hasta el punto de que tan sólo desde la perspectiva de dichas creencias pueden quedar claras muchas de las aspiraciones de los ordenamientos contemporáneos.

... Pero, además de todo esto, el poder, al alumbrar las normas concretas que han de componer el ordenamiento de la hemoterapia, tiene una específica e importante misión: la de crear las condiciones para que estos actos de disposición de una porción del propio cuerpo lleguen a tener la expresión institucional de que hoy, en realidad, carecen—como se verá más adelante—, inventando moldes jurídicos que hagan más justo y flexible este singularísimo tráfico jurídico. Y de este modo, y en la medida en que la norma es también un plan, una previsión reflexiva sobre la mejor de las conductas humanas posibles, se podrán ir engendrando nuevas creencias sociales, en las que pueda tomar un nuevo y más vigoroso punto de apoyo el tráfico hemoterápico.

4. *El rasgo de la escasez de los productos hemoterápicos y sus consecuencias desde un punto de vista organizatorio*

Otro de los grandes trazos de la imagen del problema hemoterápico —tal y como ha de recogerlo el Derecho positivo— es el de la escasez de las sustancias que, procedentes de la masa sanguínea, tienen el carácter de medicamentos. Es obvio, en efecto, que dichas sustancias no están siempre y en la cantidad necesaria a disposición del que las necesita. De aquí que haya que sentar, como un punto más de partida, la afirmación de que las porciones separadas de la masa sanguínea, en cuanto medio de satisfacción de necesidades humanas —en sí mismas o tras un proceso de transformación— son un *bien económico*.

Lo que supone la existencia de actos de producción y de cambio de esta clase de bienes, actos sujetos a uno de los tipos posibles de organización de la actividad económica. Es decir, la ubicación de dichos actos en el seno de unas estructuras institucionales, económicas y mentales, características y propias del sistema vigente. Así, por ejemplo, en el sistema de economía de mercado: 1.º, se reconoce como legítima la apropiación privada de las porciones de masa sanguínea, separadas del propio cuerpo; 2.º, se legitima igualmente el tráfico entre particulares de dichas porciones; 3.º, el objetivo de los actos de producción y de cambio es la búsqueda del beneficio, una ganancia monetaria; 4.º, se abandonan al principio de libre concurrencia en el mercado las cuestiones del precio y la distribución de dichos productos.

Del mismo modo podrían ahora señalarse las coordenadas del sistema colectivista o de planificación integral, en el que los medios de producción no pueden ser objeto de apropiación privada, y el plan nacional se subroga en la función de ajuste entre oferta y demanda propia del mercado. No vale la pena, sobre todo si se tiene en cuenta la enorme dificultad con que las creencias sociales vigentes admitirían el postulado denegatorio de la apropiabilidad de las porciones separadas de la propia masa sanguínea y su atribución a la colectividad. Habría que partir, en este caso, bien de una coerción excesiva, bien de un nivel muy alto de solidaridad social: tanto como para que cada hombre estuviera dispuesto a desprenderse de una porción de su sangre en la medida y el momento precisos en favor de la colectividad en general, que sería quien organizase la producción, distribución y consumo de estos bienes.

De todos modos, toca al Derecho positivo verificar la opción esencial sobre el sistema que a la producción y distribución de estos bienes deba aplicarse. Bastará por ahora dejar constancia de esta inescapable dimensión de la problemática que pretende abordarse, y de ésta, su más elemental consecuencia. Más adelante se podrán observar con detalle las derivaciones de este punto de partida.

Por lo demás, la evolución de la medicina va ensanchando progresivamente el campo de aplicación de los injertos y trasplantes. Y lo verdaderamente preocupante es que las circunstancias están haciendo posible que actos necesarios para la supervivencia de otro u otros —como puede ser la cesión de una pieza anatómica— puedan realizarse al mismo tiempo, bien como suprema manifestación del altruismo del hombre, bien como extrema expresión de su envilecimiento; ambos hechos se dan ante la presión de la escasez y de la necesidad de contar con este tipo tan escaso de bienes.

Sin embargo, la cultura económica de nuestro tiempo, con su dialéctica ciega, valora prácticamente por igual uno y otro casos, porque lo que únicamente aprecia y valora es el efecto de cubrir la necesidad surgida mediante la aplicación del bien obtenido. Y eso, cualquiera que sea el método de obtención y el móvil que puso en movimiento al cedente. Es éste un problema que, por ello precisamente, reclama la atención del Derecho positivo y no sólo de la Ética. Por el momento, sin embargo, ni la cultura económica ni los sistemas jurídicos han conseguido inventar los mecanismos precisos para que los actos de producción y de cambio de este tipo singular de bienes respondan de antemano al indispensable mínimo de éticas que ha de estar en el trasfondo de toda relación social admitida de modo estable en la convivencia humana.

B) *Protección de la persona y protección de la comunidad en el ordenamiento de la hemoterapia*

1. *La protección de la dignidad e integridad humanas y sus consecuencias organizatorias*

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, la penetración del Derecho positivo en este ámbito de la convivencia tiende a hacer efectiva la vigencia de unos valores determinados, así como a ordenar el proceso de satisfacción de una necesidad colectiva, valores y proceso

que, a su vez, se funcionalizan luego como ideas directivas o principios de configuración de este ordenamiento sectorial.

Si se contemplan, en efecto, las líneas maestras del ordenamiento de la hemoterapia que emerge trabajosamente en algunos sistemas jurídicos, podrá en seguida comprobarse que se apoya en unos principios que son la condensación técnica de unos valores y unas necesidades muy claras: esencialmente, los valores dignidad, integridad e intimidad humanas por una parte y el valor comunidad por otra, en cuanto que las porciones hemáticas son indispensables para atender en ciertos casos a la salud—tanto en su dimensión de bien colectivo como de bien individual—, y a la verdad, buscada esta última a través del proceso judicial.

La norma nace aquí, en efecto, con el designio de dispensar protección a unos valores, algunos de los cuales están en juego en el preciso instante en que se pone en marcha este tipo de actividades, con la extracción de una porción de la masa sanguínea de la persona que accede a ello. Es evidente que dicha extracción es posible y se sustenta en el menoscabo de un bien de la personalidad: el derecho del hombre a la propia integridad corporal. Y parece elemental e indispensable exigencia que dicho menoscabo se realice por encima de unos mínimos niveles de protección a la dignidad e integridad del que lo soporta.

Como una consecuencia de todo ello, se desprende que dicha extracción sanguínea ha de gravitar, en el plano jurídico-positivo, sobre el consentimiento libremente prestado por aquel que la soporta. Por muy fuertes que puedan ser las exigencias del interés general—y ya se verá que lo son, efectivamente—, toda disposición sobre el propio cuerpo debe reposar, como regla general, sobre la voluntad afirmativa de aquel cuya integridad corporal se menoscaba de alguna manera.

Con todo, este principio del consentimiento libremente prestado ha de situarse en un característico marco de comprensión. Para el Derecho privado, en general, el punto de partida y el fundamento de todo acto de disposición de la persona es el postulado de la autonomía individual. Es ella, como haz de posibilidades de obrar del sujeto—todas ellas reconocidas como igualmente realizables y amparadas por el ordenamiento— la que sustenta el negocio jurídico en cuanto cauce de la voluntad dispositiva de la persona. Ahora bien, la propia necesidad de proteger la dignidad humana ha llevado aquí, en el mundo jurídico de la hemoterapia, a la delimitación de un ámbito en el que

es lícito el acto de disposición, y de otro, en el que no lo es por cuanto la disposición realizada aparece como no digna, como no acorde con el estándar de dignidad que las creencias sociales contemporáneas reconocen a cada hombre en cuanto tal.

En una palabra, el postulado del consentimiento libre del dador no se mueve sobre un ámbito de autonomía reconocido con carácter general, sino que tan sólo es admisible en el interior de una esfera acotada como lícita por el ordenamiento: aquella en la que están situados ciertos fines que el propio ordenamiento ha de proteger de modo inexorable, por ser fines en cuya protección entra en juego la propia protección de la comunidad.

2. *La protección de la intimidad personal y sus modulaciones juridico-positivas*

En su calidad de elemento revelador de datos no conocidos por los demás —quizá, incluso, por la propia persona—, la extracción sanguínea plantea otra nueva cuestión, a situar en el nivel de los derechos de la personalidad: la de decidir si o cuándo es legítima la extracción y análisis de una porción de masa sanguínea a fin de constatar datos pertenecientes al secreto o intimidad de la persona. Problema que se puede plantear, por ejemplo, en un proceso de filiación o al reunir pruebas para el enjuiciamiento de la conducta del causante de un accidente de circulación.

Desde el ángulo de los derechos de la personalidad, podría pensarse si este desvelar hechos o circunstancias de la persona no puede ser un atentado contra su honor, tomando este vocablo en su significación de «la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma». La certeza definitiva de una paternidad extramatrimonial, por ejemplo, podría estimarse en algunos sistemas culturales como atentatoria al honor de la persona. Ahora bien, si tenemos en cuenta que tal certeza se podrá obtener, lógicamente, mediante una prueba procesal ordenada por un juez y en un proceso permitido por el ordenamiento, hay que concluir que la prueba sanguínea no tiene nada que ver con la protección del honor, cualquiera que pueda ser la estimación personal del afectado.

Por el contrario, más acorde con la significación de los hechos puede ser su incardinación en el marco del denominado derecho a

la *intimidad, reserva o esfera secreta* de la propia persona. Ciertamente que las sistematizaciones habituales de este bien de la personalidad incluyen su defensa tan sólo mediante la instrumentación de los derechos al secreto de la correspondencia y a la propia imagen. Pero es evidente que, en principio, la presencia de alcohol en el causante de un accidente de tráfico o, caso mucho más importante, la identidad biológica entre la sangre del hijo y la del padre son en todo caso datos que pertenecen, en principio, a la esfera personal de la intimidad. Lo que ocurre es que las normas reguladoras de la prueba—bien directamente, bien mediante la interpretación jurisprudencial, interpretación consentida por su letra y su espíritu—empieza a dar paso a invasiones a esta esfera reservada de la persona, siempre que haya unas causas de justificación suficientes. Y, en efecto, las habrá en los casos de posible presencia del alcohol en la sangre, y en un proceso de filiación, dado que en uno y otro supuesto se trata de proteger bienes jurídicos—la adecuación de la pena a la magnitud de la infracción, la declaración o constitución de la relación jurídica de filiación—de mayor envergadura que la hipotética lesión a la intimidad personal que con la prueba de sangre pueda realizarse.

De todos modos, según se comprobará más adelante, la comparación de los diferentes sistemas jurídicos nos avisa de que se trata de una cuestión no resuelta de modo claro ni definitivo.

3. *La dimensión comunitaria del tráfico hemoterápico y su protección por el ordenamiento*

Mas el Derecho positivo no hace acto de presencia en este campo tan sólo para proteger a aquel de quien se extrae una porción de masa sanguínea. El Derecho positivo nace aquí también para instrumentar una protección a la comunidad. Y el valor comunidad no aparece sólo en su dimensión o aspecto de creencias comunes, tal y como se acaba de exponer. Es que la dación de sangre es un acto que se produce para la consecución de fines determinados de carácter comunitario: esencialmente, la salvaguarda de la salud de los miembros de la colectividad y la verdad de los hechos justiciables, según que la porción sanguínea extraída se aplique a actividades de carácter curativo o como medio de constatación de hechos o de cualidades de la persona.

Y precisamente la extracción y ulterior cesión de una porción de masa sanguínea carecería de una justificación para el Derecho si no fuera porque tales actos dan vida a todo un proceso de satisfacción de fines y necesidades colectivas; porque tales actos son útiles en unos casos y en otros necesarios para la propia preservación de la comunidad, entendida como conjunto organizado de existencias individuales.

Pero, adviértase bien, en el fondo se trata de instrumentar la creación de unos bienes que se desprenden de una persona para cubrir las necesidades de otra u otras personas. La dimensión comunitaria del tráfico hemoterápico no aboca, pues, a perspectiva transpersonalista alguna; la intervención, el papel que la comunidad organizada tiene aquí es puramente medial o instrumental: se trata de dispensar una protección específica a unos actos de intercambio que aparecen como indispensables; pero es esta una trama en la que la persona está tanto en el origen como en el final del proceso. Se trata, pues, de proteger al hombre organizando un tipo determinado de intercambio social; cualquier otra finalidad no cabe o no debe caber aquí.

Se comprende entonces que la perspectiva comunitaria aboque, en realidad, a la cuestión de organizar y garantizar la solidaridad interindividual, dando un valor jurídico determinado a cada una de las actitudes que pueden adoptarse por los sujetos, promoviendo las acciones que sean una respuesta individual a las propias exigencias de la solidaridad, interponiéndose los poderes constituidos en los actos de tráfico en la medida en que ello sea necesario y, en último término, garantizando el respeto al Derecho por parte de los actores de este singularísimo quehacer social.

II. LOS PRINCIPIOS DE CONFIGURACIÓN DEL ORDENAMIENTO
DE LA HEMOTERAPIA

A) *El principio del consentimiento libre del dador y la delimitación finalista de los actos de disposición de las porciones de masa sanguínea*

1. *Significado real de la expresión positiva del consentimiento del dador*

Parece axiomático empezar dejando sentado que toda extracción sanguínea y su subsiguiente cesión han de reposar sobre el consentimiento libremente prestado por aquel que la soporta. Más arriba se expresó que ésta es consecuencia inexorable del postulado de protección a la dignidad e integridad humanas. Ahora conviene contemplar la libertad de consentimiento del dador, en cuanto principio configurador del ordenamiento de las actividades hemoterápicas. Porque, en efecto, el alcance del principio del consentimiento es, en ciertos aspectos, más amplio que el que habitualmente tiene en el contexto general del derecho de obligaciones—en el que materialmente hay que insertar, de momento, nuestro tema—, y en otros aspectos, más restringido.

La mayor amplitud del principio del consentimiento se pone de relieve con sólo tener en cuenta el significado real y las consecuencias que del consentimiento libremente prestado se desprenden en este ámbito. Y en este sentido, es evidente que el consentimiento del dador supone la asunción del deber de soportar la actividad precisa para que pueda ser extraída una porción de su masa sanguínea y además la cesión de la misma en favor de otra persona. Se trata, pues, de una disposición del propio derecho a la integridad física. Habrá que ver después cuál es el alcance y significación organizatorios de este postulado del consentimiento libre, cuestión que debe contemplarse en estos dos planos o momentos lógicos: el de la constitución del vínculo en cuya virtud queda inserto en una situación jurídica de deber y el del desenlace o ejecución de dicho deber.

Con independencia de dejar constancia de la radical novedad que este tipo de actos de disposición tiene—tanto por su contenido como por el objeto sobre el que, en último término, recae—superpongámosla ahora sobre el esquema jurídico-positivo. Y al verificar esta super-

posición, salta a la vista la profunda peculiaridad de los mismos; más aún: se trata de un tipo genérico y no de una especie singular, dada la expansión progresiva de las disposiciones de la integridad física que la nueva medicina va precisando. Tipo de disposición que, desde luego, ha operado un significativo impacto en el perfil y en la dinámica concreta de las instituciones que regulan, en los distintos ordenamientos positivos, el tráfico jurídico obligacional.

En efecto, para la óptica jurídico-positiva que ha ido sedimentando a lo largo de siglos, las relaciones de deber del hombre con los demás tienden a trabarse sobre un contexto característico: el que se compone de bienes que son económicamente evaluables, el que constituye la esfera jurídica patrimonial. Y en todo caso, si los bienes que se toman como objeto de las relaciones de deber no son por sí mismos económicamente evaluables, en el supuesto límite a considerar—el del incumplimiento del deudor—aparece como técnicamente imprescindible la posibilidad de evaluar económicamente el alcance de dicho incumplimiento, a fin de buscar su equivalente económico en el patrimonio del deudor, el cual habrá de sufrir una merma en el mismo a título de resarcimiento.

Ahora bien, en nuestro caso hay que tomar como punto de partida el dato de que el deber contraído—en lo que atañe a soportar las actuaciones precisas para que la porción hemática pueda ser extraída—es de carácter personalísimo, esto es, su cumplimiento no puede ser realizado más que por el sujeto obligado y no por ningún otro. Por tanto, su ejecución no depende de una hipotética voluntad judicial que declare, imponga y ejecute dicho deber, sino que tal ejecución se producirá tan sólo si el obligado consiente expresamente en la misma. Por otra parte, la búsqueda de un equivalente económico del deber incumplido—que es el recurso a que apelar en caso de negativa al cumplimiento de la obligación si ésta es personalísima—no deja aquí de plantear dificultades difícilmente salvables. Lo que no quiere decir que no se pueda encontrar, según se analiza más adelante.

2. *Ambito material de validez del principio del consentimiento .*

Ahora bien, lo que ciertamente urge en el Derecho positivo de nuestro tiempo es suministrar unos criterios en cuya virtud quede netamente establecido el ámbito sobre el que el consentimiento puede

válidamente manifestarse cuando se trata de actos mediante los que se dispone de la propia integridad física. Durante largo tiempo, la cuestión ha permanecido encerrada en el interior de varios axiomas formulados por los juristas, o por la jurisprudencia, o, en último término, por los Códigos penales, que castigaban la autodesmembración realizada para evitar cumplimiento de ciertos deberes públicos del sujeto, como el servicio militar.

Axiomas éstos formulados, como se sabe, desde la perspectiva de que la moral y las buenas costumbres suponen una insalvable barrera para los pactos dispositivos sobre el propio cuerpo. No obstante, si se contempla en panorámica la opinión de la doctrina sobre este tipo de actos dispositivos, habrá que convenir que flota en el ambiente una sensación de inseguridad, y se tiene la impresión de estar aún pisando terreno poco firme. Y es que se trata de unos actos dispositivos en los que ciertas reglas sentadas con un pretendido carácter general—prohibición de pactos sobre el propio cuerpo—vienen de modo habitual contradichas por una praxis aceptada y constante.

Mas no se trata tan sólo de la frecuencia social de relaciones de intercambio de esta índole, sino que además, y sobre todo, tales relaciones se consideran, en términos generales, necesarias para la mejor organización y desarrollo de la convivencia. Hay, pues, la posibilidad de oponer al principio prohibitivo otra regla general, aun permaneciendo siempre en el plano de los principios, de licitud y de necesidad.

Y es justamente esta presencia dialéctica de principios generales opuestos la que nos muestra claramente la necesidad de encontrar reglas más concretas, con cuya ayuda sea posible discernir el ámbito material, en el que el ordenamiento apoya y protege la expresión del consentimiento dispositivo de la propia integridad corporal. Para comprobar esta tesis, basta aplicar esa genérica aproximación valorativa que contiene el artículo 1.255 de nuestro Código Civil, cuando dispone que:

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.»

Hay que reconocer, en la regla prohibitiva de las convenciones contrarias a la moral, un carácter histórico y formal, en el sentido

de que no ha de ser el Derecho en sí, sino las propias creencias sociales quienes determinen el verdadero ámbito material de la prohibición establecida por la norma. En una palabra, la cláusula a que se alude es un concepto jurídico indeterminado, una norma con un contenido «en blanco» a rellenar en cada momento histórico por la propia sociedad.

Se impone, pues, una exploración, siquiera sea sumaria, de las convicciones de la propia sociedad y de su reacción frente al tipo de relaciones de intercambio que aquí se consideran, a fin de saber si las mismas traspasan o no lo que en la actualidad se entiende como pactos contrarios a la moral y a las buenas costumbres.

Y desde esta perspectiva es evidente la quiebra de la regla general, en cuya virtud han de considerarse inadmisibles las convenciones cuyo objeto sea la disminución de la integridad física de uno de los intervinientes. Al contrario, hay una variada serie de ellas que son consideradas perfectamente legítimas, en cuanto imprescindibles para el desarrollo y conservación de la propia comunidad; más aún: se las contempla como una consecuencia de la posesión por la persona de un nivel ético superior al mínimo indispensable. Ello con independencia de detectar también otras convenciones de esta índole respecto de las cuales hay una convicción generalizada de su falta de legitimidad.

De lo que se desprende que la carencia de una orientación firme en este campo—de existir en la actualidad—será consecuencia de una falta de estudios analíticos y de sistematizaciones de los acontecimientos que en torno a la disposición personal de la propia integridad física existen. Se impone, pues, un paso adelante; bajar desde postulados muy generales, en la búsqueda de criterios técnicos más precisos, desde los que llegar a una caracterización lo más exacta posible del ámbito en que el ordenamiento positivo puede dispensar apoyo y protección al consentimiento libremente prestado por aquel que dispone de la propia integridad física.

En este sentido, parece apropiado buscar la delimitación deseada atendiendo a los dos factores más característicos de este tipo de convenciones: el objeto sobre que versan y el fin o función social que pueden cumplir. En cuanto al primero de estos factores, existen ya algunas previsiones juridico-positivas. Así, el Código Civil italiano sienta en su artículo 5.º un criterio que puede sin dificultad aceptarse

como eficaz delimitación objetiva para el ámbito de validez del consentimiento:

«Los actos de disposición del propio cuerpo quedan vedados cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física...»

Es ésta una de las poquísimas reglas generales que se encuentran en el Derecho positivo contemporáneo. De todos modos, es de advertir que su aplicación a nuestro caso ha de tomar como punto de partida el dato de que la extracción del organismo humano de una porción sanguínea no ocasiona—cuando se practica de acuerdo con las previsiones de la técnica y en cantidad cuyos límites conoce perfectamente la ciencia—*disminución permanente* de la integridad física, puesto que se regenera la cantidad perdida en breve plazo. La delimitación objetiva ha de provenir aquí, pues, de las pautas marcadas por la ciencia, que pueden establecer de modo claro los pormenores técnicos en cuanto al objeto de la extracción sanguínea; más allá o al margen de dichas previsiones no parece que el Derecho positivo deba acoger como válido el consentimiento prestado por el sujeto.

Segundo criterio delimitador ha de ser el del fin al que la extracción se dedica. Según quedó ya expresado, estos actos dispositivos de la propia integridad física, aun basándose en el postulado de la autonomía individual, encuentran amparo jurídico en tanto en cuanto se realizan en atención a una función social necesaria. De lo que se desprende la posibilidad de señalar un ámbito de validez, de acuerdo con el fin que se propone el consentimiento dispositivo.

Es decir, parece acorde con las creencias sociales en vigor, entender que una porción integrante del organismo humano—en el que está cumpliendo una trascendente función vital y del que es sustantiva pertenencia— puede ser separada del mismo, pero siempre que la separación se realice en vista de una finalidad socialmente necesaria o conveniente. Mas dicha porción no puede constituirse en un genérico objeto más del tráfico jurídico general, esto es, como un objeto capaz de poner en movimiento una transacción o cadena de transacciones en vista de cualesquiera fines, a considerar todos de modo equivalente por el ordenamiento jurídico. Al contrario, ese objeto de derecho sólo será susceptible de tráfico en los concretos casos en que una específica finalidad social así lo exija; sólo podrá ponerse

en juego la autonomía de la voluntad cuando lo sea en vista de una finalidad objetiva, aceptada como legítima por el ordenamiento jurídico, resultando, en consecuencia, prohibidos todos aquellos negocios que no respondan a alguna de esas finalidades concretas aceptadas por el ordenamiento; finalidad, además, que se incorpora al acto, formando parte integrante de la declaración de voluntad y legitimando sus efectos.

B) *El principio o tendencia a la «despatrimonialización» del tráfico jurídico hemoterápico y sus consecuencias organizatorias*

1. *Planteamiento*

La perspectiva que nos es habitual, en el círculo de problemas que se pretenden abordar, es la de que alguien—generalmente un familiar del necesitado—se presta voluntariamente a que le sea extraída una porción de su sangre, y de ese modo queda cubierta una apremiante necesidad sentida por otra persona. Esta transferencia, que quizá incluso se realice prácticamente «de brazo a brazo», queda, sin embargo, al margen de las preocupaciones generales del Derecho positivo.

El haz de cuestiones que nuclea la ordenación jurídico-positiva toma justamente su punto de despliegue más allá de este tipo de acontecimientos. Se trata de que las porciones de masa sanguínea, una vez separadas del organismo del que formaron parte, son sometidas a un proceso de apropiación y conservación, bien de transformación, antes de volver a formar parte como remedio terapéutico de otro organismo humano. Este proceso es más o menos largo; pero lo que aquí interesa—en cuanto requiere la intervención del ordenamiento—es que esta mediación se descompone en un conjunto de operaciones técnicas y de actos o negocios jurídicos. Operaciones técnicas destinadas: 1.º, en unos casos, a la conservación de la sangre extraída hasta su transfusión a quien lo precise; 2.º en otros, a la transformación de la sustancia hasta obtener de las fracciones o subfracciones—por sí solas o con otras materias primas—determinados productos con propiedades curativas. Desde el punto de vista jurídico-positivo, dichas operaciones se montan y enlazan mediante ciertos actos o negocios jurídicos. En el primer caso pueden detectarse los actos de dación, suministro y transfusión. En el segundo, entre la

dación y el suministro discurre un ciclo funcional de producción de diversas sustancias que en el plano jurídico-positivo adquieren la condición de medicamento.

Desde esta perspectiva existen en la actualidad unos hechos y unas tendencias dominantes a las que conviene hacer alusión. Ante todo, un hecho: el de que el producto hemático se dispensa o se aplica al que lo precise a cambio de un precio. Esta patrimonialización final de las porciones de masa sanguínea impone ya por sí sola su ley de bronce y lleva a una tendencia fáctica: la de que la sangre se extrae del dador a cambio de un precio también. Ahora bien, resulta chocante para la vigente mentalidad colectiva que el hombre disponga de su propia integridad corporal a cambio de un precio. Y de esta convicción surge una fuerte tendencia a la gratuidad de los actos de disposición de las porciones de masa sanguínea; mas, por otra parte, esta tendencia ha de pasar por el eje de hierro de la realidad, en la que no se suelen apreciar sentimientos altruistas bastantes para cubrir las necesidades de la comunidad considerada, y en la que, por supuesto, pesa también el argumento que se acaba de señalar de que lo que se da gratuitamente no siempre—o no en todos los casos—será también gratuitamente dispensado.

Claro que existen instituciones de conocida orientación hacia la solidaridad social, o que organizan de modo cooperativo el ciclo, de suerte que quien da gratuitamente tiene derecho a una entrega igualmente gratuita. Pero estos planteamientos no resuelven en su totalidad el problema, porque siempre y en todo caso quedaría al margen, al menos, la cuestión de los productos en los que la sangre humana es tan sólo la materia prima, o una de las materias primas, empleada en la fabricación de un medicamento.

Hay, no obstante, una evidente tendencia en los ordenamientos positivos a cerrar cuidadosamente las puertas de la exclusiva patrimonialización de este tráfico jurídico. Pero esta orientación «despatrimonializadora» está, según se verá, llena de vacíos e inconsecuencias. Veamos ahora cómo y dónde se apoya el Derecho positivo para construir técnicamente la dinámica del tráfico de productos hemáticos.

2. *La «cosificación» de las porciones de masa sanguínea y su atribución al sujeto en concepto de propiedad privada*

a) *La «cosificación» de las porciones de masa sanguínea*

Recordemos que la problemática global del ordenamiento jurídico de la hemoterapia arranca en la perspectiva de los bienes de la personalidad. Existe, en efecto, en las actividades que aquí se desenvuelven la necesidad de proteger unos valores que acompañan indeleblemente a la persona y que pueden ser menoscabados hasta límites no tolerables. Ahora bien, el siguiente problema surge de un hecho real que acaece tras la extracción de sangre: el de que las porciones de masa sanguínea que quedan separadas del cuerpo humano son, material y jurídicamente hablando, una cosa, esto es, una realidad material perfectamente sustantiva e independiente.

La cuestión estriba entonces en enlazar tal hecho con este otro: esta cosa que se ha formado tiene un valor, puede ser imprescindible o simplemente necesaria para otros hombres. Se comprende en tal caso que la separación se haga normalmente con vistas a su entrega a otra persona que la necesita. Los problemas para el ordenamiento son dos: 1.º, a quién pertenece la porción separada; 2.º, cómo regular la cesión de sujeto a sujeto.

b) *Su atribución al sujeto en concepto de propiedad privada*

En cuanto a la primera de estas interrogantes, una respuesta parece desprenderse de inmediato: la de que las porciones separadas han de pertenecer al sujeto de que proceden. Y tratándose de una cosa, la calificación lógica es la de que sobre ella ostenta un originario derecho de propiedad. Esta es la calificación doctrinal al uso.

Ahora bien, es curioso calificar de tal modo a un objeto que, si tiene una utilidad, lo es en tanto en cuanto se transmite a otro; su valor es un valor de cambio, no de uso. Aquí se encuentra, en mi opinión, una de las grandes estridencias del mundo jurídico de la hemoterapia: se reconoce el derecho de propiedad sobre una cosa justamente al único sujeto que no puede tener disfrute alguno sobre la misma. Y por otra parte, sin embargo, existe una instintiva repugnancia a que el proclamado propietario convierta en un valor económico—mediante transferencia—la única facultad que realmente le queda: la de disponer de la cosa en favor de otro.

Como puede comprobarse, no es el molde jurídico utilizado el más idóneo para explicar la relación jurídica de apropiación del hombre sobre las porciones de masa sanguínea. Pero demos por este camino un paso adelante. Si se trata de una cosa, es también porque tiene un valor patrimonial, de acuerdo con la doctrina común; esto es, una vez extraídas y separadas, las porciones de masa sanguínea se incorporan al patrimonio de la persona. Lo que supone que las vicisitudes futuras de la misma seguirán jurídicamente el curso que el ordenamiento tiene previsto para el tráfico jurídico patrimonial. Por ejemplo, una cosa es susceptible de cambio por un precio, por una cantidad de dinero, esto es, de una compraventa. Aquí la repugnancia respecto de que las porciones de masa sanguínea se conviertan en objeto de este tipo de negocios jurídicos es prácticamente general, no obstante realizarse los mismos habitualmente.

Y es que los ordenamientos positivos conservan desde hace siglos un enfoque primordialmente patrimonial del tráfico jurídico; todo el derecho de obligaciones, por ejemplo, es simplemente una rama destacada del ordenamiento patrimonial, hasta el punto de que si se prescinde de la idea en él subyacente—el intercambio directo o indirecto de valores económicos entre los patrimonios de los sujetos—desaparece casi totalmente el sentido fundamental de sus instituciones.

3. *El enfoque general de los actos de cesión y de las actuaciones de transformación: la prohibición del lucro*

a) *El tema de los actos de cesión de porciones de masa sanguínea*

Volvamos a plantear la cuestión ahora primordial: las porciones de masa sanguínea no tienen para su propietario valor de uso alguno, sino solamente un valor de cambio. Lo lógico, en situaciones como ésta, es que el impulso del sujeto se oriente hacia la actualización de ese valor de cambio y su conversión en un equivalente económico, para lo cual, tratándose de un bien escaso, no tiene más que suscitar una proposición u oferta.

Ahora bien, la tendencia dominante se resiste a admitir que las porciones de masa sanguínea se conviertan, sin más, en un valor patrimonial, cuyo precio resulte de las leyes que rigen el mercado. Considera estos hechos como contrarios a indispensables postulados de ética social. Tendencia, por otra parte, que ha de hacer frente a una progresiva expansión del tráfico jurídico de porciones del cuerpo

humano, dadas las aplicaciones que paulatinamente va incorporando la medicina contemporánea.

De aquí que se advierta en nuestro campo de observación una reacción del Derecho positivo, dirigida—no ya porque no se vislumbra como posible a montar este tráfico sobre un impulso de ética social y sentimientos de solidaridad— a una «despatrimonialización», en la medida de lo indispensable, de los actos de cesión de porciones de masa sanguínea y de fabricación y suministro de productos hemáticos. Reacción ésta que plantea al propio Derecho positivo numerosos problemas a la hora de construir el ordenamiento jurídico de la hemoterapia. Así, y en lo que ahora interesa, los siguientes: 1.º, cómo articular técnicamente la prestación del beneficiario a favor del que da una porción de su sangre; 2.º, de qué factores ha de depender el *quantum* de la misma; 3.º, cómo organizar el ciclo de producción de medicamentos de origen hemático, de suerte que no exista un simple proceso mercantil o industrial en su fabricación y suministro.

En cuanto al primero de estos problemas, los juristas se han resistido en ocasiones a considerar como auténtica contraprestación la prestación a cargo del cesionario y a favor del que da su propia sangre. El argumento capital es la negación de que por este tipo de cosas pueda pagarse un precio, dada la repugnancia moral que por ello se advierte. Y de aquí que se hable de una «compensación» en favor del dador y se recurra a eufemismos análogos.

Para el Derecho, no obstante, no existe realmente obstáculo en considerar la existencia en nuestro caso de una contraprestación en favor del dador. Más aún: desde el momento en que la porción de masa sanguínea se configura jurídicamente como una *cosa*, su cesión puede hacerse a cambio de una contraprestación, salvo que intervenga el ánimo de liberalidad. Y si se niega la posibilidad de dicha contraprestación, lo que se está realmente negando es la apropiabilidad por la persona de las porciones de su propia masa sanguínea; ellas, en realidad, resultarán configuradas como *res communis* o como bien cuya pertenencia corresponde al Estado o a la Administración pública, siempre que a ésta se la haga intervenir, repartiendo dichas porciones en favor de quien las precise.

Aquí es donde verdaderamente se llega a tocar fondo en la cuestión planteada. Hemos advertido ya cómo para el sujeto las porciones hemáticas carecen de valor de uso; negarle ahora un valor de cambio implicaría negar el derecho de propiedad que sobre las mismas

ostenta—salvo disposición de Derecho en contrario— el sujeto. Pero es evidente que esta disposición negatoria del derecho de propiedad no existe, ni tampoco se encuentra una declaración de *res extra-commercium* de las porciones de masa sanguínea; al contrario, su tráfico es preciso, y por ello se alienta con estímulos de variada índole. En consecuencia, y pese al eufemismo que en ocasiones emplea el propio Derecho positivo, éste ha de reconocer que el dador puede obtener una contraprestación de la persona en cuyo favor otorga una porción de su propia sangre. Si el tema se contempla un solo instante en una perspectiva histórica, se comprenderá mejor; a lo largo de la historia del Derecho el desarrollo social ha ido admitiendo la contraprestación en favor del que da o presta algo a otro, ensanchando el ámbito de licitud de las relaciones sociales, y ello no como consecuencia de una relajación moral o de costumbres, sino de una distinta valorización de los elementos de que el hombre hace acopio para construir su convivencia con los demás. La controversia medieval sobre la licitud o ilicitud del préstamo con interés es un buen ejemplo de ello.

Segundo problema: cómo llegar al *quantum* de la contraprestación. Dos rasgos esenciales matizan el planteamiento de la cuestión: de una parte, el dato de que no hay modo de medir, en el plano sustancial, el alcance de la pérdida que el dador soporta para saber cuál ha de ser el equivalente con el que se le pueda retribuir; de otra, que el ordenamiento lógicamente conceptúa como precio del bien dicha contraprestación, salvo que se trate de un trueque o cambio de especie por especie, lo que supone la necesidad de partir y concluir en el ámbito del dinero, en cuanto medida general del valor de todas las cosas.

El primer rasgo ha sido utilizado en ocasiones precisamente como argumento negatorio de la existencia de una contraprestación en favor del dador de sangre. Lo que, no obstante, cae por su base cuando se advierte que el valor a medir y tener en cuenta es el que le da quien precisa del bien de que se trate; las porciones hemáticas *valen* para otro sujeto y no para el que las da. Y por otra parte, la pérdida que éste sufre la cubrirá al cabo de un poco de tiempo su propio organismo. Además, y en la medida de que dichas porciones—por ser un bien escaso—son un bien económico, su valor resulta dilucidado con arreglo a las leyes que rigen el intercambio de bienes escasos en el seno de la comunidad. De este modo, el problema de la determinación del *quantum* de la contraprestación se esclarece

en la medida necesaria y deja de ser un obstáculo para la regulación por el Derecho de la cesión de porciones hemáticas. Ocurre aquí algo semejante a lo que acontece con tantos y tantos otros bienes de características análogas; para circunscribirnos al ámbito de los bienes de la personalidad—con la secuela de derechos de valoración patrimonial que en ocasiones engendran—, algo análogo sucede con la valoración del *quantum* de la contraprestación de una obra artística o literaria, o una invención para la industria.

Jurídicamente hablando—para pasar ya al segundo rasgo—, no hay términos hábiles, dado el instrumental técnico de que se parte, para obviar la construcción de esta contraprestación como un *precio*. Lo que suele repugnar, no obstante, o es la admisión del precio en cuanto concepto técnico, sino el dato de que éste se expresa en dinero. La *monetización* del intercambio de porciones de masa sanguínea es, sin embargo, hoy por hoy, ineludible, ya que el dinero es la medida general de valor aceptada generalmente, y aunque al dador se retribuyera tan sólo el perjuicio que la extracción supone en su organismo—si es que éste pudiera calcularse—, no hay términos hábiles para proceder a una evaluación no monetaria del mismo.

b) *La prohibición de lucro o ganancia, como principio organizatorio del tráfico jurídico hemático*

Recordemos ahora el último de los tres problemas planteados en este epígrafe: cómo organizar el ciclo de producción de los productos hemáticos o de origen hemático, de suerte que no exista un simple proceso mercantil o industrial en su fabricación y suministro: Cuestión ésta que, a su vez, se descompone en dos problemas distintos, aunque íntimamente conectados entre sí: 1.º, el de evitar que las transacciones concretas, cuyo objeto sean porciones hemáticas, queden exclusivamente presididas por el ánimo de lucro de las partes contratantes; 2.º, el de procurar construir un ciclo funcional que, desde su origen hasta el consumidor, no se rija exclusivamente por las leyes del mercado. Es de advertir que estos dos problemas ni son meramente teóricos ni los proponemos por un puro interés especulativo. Ambos, como los anteriormente planteados, están realmente gravitando sobre los distintos ordenamientos positivos de la hemoterapia.

El primero de ellos significa una nueva incidencia, aparentemente más atenuada que la anterior—de la que acaba de dejarse constan-

cia—, sobre el problema del valor de cambio que para el dador tienen las porciones hemáticas. Incidencia que ahora se cifra en frenar el impulso hacia la disponibilidad, en tanto la disposición se realice simplemente con vistas a subrogar un valor económico—el más común, el dinero—en el lugar que en el patrimonio de la persona ocupan (o han de ocupar, una vez extraídas) las porciones separadas de masa sanguínea. En una palabra, a excluir de las facultades de disposición uno de sus más característicos móviles impulsivos: la idea de provecho o ganancia. A este respecto, el artículo 673 del *Code de la Santé* francés establece expresamente que

«... los precios de las operaciones concernientes a la sangre humana, su plasma y sus derivados, tanto en la fase de preparación y depósito como en su despacho, se fijan por el Ministerio de la Salud *de manera que se excluya todo provecho*».

Y la Ley italiana de 24 de julio de 1967 dispone en su artículo 12, en idéntico sentido, que

«... *il sangue umano... et i derivati di esso... non possono essere fonte di profitto, ma debbono essere ceduti o gratuitamente o dietro rimborso dei costi di raccolta e di preparazioni...*»

Superpongamos ahora estos preceptos—ya habrá ocasión de analizar el Derecho positivo español en este punto—sobre los esquemas generales de ordenación del tráfico de las cosas en general. Este se ordena en atención, bien al deseo de provecho o ganancia del sujeto, bien ánimo de liberalidad del mismo. ¿Qué significado asumen, desde esta perspectiva general, los preceptos transcritos? Evidentemente, el de pretender que el tráfico jurídico de porciones hemáticas *no gravite exclusivamente* sobre el ánimo de lucro. Observemos además que la exclusión de la idea de provecho o ganancia no excluye la presencia de una contraprestación del beneficiario de la cesión de sangre, sino que va derechamente a impedir que dicha contraprestación sea justamente el móvil de la cesión. La prohibición no hay que situarla en el terreno de la causa, si éste se acota de acuerdo con la clásica doctrina objetivista que luce en el artículo 1.274 de nuestro Código Civil; se admite una contraprestación, y tan sólo se dificulta o impide el juego de unos móviles determinados.

Situando en ese campo el problema y dejando para un análisis ulterior la suma de consecuencias organizatorias de diversa índole que de aquí se derivan, esto significa que los actos de transferencia que quedan permitidos son los que se realizan con una intención de liberalidad: donación o negocio mixto *cum donazione*. Técnicamente no hay otro modo de organizar este aspecto de la transferencia sino mediante una regulación administrativa del precio de la cesión.

Por otra parte, si los sentimientos de solidaridad social fueran bastantes para generar las disponibilidades necesarias, surgidas en la comunidad, aquí termina este problema. Pero la experiencia muestra que esto no es así: que la sangre humana es un bien escaso justamente porque no existe un número de dadores suficiente en cada momento, originándose entonces la ineludible exigencia de un estímulo que mueva a la dación, estímulo que puede asumir formas muy diversas, pero que, hoy por hoy, es en gran medida económico.

Hasta aquí unos hechos. Para afrontarlos podría pensarse en campañas de incremento de la solidaridad social, en estimular la liberalidad, y los Gobiernos y otras instituciones sociales suelen hacerlo. De momento, los resultados no han sido bastantes, y de aquí que se presencie la cesión de sangre a cambio de un precio y hasta en ocasiones la importación por parte de países ricos.

4. *Prohibición de lucro y organización del proceso de producción de sustancias curativas de origen hemático*

a) *Aplicabilidad o inaplicabilidad a las porciones de masa sanguínea del concepto jurídico de mercadería*

Veamos ahora el otro problema que quedó enunciado: el de procurar construir un ciclo funcional para los productos hemáticos, en el que desde su origen hasta el consumidor no rija de modo exclusivo las leyes del mercado.

Según más adelante, se precisa con detenimiento, las porciones de masa sanguínea son un objeto con propiedades curativas, cuyo final puede ser el «uso medicinal inmediato»; pero son también materia prima para la elaboración de otros medicamentos. En esta última hipótesis, la masa sanguínea se incorpora al ciclo industrial de preparación de una serie de medicamentos.

La prohibición de lucro de considerar las porciones hemáticas como fuente de provecho o ganancia —tan lógica desde un punto de vista—

se hace más difícil de comprender desde la perspectiva de ese ciclo industrial que generan dichas porciones, ya que en el tramo final del mismo se da vista a unos productos fabricados por una empresa que han de venderse a un precio remunerador para la misma.

Los problemas son entonces dos: 1.º, si la sangre humana, como tal, puede ser considerada como una mercancía, en cuanto da vida a un proceso jurídico-mercantil de fabricación y venta al público de unos productos determinados; 2.º, si las empresas a cuyo cargo corre dicho proceso han de situarse o no al margen de la idea de provecho o ganancia.

Tomemos como punto de partida la conocida afirmación de SAVATIER, de que la sangre humana, una vez extraída y después de conservada y transformada, esto es, cuando se ha convertido en un producto elaborado, no puede ser considerada como una mercancía. Y, con independencia de reconocer las buenas intenciones del gran jurista francés, uno de los pocos que se han ocupado de este tema, hay aquí que realizar unas cuantas precisiones.

En primer lugar, hay que decir que los objetos que se conocen con el nombre de productos hemoterápicos son varios, uno de los cuales tan sólo es la sangre sin transformar (sangre fresca o conservada); por tanto, habría que preguntarse cuáles pueden ser y cuáles no pueden ser una mercancía, de entre la amplia gama de productos de esta especie. Si observamos el tráfico habitual, veremos que la gran mayoría pasa por él como mercancías, sin que a nadie repudie su compra y venta.

En segundo lugar, es preciso manejar los conceptos a emplear con un nivel mínimo, pero indispensable, de precisión técnico-jurídica. Un jurista no puede manejar otro concepto de mercancía que el que ha diseñado la técnica jurídica, sin dejarse llevar por los eufemismos que ciertos pudores sociales ponen en uso; pasa lo mismo que cuando se reserva el término «honorarios» para la retribución procedente del ejercicio de una profesión liberal, lo que no debe nublar la mente del jurista hasta el punto de empeñarse en hacer de los honorarios una figura *sui generis*, aunque no sea éste el momento de replantear todo cuanto alrededor de ello se ha escrito.

Un objeto de derecho es mercadería cuando, además de poseer ciertos rasgos característicos que los mercantilistas encuentran —corporalidad, movilidad, sustancialidad, valor patrimonial *in situ* en la cosa misma—, se encuentra incorporado a un determinado ciclo fun-

cional; es decir, es la pertenencia a la circulación mercantil, una característica externa y no interna, la que hace a la mercadería. Y es la pertenencia a este ciclo la que hace aplicable el tráfico que esta cosa origina un derecho especial, distinto del derecho privado común o general. No deben, pues, confundirse dos cosas muy diferentes jurídicamente hablando: 1.^a, la conceptualización o no de una cosa como mercancía; 2.^a, el deseo de eliminar un lucro injustificable en los negocios cuyo objeto es la sangre humana. Y a esto último es a lo que apuntan las legislaciones, y tratan de conseguirlo suspendiendo el principio de libre concurrencia, determinando previamente qué sujetos pueden realizar el tráfico jurídico que tenga este objeto y el precio a pagar por el objeto de ese tráfico; de este modo se evita la explotación del hombre por el hombre. Con acogerse solamente a la prohibición de que la sangre humana sea una mercadería no se ha hecho absolutamente nada. ¿Es que no puede existir también un provecho injustificable en una extracción o una venta de sangre humana normativamente acogida al Derecho civil?

El problema es, en realidad, mucho más profundo y ha de clarificarse atendiendo a los principios materiales sobre los que se sustentan en este punto los distintos ordenamientos jurídicos. En efecto, el punto de partida es, en general, el de que las piezas y elementos del cuerpo humano—en tanto pueden separarse sin detrimento del mismo—son bienes de la persona susceptibles de apropiación y, por ende, pueden ser objeto de un derecho subjetivo sobre los mismos, bien sea concebido este derecho como un derecho de propiedad o como un derecho de la personalidad, el esquema es siempre el mismo.

Y es aquí, a nuestro entender, donde la cuestión está necesitada de un giro radical, tomando otros supuestos como punto de partida y llegando desde ellos a una conclusión diametralmente distinta, si bien siempre desde la perspectiva de los derechos de la persona.

b) *Prohibición del lucro y proceso empresarial de producción de productos hemáticos*

La tendencia «despatrimonializadora» encuentra, no obstante lo expuesto, su más profunda contradicción cuando se da vista al proceso de producción de sustancias curativas, respecto de las cuales las porciones hemáticas son tan sólo la materia prima. Proceso, por supuesto, que ha de correr a cargo de empresas ad hoc.

Desde la más elemental perspectiva, la empresa aparece —en el seno de la organización capitalista de la actividad económica— como aquella institución que combina los factores de producción, de suerte que el precio que en el mercado alcancen los productos sea superior al coste de dichos factores. Es decir, como institución económica —insistamos, en el actual contexto organizativo económico— va indisolublemente unida justamente a la búsqueda de un provecho o ganancia; sin el beneficio del empresario no hay empresa. ¿Qué significado puede tener entonces la tendencia «despatrimonializadora» en este aspecto? No cabe duda de que, con una lógica implacable, la alternativa es clara: o se traspasa al sector público esta actividad económica (con lo que el impulso a la actividad deja de ser al ánimo de ganancia individual), o ha de admitirse la institución empresarial privada con todas sus consecuencias. Este es el dilema que aparece expuesto en el preámbulo del Decreto de 28 de octubre de 1965, cuando se enuncia como un propósito del Gobierno el de dar un carácter público (en el sentido de titularidad pública) a los bancos de sangre, pero que entretanto ha de contarse con la iniciativa privada.

En último término, pues, la configuración de la actividad de producción no deja de estar sustancialmente organizada de acuerdo con el patrón empresarial privado, si bien con limitaciones tendentes a evitar ciertas consecuencias que pudieran derivar de la pura dialéctica de los hechos económicos. Lo que nos lleva a reconocer, en el plano jurídico-positivo, la existencia de una actividad jurídico-mercantil, modulada en sus consecuencias prácticas por preceptos excepcionales: exigencias expresas de que la empresa cuente con un tipo determinado de profesionales, controles de calidad, requisitos de una producción determinada, determinación administrativa del precio, etc.

C) *Los fundamentos de la presencia de la Administración en el interior del tráfico jurídico hemoterápico*

Hasta aquí las inquietudes generales y los problemas específicos que han motivado la necesidad de un ordenamiento jurídico de las actividades hemoterápicas. Mas de esta simple exposición se desprende que la intervención del poder político —en su misión de proporcionar al hombre la plenitud en su convivencia con los demás— no puede quedar acantonada en la mera construcción de un conjunto normativo. Se ha hecho ineludible dar un paso adelante y situar a la Admi-

nistración en el interior de este tráfico jurídico, a fin de organizar las actividades tendentes a conseguir los fines que el propio ordenamiento persigue y de procurar una garantía efectiva a los valores que aquí se han de proteger.

Desde un punto de vista más concreto, es evidente que la intervención administrativa se viene dirigiendo primariamente a lograr el mantenimiento de la ya mencionada tendencia «despatrimonializante» de los actos que componen este tráfico: a evitar, en la medida de lo posible, que el sistema gravite sobre el móvil del lucro y no sobre sentimientos y actitudes de solidaridad social; a limar las asperezas de la organización económica capitalista, con sus estructuras empresariales y la estricta dependencia de los niveles de oferta y demanda en el mercado, eliminando el principio de libre concurrencia mediante la exigencia de autorizaciones o concesiones administrativas, regulando la composición y actividad de las empresas y estableciendo previamente con carácter general los parámetros económicos de la actividad (calidades de los productos, precios, etc.).

Mas la Administración ha de procurar además organizar tales actividades de modo que satisfagan las necesidades generales que los productos hemoterápicos pueden cubrir. Y en este aspecto, como medicamentos cuya obtención responde a procesos peculiares, se plantea el problema esencial—cobertura de las necesidades—y los problemas accesorios que del mismo derivan. En efecto, el problema esencial radica en tener siempre el nivel de disponibilidades precisas en cada país, provincia, localidad o centro, tanto en cantidad como en calidad, y ello requiere prever cuidadosamente la problemática del ciclo, desde la fase de extracción hasta la de aplicación del producto a quien lo necesite.

Prescindiendo de los detalles técnicos que han de reservarse a la ciencia médica, en la fase de extracción de la sangre humana existen dos cuestiones de interés: la seguridad que ha de rodear a la operación y la necesidad de contar con un número y variedad de dadores que cubran las posibles necesidades que puedan existir. La primera de estas cuestiones se resuelve jurídicamente con dos medidas, que a veces se encuentran conjuntamente adoptadas por las normas aplicables; estas medidas son, de una parte, el otorgamiento con carácter de monopolio a la profesión médica de la aptitud para extraer sangre, y de otra, la prohibición de realizar extracciones en centros que no cuenten con una legitimación *ad hoc*; esta última exigencia no recae,

naturalmente, sobre las extracciones que se vayan a practicar simultáneamente a una transfusión, caso en el cual se considera la operación conjunta como acto médico, perteneciente, por tanto, al ejercicio de una profesión.

La segunda cuestión, la de obtener un número y variedad de dadores capaz de cubrir las posibles necesidades que se pueden presentar en el país depende, más que de la norma en sí, del grado de penetración del problema en la sensibilidad social. A la Administración toca aquí, antes que una actividad puramente reglamentadora, una acción educadora de la población y de publicidad del problema. Esta acción se nuclea en muchos países a través de asociaciones privadas, a las que se concede una serie de ventajas; estas asociaciones permiten tener reservas en su lugar adecuado; es decir, no sangre ya extraída y dispuesta para su uso, sino sangre aún en el organismo del dador (con lo que se obvia el inconveniente del corto periodo en que la sangre es útil después de extraída).

En la fase de preparación o transformación y conservación, el problema de la calidad del producto se asegura exigiendo a los centros que a ello se dedican una serie de requisitos en relación con el personal y el utillaje de los mismos. Más importantes son las medidas que tienden a impedir la salida del país del producto, lo que se verifica a veces desde países pobres a países ricos, ya que éstos pueden pagar bien la materia prima, que luego transformarán en productos farmacéuticos y terminarán vendiendo a los países pobres.

La fase de distribución plantea el problema de la localización geográfica de los centros, de modo que el territorio nacional, en su totalidad, quede convenientemente equipado para hacer frente tanto a las necesidades cotidianas como a cualquier evento extraordinario. Este agrupamiento exige además una coordinación de los centros, sobre todo a efectos de tener prevista la utilización de grupos de sangre que se dan más raramente, lo que exigiría tener localizados a posibles dadores de estos grupos raros.

Estas son las razones generales que vienen explicando la intervención administrativa en el campo de la hemoterapia; la intensidad de esta presencia de la Administración no es más que la consecuencia de un juicio previo del legislador, el cual, con vistas a que los intereses en juego sean debidamente atendidos, configura dicha intervención de acuerdo con alguno de los moldes jurídico-positivos al uso.

