



“La calidad sui generis que se atribuye al cadáver se debe a la distinción que tiene este, como objeto, con los demás objetos de derecho. Esto es así en vista de que el cadáver fue parte de la unidad psicosomática que es el hombre, característica que solo el cadáver y ningún otro objeto de derecho, puede poseer”

Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a estas

51

Mariana Mendoza Benza*

A inicios de la década de los treinta se llevaron a cabo los primeros intentos de trasplante de órganos de cadáveres hacia cuerpos humanos sin mucho éxito. Fue recién en la década de los cincuenta cuando en Estados Unidos se perfeccionaron las técnicas que harían del cadáver un objeto útil para salvaguardar la vida de los vivos. Alrededor del mundo, entonces, aumentó la cantidad de especialistas que aplicaban aquella beneficiosa técnica en miles de cadáveres y que, a su vez, generaron nuevos intereses, relaciones y también conflictos que requerían de una urgente regulación normativa. Fue de esta manera que en la doctrina internacional se inició una ardua discusión en torno al tema del cadáver y su posición frente al ordenamiento, es decir, en torno a su naturaleza o status jurídico. Durante los años setenta y ochenta se postularon las más discutidas teorías en relación a este tema, las cuales fueron analizadas y criticadas a lo largo de los años noventa y, con nuevas perspectivas, hasta el presente siglo.

A continuación haremos un recorrido espacial y temporalmente diverso en el que analizaremos las diversas concepciones en torno a la valoración jurídica atribuida al cadáver y la posición que el ordenamiento peruano parece adoptar basándonos en un análisis de su jurisprudencia y normatividad con la finalidad de esclarecer un problema, a mi parecer, muy poco discutido.

1. EL CADÁVER: CONCEPTO Y TRANSCENDENCIA SOCIAL Y CULTURAL

Antes de dilucidar en torno a la naturaleza jurídica del cadáver es importante comenzar por entender qué es el cadáver. En el campo etimológico Diez-Díaz nos explica que la palabra cadáver proviene de tres raíces latinas: *cara*, *data* y *vernus*, que significan en conjunto “carne entregada a los gusanos”.¹ Otra interpretación etimológica establece su procedencia del latín *caedere*, que significa caer. A esto se añade que -en sentido figurado- su agonía, que deriva de *agón*, es lucha, acabada la misma se produce la pérdida de la vida y, por ello, al cuerpo resultante se le designa como caído o cadáver.²

* Estudiante de Tercer Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Docencia del Curso de Introducción a las Ciencias Jurídicas con el Profesor Félix Morales y Practicante del Área de Derechos Humanos de la ONG “Flora Tristán”.

1 Cf. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Lima: Editorial Rhodas, 2006, 5ta edición, p. 262.

CIFUENTES, en cambio, desde una perspectiva más filosófica, considera al cadáver como producto de la desunión del cuerpo y espíritu, elementos de los que esta compuesto el hombre.³

Mucho más significativa y cálida es la significación que socialmente se le atribuye al cuerpo inerte de una persona y los comportamientos que frente a éstos asumimos. La tradición del culto y respeto a los muertos se remonta desde los comienzos de la vida humana y revela otra de las diferencias que el ser humano tiene con los demás seres vivos. Desde la época de los hombres neardentales ya existía el entierro a los muertos como manifestación de veneración a éstos. Los hebreos, de igual forma, impedían el contacto directo con los cadáveres por creerlo impuro y consideraban el entierro de los mismos como un acto de misericordia. Los egipcios, quienes creían en la reencarnación, embalsamaban a los cadáveres para conservarlos y les dedicaban tumbas, denominadas “moradas eternas”, a las que conferían mayor importancia que a las cosas de los seres vivos.⁴ En Roma, también se apreció especialmente a los cadáveres por considerar que los muertos se convertían en espíritus maléficos y, para apaciguarlos, celebraban en su homenaje la semana de los muertos; también practicaban la sepultura e incluso la cremación de los cadáveres.⁵ El cristianismo, por último, acentuó el sentido religioso de los entierros y del contacto con el cadáver. Su respeto proviene fundamentalmente del dogma católico de la reencarnación de las almas.⁶

Nuestra historia no se encontró ajena a estas manifestaciones, dejando como vestigio conductas que hasta el día de hoy se conservan. Así lo sostiene el antropólogo Orlando Velásquez:

“La Arqueología, la Historia, la Antropología, nos ofrecen las diferentes civilizaciones y sociedades que, en su turno, conformaron el mapa del Perú. Pompas fúnebres, rituales, velorios, entierros, conforman un conjunto cultural vivo que desde los tiempos prehispánicos, pasando por la colonia, la república, hasta hoy mantienen plena vigencia y que constituyen una de las mayores riquezas de nuestra cultura, aparte de convertirse en un sólido caudal de identidad.”⁷

Algunas de estas tradiciones, en la actualidad, han desaparecido junto con las civilizaciones que las idearon mientras otras aún permanecen, ya sea idénticas o con ciertas mutaciones debido a las variantes sociales, entre otros factores. Aún así, todas estas manifestaciones cul-

turales cuentan con un importante punto en común: la especial consideración que históricamente como seres humanos hemos tenido frente a los cadáveres. Hoy en día actos como el velorio, el funeral, la misa del difunto, el luto y la visita al muerto, entre otros, nos demuestran que dicha costumbre se encuentra aún vigente en nuestra colectividad.

Jurídicamente, sin embargo, no encontramos una definición de cadáver.⁸ Esto no es necesariamente malo ya que el conocer qué es un cadáver es una tarea que corresponde únicamente a un profesional de la salud y que no debe ser asumida por un legislador. Ésta, más bien, debe ser recogida.

Pero, ¿Qué concepto recoge nuestro ordenamiento? Para responder esta pregunta cabe hacer mención de que la actividad de conceptualización y regulación legislativa parte siempre, o debería, de una realidad tangible acreedora de ciertas características que son recogidas para ordenarlas. En nuestro país, no obstante, es común la importación de conceptos, construcciones doctrinales y regulaciones extranjeras para aplicarlas a la propia realidad. Dejando de lado las críticas que esta importación pueda ocasionar, ya que puede exceder o ser insuficiente para la realidad importadora, pasemos a analizar cuáles son estas construcciones intelectuales que surgieron en el ámbito internacional y que sirvieron de modelo para el ordenamiento peruano.

2. TEORÍAS EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CADÁVER

Históricamente ha existido una insalvable dicotomía jurídica que configura todo cuanto existe como persona o como cosa,⁹ por lo que la discusión temporalmente inicial en torno al tema del status jurídico del cadáver se avocó en hacer calzar en alguna de las categorías de sujeto u objeto de derecho, al cadáver. Es así que, en relación a estas últimas, cabe distinguir entre dos grandes corrientes de opinión acerca de la naturaleza jurídica del cadáver.

2.1. El cadáver como sujeto de derecho: Teoría de las semipersonas y de la personalidad residual

Una interpretación contemporánea de la noción de sujeto de derecho nos la proporciona ESPINOZA ES-

2 Cf. BERRO ROVIRA, Guido. ¿Qué es el cadáver? Montevideo: Departamento de Medicina legal, Facultad de Medicina de la Universidad de la República, 2002.

<http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/tx-020822.htm>

3 Cf. CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1995, p. 403.

4 Cf. Ídem, pp. 404-405.

5 Cf. DIEZ DIAZ, Joaquín. Los derechos físicos de la personalidad. Madrid: Ediciones Santillana, 1983, p. 327.

6 CIFUENTES, Santos. Óp. Cit., p. 405.

7 VELÁSQUEZ BENITES, Orlando. Cosmovisión de la muerte. Los muertos vuelven a vivir en el Perú. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo, 2008, p. 13.

8 Como veremos más adelante, las posiciones en la doctrina sobre el concepto jurídico de cadáver son variadas. Sin embargo, aquí estrictamente nos referimos al derecho positivo.

9 Cf. ANGOTIA GOROSTIAGA, Víctor. Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 107.

PINOZA: “Sujeto de derecho es un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible, siempre y en última instancia a la vida humana”.¹⁰ Sin embargo, en las teorías que aquí mostraremos, no aparece tan clara esta distinción y más bien se establece como sujeto de derecho todo aquello que no puede ser objeto o cosa. Son dos las teorías que contemplan al cadáver distinto de una cosa y más cercano a la categoría de sujeto de derecho, como en seguida se expondrá.

2.1.1 Teoría de las semipersonas

En esta posición se encuentra Demogue, quien considera que los muertos pueden ser reputados semipersonas. La justificación de esta extensión de la personalidad a los muertos se encuentra en la simplicidad de la regulación jurídica que la utilización de esta teoría significaría.¹¹ Consideramos este fundamento no lo suficientemente convincente para asumirlo. Así también opina la autora argentina Anahí MALICKI, quien nos dice:

*“Esta idea, a mi entender poco clara, demuestra la contradicción lógica en la que cae el autor, ya que se hace imposible la admisión de una categoría que importe la existencia de personas a medias, “se es o no persona”. Aún más, desde su propio punto de vista puede objetarse a esta tesis, que la noción de persona es una de las categorías de unificación y ordenación del vasto material del derecho, no pudiendo prodigarse so pena de desorden y dispersión”.*¹²

2.1.2 Teoría de la personalidad residual

Gierke, de otro lado, sostiene que el cadáver es un resto de la personalidad que se encuentra sujeto a la decisión de los deudos, los cuales tienen el derecho de velar por el muerto. Se conforma así una suerte de “derecho de familia” cuyo contenido refiere a la disposición del cadáver con la finalidad de hacerle un entierro adecuado, determinar su epitafio y excluir las intromisiones que puedan acaecerse.¹³ Asimismo, Kipp considera que dicha personalidad residual permite a los deudos decidir sobre el destino y velar por el muerto, porque la personalidad exige cierta consideración después del deceso.¹⁴

No obstante, MALICKI considera impropia esta teoría fundamentándose en las verdaderas razones por las que un cadáver es protegido y en las nociones de persona y derechos personalísimos, como vemos a continuación:

“En mi opinión la muerte pone fin a la existencia de las personas físicas, siendo impropio hablar

*de un resto o residuo de la personalidad, idea abstracta y jurídicamente irrelevante. Por lo demás, cuando se protege la memoria y honor de los muertos se lo hace en miras de los parientes vivos y de la sociedad toda, no en el respeto de una personalidad residual, en última instancia habrá un respeto póstumo a quien fue persona. En otro sentido estas ideas contrariarían la noción misma de persona y de los derechos personalísimos”.*¹⁵

CIFUENTES opina también de esta manera, interpretando la existencia de esta teoría como creadora de un derecho de la familia sobre el cadáver:

*“En el rigor lógico del razonamiento para mí no cabe duda de que, extinguiéndose la persona, es impropio hablar de un resto de la personalidad, como algunos autores afirmaron para oponerse a la teoría de la res. Piensan que dicha personalidad exige consideración después del deceso. Se crearía un derecho de familia para disponer del destino del cadáver, hacer un entierro adecuado, determinar el epitafio y excluir las intromisiones de quienes no tiene derecho”.*¹⁶

Más radical aún es Nuta, quien no habla de una personalidad residual sino que atribuye la misma naturaleza jurídica del cuerpo del hombre vivo al cadáver humano, proponiendo para éstos últimos la designación del término “objetos corporales” al no poderseles asignar el carácter de cosa. Bertoldi de Fourcade, en contraposición, opina que no le es posible compartir esta idea ya que no puede adjudicársele igual naturaleza al cuerpo vivo que al cadáver.¹⁷

Así entonces observamos, que estas perspectivas jurídicas del cadáver resultan del todo problemáticas debido a las contradicciones en las que caen sus propios postulados o en relación con las nociones de persona y con los fines de ordenación del Estado. Es en función a todo esto que la mayoría de la doctrina, tanto nacional como internacional, se resiste a aceptar aquellas postulaciones. Observamos también que las opiniones en desacuerdo con estas teorías recurren a la tesis de que el resguardo de los cadáveres responde a una “Derecho de Familia”, lo cual será materia de análisis en el tercer apartado.

2.2 El cadáver como objeto de derecho: Teoría de la res y la discusión en torno a la comerciabilidad del cadáver

En contraposición, la teoría de la *res*, palabra en latín para el término *cosa*, equipara al cadáver como un objeto de

10 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Óp. Cit., p. 40.

11 Cf. MALICKI, Anahí. “El cadáver. Actos dispositivos”. En RIVERA, Julio César. Derecho Civil: parte general. Temas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, pp.111-112.

12 Ídem, p. 112.

13 Cf. ENNECERUS-KIPP y WOLFF, citado por MALICKI, Anahí, ibídem.

14 Cf. Ibídem.

15 Ídem, p. 113.

16 CIFUENTES, Santos. Óp. Cit. p. 406.

17 BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, “Trasplante con órganos de cadáveres”. En BORGOGGIO DE BROUWER DE KONING, María Teresa. Transplantes de órganos (entre personas con órganos de cadáveres). Buenos Aires: Hammurabi, 1983, p. 174.

derecho y discute, entre las diversas opiniones doctrinales sobre esta teoría, la posibilidad de que éste sea una cosa o bien material y si es que ésta es comerciable (*res intracommercium*) o, más bien, que se encuentre fuera del comercio (*res extra commercium*).

Cabe definir que objeto de derecho es todo bien, material e inmaterial, sobre el cual recae el poder jurídico del sujeto de derecho¹⁸. El bien debe ser siempre identificable con la noción de objeto de derecho, y se caracteriza por ser cualquier entidad del mundo exterior -material o inmaterial- que tenga individualidad propia y sea susceptible de someterse al poder de los sujetos de derecho¹⁹. Aunque esta sea la definición que en la actualidad se maneja, veremos a continuación que los criterios que se utilizaron en esa época para determinar si nos hallábamos frente a un objeto de derecho abarcaban además el valor económico que siempre debe tener un bien, lo que conlleva a analizar también su comerciabilidad.

En la doctrina argentina, un importante sector niega la posibilidad de que el cadáver sea cosa debido a que la definición que se tenía sobre ésta en el artículo 2311 de su Código Civil establecía que los objetos materiales son aquellos susceptibles de tener un valor, definición no posible de concordar con la de cadáver ya que no existe una valoración pecuniaria que a éste se le pueda atribuir. Santos CUFENTES y Orgaz así lo consideran, situando más bien al cadáver como bien material fuera del comercio, aunque admiten también la posibilidad de que sea objeto de relaciones jurídicas determinadas para temas de investigación o enseñanza, por voluntad del difunto o disposición de la autoridad pública²⁰.

Surge, sin embargo, una intensión de interpretación más amplia del término valor para poder encuadrar al cadáver dentro de la noción de objeto de derecho. Así, Anahí MALICKI fija la posibilidad de que el valor no sólo mide una apreciación pecuniaria, sino también se le puede entender como “idoneidad para desempeñar una función social o humanitaria”. Con lo que, si se dispone por testamento que el cuerpo sea destinado a un instituto para investigación o para trasplantes (una clara función humanitaria) entonces el cadáver sí podría ser considerado como una cosa susceptible de valor.²¹

Otra perspectiva del término valor, desarrollada por Bertoldi de Fourcade, refiere a lo siguiente:

“(...) Nos parece más aceptable en nuestro complejo mundo de relaciones jurídicas, tan diversas,

aquella posición que entiende que la locución ‘susceptible de tener un valor’ se refiere a la ‘idoneidad’, actual o potencial, del objeto para satisfacer funciones económicas y sociales. Por ello, la idea de ‘valor económico’ ha de completarse con la idea de ‘valor social’, sin que la aceptación de una signifique desechar la otra.”²²

No obstante, la mayoría de la doctrina internacional se hace ajena a este planteamiento y sí admite al cadáver como una cosa. Así lo vemos con Messineo quien sostiene que, sobre la base de los principios generales, se considera cosa al cadáver, puesto que con la muerte se ha dejado de ser persona y así el sujeto se transforma en objeto.²³ Igualmente, De Cupis sostiene que así como es cosa la parte separada del cuerpo vivo, también lo es el cadáver puesto que la muerte produce una completa mudanza en la sustancia y en la función del cuerpo entero, el cual no es más que un elemento de la persona. Con esta extinción, nos dice el autor, no subsisten los derechos.²⁴ Leonfanti le agrega al cadáver una significación especial al considerarlo como una cosa *sui generis* a la que se debe respeto y la correspondiente sepultura.²⁵

En el Perú, León Barandiarán afirmaba en 1970 que los derechos personalísimos se extinguen con la muerte de su titular y que las cuestiones referidas al cadáver, al sepulcro, como la memoria del fallecido, vienen a incidir en las personas que son sucesoras del difunto o sus familiares.²⁶

La discusión se enfoca ahora, luego de aceptar al cadáver como objeto de derecho, en la comercialidad del mismo. De esta manera, Coviello afirma que éste es una *cosa* en sentido jurídico debido a que cuando haya muerto tendrá una existencia impersonal pudiendo producir una utilidad industrial o científica, la cual podría darse a título gratuito u oneroso. La disposición a título oneroso no le parece inmoral desde el momento en que se admite la comercialidad del cadáver.²⁷ Gatti sostiene similar criterio ya que el cadáver como cosa puede ser objeto de derechos reales, por el uso de sus partes para la curación de enfermedades.²⁸ No obstante, frente a la posibilidad de establecer un contrato oneroso de tal contenido existe un rechazo de la generalidad de la doctrina extranjera ya que éste sería contrario a las buenas costumbres.²⁹

Aún así, Diez-Díaz considera que la venta del propio cadáver no tendría por qué considerarse inmoral cuando el fin que se propone alcanzar el comprador, lejos de ser vituperable, es altamente humanitario.³⁰

18 Cf. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Óp. Cit., p. 47.

19 Cf. Ídem., p. 50

20 Cf. MALICKI, Anahí. Óp. Cit., p. 115-116.

21 Cf. Ídem., p. 121-122.

22 MESSINEO, citado por BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. Óp. Cit., p. 177.

23 Cf. Ídem., p. 171.

24 Cf. CUFENTES, Santos, citado por BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, Óp. Cit., p. 114.

25 Cf. LEONFANTI, citado por BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, Ídem., p. 172-173.

26 Cf. LEÓN BARANDIARÁN, José. Curso elemental de derecho civil: parte general. Lima: UNMSM, 1970, p. 94.

27 Cf. CUFENTES, Santos, citado por MALICKI, Anahí, Óp. Cit., p. 113.

28 Cf. GATTI, Edmundo, citado por MALICKI, Anahí, Ídem., p. 116.

29 Cf. FADDA y BENZA, citado por MALICKI, Anahí, Ídem., p. 113.

30 Cf. DIEZ DÍAZ, Joaquín. Óp. Cit., p. 340.

En la doctrina alemana, Oertman agrega que: “Por motivos de moralidad pública, son posibles pero a la vez muy limitadas las relaciones jurídicas en que puede entrar como objeto esta res extra commercium”.³¹ De la misma forma, Enneccerus sostiene, sobre la posibilidad de derechos de propiedad sobre el cadáver, que: “con la muerte el cuerpo se convierte en cosa aunque no pertenezca en propiedad al heredero ni sea susceptible de apropiación”.³² Sobre este tema, e incluyendo una visión más trascendente de la existencia del cadáver, el español Castán Tobeñas asegura que no se trata de una cosa susceptible de apropiación y comercio sino que el cadáver está sujeto al interés público y social.³³

Asumiendo su comercialidad, y adicionando su categoría de cosa, López y López, sostiene que el cadáver constituye una cosa mueble de naturaleza especial y coinciden en este punto con De Castro, quien adhiere el tema del trato digno al sostener que con la muerte el cuerpo de la persona ha devenido en la especial cosa mueble que merece un trato más digno que el que corresponde a las vulgares cosas comerciales.³⁴

De otro lado, Spota forma parte de la doctrina minoritaria al considerar que el cadáver es *res* pero que queda fuera del comercio (*res extra commercium*): “porque la autonomía de la voluntad halla su límite en la ley imperativa o de orden público, en las buenas costumbres o regla moral y en el abuso del derecho (...)”.³⁵

Como vemos, la opinión dominante acepta que el cadáver es cosa pero no comerciable, aunque admite la posibilidad de disponer del cadáver a título gratuito para fines humanitarios. Una opinión minoritaria es aquella que prohíbe substancialmente la comercialidad del cuerpo inerte de la persona, ya sea a título gratuito u oneroso. También notamos la inclusión de la noción de dignidad al cadáver, la cual merece por ser una cosa especial.

2.3 Dos manifestaciones jurisprudenciales internacionales de la época y su posición en relación a las teorías de la naturaleza jurídica del cadáver

Por un lado, en Italia, el Tribunal de casación de Nápoles (en sentencia de 7 de febrero de 1879) mostró su consenso con la teoría de la personalidad residual al sostener que el difunto deja en su cadáver parte de sí y que, por lo tanto, no se encuentra dentro del comercio. Así lo vemos al sostener lo siguiente en su decisión:

“El hombre que muere no deja solamente bienes materiales y afectos; deja también una parte de

*sí mismo en el cadáver. Cadáver que no puede constituir objeto de dominio o posesión, porque el cuerpo que fue libre en vida no puede cambiar de naturaleza después de la muerte, máxima de fe cristiana que lo juzga inefable e inconfundible con vil materia propia del comercio”.*³⁶

Por otro lado, en el ámbito jurisprudencial argentino, observamos una desligación con las teorías antes enunciadas, que recurre más bien a una posición intermedia que no asume al cadáver como un sujeto de derecho pero tampoco como una cosa en sentido estricto y que responde al análisis argentino del tema que inicialmente fue indicado. Esto lo manifiesta el doctor Tezanos Pinto en su voto a un fallo de la Cámara Civil 2^a argentina, quien refiriéndose al carácter jurídico de un cadáver decía que un despojo mortal está muy lejos de constituir una cosa en el sentido legal de la palabra porque para ser tal, necesita representar, además, un valor pecuniario del que carece. Pese a esto, asegura que tampoco constituye un sujeto de derecho debido a que junto con la vida, la aptitud psíquica y legal, que la persona tenía para adquirir derechos y contraer obligaciones, ha desaparecido.³⁷

De la misma manera, en otras resoluciones jurisprudenciales argentinas, se manifiesta la opinión de que los cadáveres no constituyen una cosa en el sentido legal de la palabra, ni son sujetos de derecho, pudiendo ser objeto sólo de un sentimiento de piedad o culto religioso.³⁸ Asimismo, se ha descartado que sean aplicables a los muertos las normas legales sobre cosas y sujetos de derecho, acudiendo, en cambio, a los principios generales del derecho.³⁹

2.4 Enfoque contemporáneo: La discusión perdura

La discusión que, como vimos, se inició hace mucho, aún hoy se mantiene. Indudable es, sin embargo, que estas nuevas formas de abordar la problemática que aquí se plantea presentan nuevos elementos y categorías que las distinguen de las iniciales teorías pero que conservan aún elementos de éstas.

Es de esta manera que María Luisa Pfeiffer plantea una propuesta que guarda similitud con la teoría del residuo de personalidad y de la semipersonalidad pero que, por su parte, no reconoce al cadáver calidad alguna de persona sino que le atribuye ciertos derechos que como persona gozaba, a su calidad de fallecido. Este reconocimiento post mortem de derechos al cadáver, es fundamentado por la autora en las costumbres sociales que en relación al cadáver se ejercen:

31 SPOTA, citado por MALICKI, Anahí. Óp. Cit., p. 114.

32 Ibídem.

33 CÉ CASTÁN TOBEÑAS, citado por CIFUENTES, Santos. Óp. Cit., p. 407.

34 CÉ LÓPEZ y LÓPEZ, citado por BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. Óp. Cit., p. 171.

35 MALICKI, Anahí. Óp. Cit., p. 116.

36 DIEZ DÍAZ, Joaquín. Óp. Cit., p. 339.

37 CÉ MALICKI, Anahí. Óp. Cit., p. 115.

38 CÉ ÍDEM., p. 117.

39 CÉ CIFUENTES, Santos. Óp. Cit., p. 409.

“Es el carácter de inviolable del ser humano que lo hace reclamar el derecho a la integridad, el que se desplaza al cadáver y origina los ritos funerarios, sobretodo la costumbre de encerrar al cadáver en una tumba para preservarlo. Asimismo, estamos viviendo actualmente en nuestro país todo un trabajo de la medicina forense y sus equipos de antropología, para responder al reclamo por la identidad de los cadáveres. Este derecho es reclamado también cuando se exige que cada cadáver sea enterrado o guardado en una urna con su nombre. No se puede realizar un acto, como extracción de los órganos de un cadáver, desconociendo que éste mantiene aun muerto los derechos como persona”⁴⁰.

Sobre el reconocimiento de derechos al cadáver, ESPINOZA ESPINOZA se manifiesta en desacuerdo, postulando más bien que se trata de una protección ultra existencial a quien fue persona:

“Aquel que ha vivido es protegido en cuanto tal: la muerte de un sujeto no es una suerte de desaparición instantánea en el mundo de las relaciones jurídicas. Si en estos casos no se puede hablar de ‘derechos’, no se puede decir lo mismo por cuanto respecta a la protección ‘ultra existencial’ del sujeto. Si un sujeto muere no se puede ignorar la esfera privada que ha tenido y divulgar noticias íntimas sobre su vida, ni se puede alterar la proyección social que su personalidad tenía en vida, entre otros aspectos”⁴¹.

De otro lado, el mismo autor, se acerca más a la ya mencionada teoría de la *res* al postular que el cadáver es un objeto de derecho *sui generis*, como lo postuló en su momento Leofanti (remitirse al subcapítulo 2.2), y que es digno de ser protegido. Así nos lo dice:

“La persona es un centro de imputación de derechos y obligaciones, en otras palabras, es un sujeto de derecho. El ser humano, durante su vida, es relación coexistencial con otros seres humanos, pero cuando esta relación se termina, culmina su finalidad como ente viviente (ser existencia y coexistencia a la vez), deja de ser sujeto de derecho para convertirse en un objeto de derecho sui generis, digno de ser protegido”⁴².

La calidad *sui generis* que se le atribuye al cadáver se debe a la distinción que tiene éste, como objeto, con los demás objetos de derecho. Esto es así en vista de que el cadáver fue parte de la unidad psicosomática que es el hombre, característica que sólo el cadáver y

ningún otro objeto de derecho, puede poseer⁴³. Es debido a esta calidad distintiva que el autor reconoce que el cadáver constituye como objeto, un bien, pero uno jurídicamente protegido. Según Welzel, el bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente⁴⁴. En efecto, el ordenamiento jurídico puede decidir proteger determinadas realidades, en función de intereses (humanos) determinados.

Interesante es además la idea que nos comparte Parets Gómez en la Revista Cubana de Derecho, en donde partiendo de la idea del cadáver como objeto de derecho se adhiere una significación social que legitimaría al Estado para declararse dueño de éste:

“La persona como sujeto de derecho y obligaciones cuando fallece adquiere la condición jurídica de un cadáver pasando a constituir un objeto de la relación jurídica, un bien social fuera del comercio privado de los hombres. Por tanto el dueño de este bien jurídico (cosa) convertida en propiedad social es el Estado, el cual dispone del mismo con fines terapéuticos y científicos gratuitos: el de proteger la salud de la población”⁴⁵.

3. POSICIÓN QUE ASUME EL ORDENAMIENTO PERUANO SEGÚN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

3.1 Ámbito legislativo

En el Código Civil se establece en el artículo 61 que la muerte pone fin a la persona, sin mencionar cuál es la consecuencia jurídica de esta determinación. Sin embargo, es posible deducir de este artículo, como lo menciona Sessarego, lo siguiente:

“Expresar que la muerte pone fin a la persona significa, en otros términos, que no existe más sujeto de derecho, ente o centro de referencia normativo al cual atribuir situaciones jurídicas, derechos y deberes. Con la muerte concluye la capacidad jurídica inherente a la persona en tanto ser humano viviente”⁴⁶.

Es indudable entonces que el cadáver no es considerado por nuestro ordenamiento como un sujeto de derecho al cual es posible imputar deberes y derechos. Más bien, como cosa, el cadáver es un bien sobre el cual se puede desplegar el poder jurídico de un sujeto de derecho. Todo poder, sin embargo, requiere de límites en su ejercicio

40 PFEIFFER, María Luisa. “El trasplante de órganos: valores y derechos humanos”. En *Persona y bioética*, Año 10, no. 27 (Jul.-dic. 2006), p. 21.
 41 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “La nueva regulación legislativa en materia de trasplante de órganos: el salto (hacia atrás) del principio de la voluntad presunta hacia el derecho de decisión de los parientes y el poder de confiscación del Estado”. En *Actualidad jurídica*. Tomo 125, abril del 2004, p. 18.
 42 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ta edición. Lima: Rhodas, 2006, p. 682.
 43 Cf. Ídem., p. 261.
 44 Cf. WELZEL, Hans, citado por REGIS PRADO, Luiz. *Bien Jurídico-Penal y Constitución*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 44.
 45 PARETS GÓMEZ, Jesús. “Enfoque jurídico de la muerte encefálica”. *Revista Cubana de Derecho*. Número 6, junio de 1992, pp. 79-93. Consulta: jueves 7 de octubre del 2010. <http://vlex.com/vid/enfoque-juridico-muerte-encefalica-45049722>
 46 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas: Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil Peruano*. Lima: Grijley, 2007, p. 216-217.

para ser legítimo, y más aún tomando en consideración la valoración social especial que denota el cadáver, lo que genera que éste requiera de una protección también especial. En lo que sigue mostraremos el resguardo que legislativamente se brinda al difunto, y que manifiesta su condición de bien jurídico protegido.

Así lo advertimos en los artículos 15°, 16° y 17° del Código Civil. Como seguidamente lo veremos, en el artículo 15° se protege el derecho a la imagen y voz tanto de la persona en vida como después de su muerte:

“Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden (...).”⁴⁷

En el artículo que le sigue, se tutelan las comunicaciones que se relacionen con la intimidad de la vida personal y familiar del difunto al determinar la necesaria autorización de sus herederos para la interceptación o divulgación de las mismas:

“Artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez (...).”⁴⁸ (Énfasis nuestro).

Por último, en el artículo 17° nuestro ordenamiento hace eficaz el reconocimiento de los derechos de la imagen y voz propias y al secreto y reserva de las comunicaciones del difunto al establecer, en el caso de que éstos sean vulnerados, la posibilidad de que los herederos inicien acciones para exigir el cese de dichos actos lesivos: “Artículo 17.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos (...).”⁴⁹

Los dos últimos artículos nos muestran la necesidad de que propiamente existan herederos del difunto para

que las protecciones reconocidas sean eficaces. Esto manifiesta una similitud con la idea planteada por CIFUENTES (Ver el apartado 2.1.2) sobre la existencia de un “Derecho de familia” sobre el cadáver que también funcionaría como fundamento de dicha protección.⁵⁰ Pero ¿Dónde queda la eficacia si no existen familiares? ¿Un cadáver sin herederos o no reconocido no goza de las mismas atribuciones que aquel que sí cuenta con éstos? ¿Con qué motivo se establece esta diferenciación, no es acaso el cadáver en sí mismo acreedor de una valoración social que genere su protección?

Por su parte, en el artículo 318 del Código Penal, se sanciona con pena privativa de libertad no mayor de dos años a quienes profanan el lugar en que reposa un muerto o públicamente lo ultraja (inciso 1); aquel que turba un cortejo fúnebre (inciso 2); y aquel que sustrae un cadáver, o una parte del mismo, o sus cenizas, o lo exhuma sin la correspondiente autorización (inciso 3).⁵¹ Evidenciamos en el presente artículo la protección a los restos mortales de la persona humana y al cuerpo inerte, ya sea que se trate de su cuerpo inerte - todo o parte- o de las cenizas de este, y de los ritos o ceremonias que en torno al cadáver se llevan a cabo. Entendemos que la eficacia, en estos casos, de tutelar la intangibilidad del cadáver no radica en sus herederos o familiares sino en general en la sociedad y el Estado por tratarse de delitos penales.

Así también, la Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos hace alusión, en el inciso 1 de su artículo 2, al respeto y la dignidad de la defensa de la persona humana, pero se ignora el tema de los cadáveres, quienes al no ser ya personas, merecen una especial mención por ser también posibles partícipes en actos de trasplantes de órganos y/o tejidos.⁵² Asimismo, en el Capítulo IV, que versa sobre la extracción y procesamiento de órganos o tejidos de donantes cadavéricos, no se menciona en ningún inciso del artículo 11, el único que este capítulo contempla, el respeto en el trato al cadáver.⁵³ Tema, sin embargo, que no es ajeno a regulaciones internacionales, como más adelante se analizará, y que se convierte en ineludible tomando en consideración la cantidad de intervenciones en cadáveres que se realizan para la extracción de sus órganos y tejidos.

Lo único rescatable en cuanto a la regulación de este tema en esta ley podría ser el artículo 4, el cual establece:

“Artículo 4.- Al ocurrir la muerte, los restos mortales de la persona humana⁵⁴ se convierten en

47 Decreto Legislativo N° 295. Código Civil. 24 de julio de 1984.

48 Ibídem.

49 Ibídem.

50 Aunque MALICKI fundamenta también la protección al cadáver en los familiares, ella se diferencia en Cifuentes al agregar a la sociedad como legitimadora de esta protección. Es por esto que no se le incluye en el planteamiento de semejanza.

51 Cf. PODER EJECUTIVO DEL PERU. Decreto Legislativo N° 365. Código Penal. 3 de abril de 1991.

52 Cf. COMISION PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley N° 28189. Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos. 18 de abril del 2004.

53 Cf. Ibídem.

54 Es importante resaltar que para el legislador “restos mortales” no es equiparable a “cadáver”. Evidencia de esto es el artículo 114° de la Ley General de Salud: “Artículo 114o.- (...) Para los mismos fines podrán utilizarse cadáveres o restos humanos, por voluntad manifiesta de la persona antes de fallecer o con consentimiento de sus familiares.” (Énfasis nuestro). Entendemos entonces que los restos humanos refieren a las partes del cadáver, órganos por ejemplo; mientras que el cadáver, al cuerpo en conjunto del difunto.

objeto de derecho, se conservan y respetan de acuerdo a ley. Pueden usarse en defensa y cuidado de la salud de otras personas, según lo establecido en la presente Ley.⁵⁵

A partir de él es posible deducir, mediante una lógica *ad minori ad maius*, que si es que los restos mortales de la persona humana, por separado, se convierten en objeto de derecho, se conservan y respetan de acuerdo a la ley entonces con mayor razón los restos mortales de la persona humana, en conjunto, que conformarían el cadáver, tendrían la misma atribución brindada por esta ley. No obstante, no consideramos esta interpretación como vasta en la regulación de procedimientos de trasplantes cadavéricos.

Asimismo, en la Quinta Disposición Transitoria y Final de esta ley se establece la prohibición del tráfico de órganos, tanto de personas vivas como de cadáveres:

“Artículo 318-A.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes:

- a) *Utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras; o*
- b) *Constituye o integra una organización ilícita para alcanzar dichos fines*.⁵⁶

Por último, en la Ley General de Salud en el Título Tercero, que regula el fin de la vida, se establece la posibilidad de inhumar un cadáver con la debida autorización de la autoridad competente (artículo 111°); se permite la cremación, previa necropsia, del cadáver en caso de que éste haga posible la propagación de enfermedades (artículo 112°). Además, se establece que la inhumación, exhumación, traslado y cremación de cadáveres o restos humanos, así como el funcionamiento de cementerios y crematorios se deben regir por las disposiciones de esa ley y otras que estén relacionadas con la materia (artículo 115°); y prohíbe el comercio de cadáveres y restos humanos (artículo 116°)⁵⁷. Llama la atención, sin embargo, el artículo 114° de dicha ley, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 114°.- Los cadáveres de personas no identificadas o, que habiendo sido identificados, no hubieren sido reclamados dentro del plazo de treinta y seis (36) horas luego de su ingreso a la morgue, podrán ser dedicados a fines de investigación o estudio. Para los mismos fines podrán utilizarse cadáveres o restos humanos, por voluntad manifiesta de la persona antes de fallecer o con consentimiento de sus familiares”⁵⁸.

A pesar de que en la Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos se establece, en el inciso 1 del artículo 11, que sólo procede este tipo de intervenciones sobre los cadáveres siempre que el difunto, en vida, haya expresado su voluntad de someterse a ellos una vez fallecido, y exista el consentimiento de la familia; en el caso de que no hubiera familia que reclame el cadáver, como el que plantea este artículo, se dispone la utilización de éste sin tomar en consideración la posibilidad de que haya decidido, en vida, no ser sometido a éstas intervenciones. Se afirma entonces que el aquel difunto que carezca de familia, o que no haya sido reclamado, se convierte en propiedad del Estado sin más. Pareciera que el cadáver, después de todo, no es tan diferente que los demás objetos de derecho ya que sobre él se pueden ostentar derechos de propiedad, lo que también nos indica que, en sí mismo, para nuestro ordenamiento, el cadáver no cuenta con la valoración especial que se le atribuye⁵⁹.

Observamos entonces, que en la legislación que abarca el tema del cadáver existen muchísimas imprecisiones y contradicciones que hace ineficaz el reconocimiento de diversos ámbitos de protección al difunto. Veremos, a continuación, si estas dudas pueden ser disipadas por la opinión del Tribunal Constitucional.

3.2 Ámbito jurisprudencial: “El caso Francia”

El bien conocido “Caso Francia” relata la presentación de un *Habeas Corpus* fundado en la retención del cadáver de Francisco Javier Francia Sánchez en el hospital Dos de Mayo el 14 de octubre del 2002, por la disposición del director de dicho hospital, hasta que fuera cancelada la suma de S/. 2,000 que los familiares adeudaban por los servicios que en este establecimiento se brindaron al fallecido. El Tribunal se manifestó resolviendo que no era posible presentar un *Habeas Corpus* sobre un cadáver ya que un requisito necesario para ser titular de un derecho fundamental, como en este caso el de la libertad locomotora, era la existencia de vida. Concluye así que los difuntos no pueden ser titulares de derechos y que por lo tanto, al no existir derechos, no existiría lesión de los mismos. Considera entonces, necesario aplicar el principio de *Iura Novit Curia* ya que identifica que los derechos aquí vulnerados son, en general, los referidos a la libertad religiosa y a la integridad personal, y específicamente, el derecho a la manifestación libre de creencias y el derecho a la integridad moral, respectivamente.

Cabe cuestionar de esta sentencia tres puntos en particular. El primero, refiere a la ausencia de una manifestación del Tribunal sobre la naturaleza jurídica del cadáver ya que éste se abstiene de determinar si el cadáver constituye un objeto o sujeto de derecho o si es un bien jurídico tutelado y se limita a negar la posibilidad de que a

55 Ibidem.

56 Ibidem.

57 CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU. Ley N° 26842. Ley General de Salud. 15 de julio de 1997.

58 Ibidem.

59 Cf. ANGOITIA GOROSTIAGA, VÍCTOR. Óp. Cit., p. 109.

éstos le sean reconocidos ciertos derechos. Un segundo punto hace alusión al requisito implícitamente planteado por el Tribunal, para que sea efectiva la protección de un cadáver, de la existencia de su familia, ya que al referirnos a la vulneración a un cadáver, en realidad estaríamos hablando de una vulneración a los derechos de la familia, quienes se verían afectados por el daño que haya podido sufrir este. Finalmente, un tercer punto, hace ver también implícitamente, el segundo requisito planteado por el Tribunal, para que exista una protección eficaz del cadáver. Esta es la necesidad de que la familia del cadáver predique alguna religión o credo que, junto con la vulneración al cadáver, ha sido vulnerada. Sobre el punto dos y tres vuelvo a plantear las mismas preguntas que antes hice: ¿Qué sucede cuando el cadáver carece de familia, o si se tratara de un cadáver no reconocido? ¿Si el cadáver sí tuviera familia pero ésta careciera de devoción religiosa alguna, entonces sería lícita cualquier vulneración al cuerpo inerte de quien fue persona?

Como vemos, la negación de titularidad de derechos y obligaciones del cadáver y su reconocimiento como acreedor de una valoración social especial trae ciertas dificultades técnicas que han sido pretendidamente resueltas a través de la configuración, no ya como titulares activos de bienes jurídicos sino como el objeto sobre el que se proyectan los intereses, valores y convicciones de los vivos pero hace depender, su efectiva vigencia, a la existencia de sujetos activos (los familiares) portadores de dichos valores (creencias religiosas en este caso) dispuestos a reclamar y exigir la adecuación de toda conducta a sus dictados⁶⁰. Aún así, esta posición excluye de este ámbito de protección a aquellos no reconocidos o sin familiares o herederos pero que también, como creemos, deberían ser acreedores de dicha protección. No reconocer que, independientemente considerado, el cadáver tenga que ser protegido nos muestra la interesada hipocresía con la que el legislador justifica toda actuación que le soporte alguna utilidad, sin tomar en consideración a los principios con los que en carácter general y abstracto se proclama al cadáver humano⁶¹.

Así, cuando la tarea del Tribunal debiera esclarecer las dudas que sobre este tema se tiene normativamente, vemos que lo que hace es generar mayores confusiones que las que previamente teníamos.

3.3 Regulaciones extranjeras sobre el cadáver: Insuficiencia en nuestra regulación

Según todo lo anteriormente visto es claro que, en nuestro ordenamiento, no existe una clara regulación en torno a la naturaleza jurídica del cadáver, y todo lo que su

reconocimiento implica, como sí la hay en ordenamientos vecinos. Tal es el caso de México en su Ley General de Salud: “ARTICULO 346. Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración.”⁶²; Bolivia, en su ley de trasplante de órganos: “ARTICULO 14. La dignidad del cadáver deberá ser preservada, evitándose en él, mutilaciones innecesarias a tiempo de proceder a la ablación de las partes utilizables”⁶³; Argentina, también en su ley de trasplante de órganos:

“ARTICULO 25º - El establecimiento en cuyo ámbito se realice la ablación estará obligado a:

- a) Arbitrar todos los medios a su alcance en orden a la restauración estética del cadáver, sin cargo alguno a los sucesores del fallecido;*
- b) Realizar todas las operaciones autorizadas dentro del menor plazo posible, de haber solicitado los sucesores del fallecido la devolución del cadáver;*
- c) Conferir en todo momento al cadáver del donante un trato digno y respetuoso”*

Estos artículos son una breve muestra de todo el entramado legal regulado en sus diversas normativas en torno al cadáver ya que también velan por el correcto mantenimiento de los mismos con técnicas y procedimientos especializados, exigen ciertas características de los establecimientos en donde se encuentren y de quienes entren en contacto con ellos, regulan el caso de los cadáveres de fetos, entre muchos otros aspectos. Este tipo de regulaciones, mucho más claras y ordenadas que la nuestra, es lo que precisamente hace falta para evitar las diversas transgresiones que en nuestros días se dan sobre los cadáveres, tales como la inexistente tutela frente a vulneraciones de cadáveres no reconocidos, la comercialización y las ganancias onerosas que sobre éstos se generan, la donación de órganos en anencefálicos y fetos, los xenotrasplantes, entre otros⁶⁴. Curioso es, sin embargo, mencionar que en el derogado Reglamento de la Ley 23415 de trasplante y órganos, existieron un par de disposiciones que se acercan a lo que aquí exigimos, pero que fueron eliminadas al modificar dicha ley. Así lo vemos en el artículo 22 de dicho reglamento:

“Por el hecho de la muerte, la persona que en vida es sujeto de derecho, se convierte en un objeto especial digno de respeto y piedad, el cadáver es un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no cabe incluirlo en ninguna de las clasificaciones de bienes a que se refieren la doctrina y la legislación comparada”⁶⁵.

Asimismo, también se derogó el numeral 31 el cual establecía: “La extracción de órganos de personas fallecidas

60 Cf. Ídem., pp. 106-107.

61 Cf. Ídem., p. 110.

62 ZERMEÑO INFANTE, Jorge y otros. Ley General de Salud. Ciudad de México, Distrito Federal, 12 de junio del 2007.

63 HONORABLE CONGRESO NACIONAL DE BOLIVIA. Ley N° 1716. Ley de donación y trasplante de órganos, tejidos y células. 5 de noviembre de 1996.

64 Cf. PFEIFFER, María Luisa. Óp. Cit. 24.

65 Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Óp. Cit., p. 267.

se efectuará de modo de evitar mutilaciones o disecciones innecesarias. El cadáver debe ser recompuesto con el mayor esmero que la naturaleza exige⁶⁶.

Nos preguntamos cuáles habrían sido las causales que determinaron que estas disposiciones hayan sido eliminadas de esta regulación y hayan dejado una laguna normativa, pero no encontramos ninguna que pueda explicarlo. Como bien afirma ESPINOZA ESPINOZA, la dación de esta nueva ley significó una manifiesta involución con respecto a las leyes precedentes y a los modelos jurídicos contemporáneos que circulan en esta materia⁶⁷.

4. CONCLUSIONES

Concluimos el presente trabajo entonces con las siguientes críticas e interrogantes que la regulación en nuestro país en torno a la naturaleza jurídica del cadáver no ha logrado resolver:

En primer lugar, sólo se reconoce la posibilidad de ejercicio de acciones, que pretendan el cese de conductas vulneratorias de los intereses protegidos de los cadáveres, a los herederos, con excepción del caso penal. Ello le resta eficacia a dicho reconocimiento ya que no vale de nada afirmar un derecho a la imagen y voz propias o al secreto y reserva de comunicaciones, si es que en caso de una vulneración a los mismos no va a poder ser posible que el Ministerio Público, además de los familiares, este legitimado para pedir una tutela a dicho interés. Esto cobra especial relevancia cuando nos remitimos al caso de los cadáveres no reclamados. ¿Acaso la valoración colectiva a los cadáveres y su interés de protección está condicionada a la existencia de familiares?

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anteriormente planteado, se desconoce al cadáver la posibilidad de que en sí mismo, e independientemente de sus relaciones familiares, pueda hacerse acreedor del reconocimiento que la sociedad le atribuye pero que el ordenamiento no. Se da entonces, un reconocimiento en abstracto al cadáver como objeto de derecho distinto y especial y, a su vez, bien jurídico tutelado, que en la realidad no tiene soporte. ¿Hablamos o no sobre un derecho de familia sobre los cadáveres? Las ideas planteadas por MALICKI vienen a colación en este tema ya que ella en 1987 ya incluía no sólo a la familia sino a la sociedad toda como sujetos legitimados en la protección al cadáver. Este reconocimiento de la sociedad nos permite hoy en día legitimar a organismos como el Ministerio Público para tomar acciones en defensa de los cadáveres.

En tercer lugar, sobre los cadáveres no reclamados se dispone la posibilidad de que si es que pasan 36 días, éstos puedan ser empleados para fines de investigación o trasplante de órganos, sin que se respete la voluntad que aquellos hayan tenido en vida, la cual debe figurar en su documento de identidad. De esta manera, si es que aque-

llos hubieran manifestado, en dicho documento, su negativa a someterse a estas intervenciones, entonces ésta debiera de ser respetada así como se respeta la voluntad de los cadáveres que sí son reclamados. Al no darse esta situación, nos vemos envueltos en un grave contexto discriminatorio ya que establece diferencias donde no las hay; porque, al fin y al cabo, todos reconocidos o no, son cadáveres con una valoración social especial. Además, nos vuelve a mostrar el requisito establecido de la existencia de familiares del difunto para que se efectúe este respeto. ¿Los cadáveres no reclamados o no identificados no cuentan acaso con la misma significación social que cualquier otro cadáver tiene?

En cuarto lugar, y en cercana relación con el tercer punto, se establece, en los casos de cadáveres no reconocidos, un derecho de propiedad del Estado sobre los cadáveres, lo cual nos hace dudar si es que finalmente éste se encuentra dentro del comercio o no. Asimismo, y como es bien conocido, es común la venta para estudiantes de medicina y psicología de restos humanos provenientes de cadáveres no reclamados. ¿El lucro que esto genera para quién va y de qué manera se controla que este costo no sea excesivo? ¿Esto los convierte en objetos sobre los cuales son aplicables los derechos de propiedad?

En quinto lugar, como lo vimos en el “Caso Francia”, nuestro ordenamiento convierte el credo o religión de la familia del difunto en aquella puerta que les permite acudir a un tribunal jurisdiccional a exigir la tutela del cadáver. De no poseer éstas características, la familia del difunto se vería imposibilitada de pedir esta tutela, debido también a que estos intereses no son reconocidos al cadáver en sí mismo, como lo vimos antes.

En sexto lugar, en el tema de trasplante de órganos cadavéricos no existe una adecuada regulación que discipline y sistematice el procedimiento en que estas intervenciones se realizan, el espacio en que se dan, el trato que los cadáveres merecen por parte de quienes entran en contacto con ellos para estas intervenciones, su conservación, el tiempo que esta intervención debe como máximo durar (en beneficio de los familiares), el cuidado de que quien culmine con la intervención deba dejar al cadáver en las mejores condiciones estéticas posibles (pensado también en los familiares), entre muchas otras variantes que sí se encuentran debidamente reguladas en ordenamiento vecinos.

En sétimo y último lugar, deben ser analizadas con mayor detalle las razones que llevaron a que se haya dado una involución con la nueva Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, ya que fueron derogados artículos que hoy se exigen en la regulación de estas intervenciones sobre los cadáveres.

Quisiera finalizar manifestando que el Derecho, al haber sido creado por el ser humano como exigencia para su vida en coexistencia, es también su protagonista y desti-

66 Ídem., p. 261.

67 Cf. Ídem., p. 268.

nario⁶⁸. Así, no hay Derecho sin vida humana viviente en su dimensión social por lo que éste no puede estar desvinculado de la realidad humana en la que se desenvuelve su creador, protagonista y destinatario⁶⁹. Ciertamente existe una desvinculación entre la normativa y el cadáver. Así también lo entendió Diez-Díaz en 1983, perspectiva que, en lo personal, considero aún vigente:

“(...) Si el cadáver ha sido capaz de originar un impacto de tan honda repercusión entre las gentes, sólo resta aquilatar cuál sea su legítima esfera de aplicación, en orden de evitar que se le haga objeto de arbitrariedad o de abuso.

No otro es el camino para alcanzar la configuración de un derecho al cadáver bien entendido, que solventaría la tensión entre realidad y derecho retrasado, como fórmula conciliadora”⁷⁰.

BIBLIOGRAFÍA

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor

1996 Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica. Madrid: Marcial Pons.

BERRO ROVIRA, Guido

2002 ¿Qué es el cadáver? Montevideo: Departamento de Medicina legal, Facultad de Medicina de la Universidad de la República. Consulta: 3 de noviembre del 2010. <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/tx-020822.htm>

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia

1983 “Trasplante con órganos de cadáveres”. En BORGOGGIO DE BROUWER DE KONING, María Teresa. Transplantes de órganos (entre personas con órganos de cadáveres). Buenos Aires: Hammurabi.

CIFUENTES, Santos

1995 Derechos personalísimos. Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma.

COMISION PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2004 Ley N° 28189. Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos. 18 de abril del 2004.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERU

1997 Ley N° 26842. Ley General de Salud. 15 de julio de 1997.

DIEZ DÍAZ, Joaquín

1983 Los derechos físicos de la personalidad. Madrid: Ediciones Santillana.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2004 “La nueva regulación legislativa en materia de trasplante de órganos: el salto (hacia atrás) del principio de la voluntad presunta hacia el derecho de decisión de los parientes y el poder de confiscación del Estado”. Actualidad jurídica. Tomo 125, abril del 2004.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2006 Derecho de las personas. 5ta edición. Lima: Editorial Rhodas.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

2007 Derecho de las personas: Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil Peruano. Lima: Grijley.

HONORABLE CONGRESO NACIONAL DE BOLIVIA

1996 Ley No. 1716. Ley de donación y trasplante de órganos, tejidos y células. 5 de noviembre de 1996.

LEÓN BARANDIARÁN, José

1970 Curso elemental de derecho civil: parte general. Lima: UNMSM.

MALICKI, Anahí.

1987 “El cadáver. Actos dispositivos”. En RIVERA, Julio César. Derecho Civil: parte general. Temas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

PARETS GÓMEZ, Jesús

1992 “Enfoque jurídico de la muerte encefálica”. Revista Cubana de Derecho. Número 6, junio de 1992, pp. 79-93. Consulta: jueves 7 de octubre del 2010. <http://vlex.com/vid/enfoque-juridico-muerte-encefalica-45049722>

PFEIFFER, María Luisa

2006 “El trasplante de órganos: valores y derechos humanos”. Persona y bioética, Año 10, no. 27 (Jul.-dic. 2006).

REGIS PRADO, Luiz

2010 Bien Jurídico-Penal y Constitución. Lima: Ara Editores.

VELÁSQUEZ BENITES, Orlando

2008 Cosmovisión de la muerte. Los muertos vuelven a vivir en el Perú. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.

ZERMEÑO INFANTE, Jorge y otros

2007 Ley General de Salud. Ciudad de México, Distrito Federal, 12 de junio del 2007.

68 Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona. Introducción a la teoría del derecho. Lima: Grijley, 2001, p. 35- 36.

69 Es claro que aunque el cadáver no sea una vida humana viviente, sí forma parte de la realidad humana.

70 DIEZ DÍAZ, Joaquín. Óp. Cit., p. 326.