

**¿CUENTA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO
CON HERRAMIENTAS SUFICIENTES PARA TUTELAR EL
DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?**

**DOES THE CUBAN LEGAL SYSTEM HAVE SUFFICIENT
TOOLS TO PROTECT THE RIGHT OF DISPOSAL OF THE
CORPSE?.**

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 62-109



Jorge ENRIQUEZ
SORDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2017

RESUMEN: Con las presentes líneas se busca reflexionar sobre la deficiente protección del derecho de disposición sobre el cadáver en el ámbito sustantivo y procesal civil en Cuba. Se parte de analizar los aciertos y desaciertos de la regulación de este derecho en los espacios mencionados, y la necesidad de atemperar nuestras normas a la naturaleza jurídica del mismo en aras de prevenir litigios y que el derecho objeto de estudio se pueda realizar de forma más completa, en tanto y en cuanto se modifique la legislación vigente. Además se analiza críticamente la última sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Cuba sobre la materia, y se trata de ilustrar como se manifiesta esa insuficiente tutela ante una faceta concreta de este derecho.

PALABRAS CLAVE: Derecho de disposición sobre el cadáver, protección civil, proceso civil, cadáver, medidas cautelares, exhumación, inhumación, memoria pretérita, dignidad humana.

ABSTRACT: With these lines we seek to reflect about the poor protection of the right to dispose of the corpse in the substantive and procedural civil law in Cuba. It starts analyzing the successes and failures of regulation of this right in the mentioned areas, and the need of our law to understand its essence, in order to avoid future litigation and that the right under study can be performed in a more fully way, as long as the legislation is modified. In addition, the last sentence issued by the Supreme Court of Cuba on the subject is critically analyzed, and it is a question of illustrating how this insufficient protection is manifested before a specific facet of this right.

KEY WORDS: Right to dispose of the corpse, civil protection, civil proceedings, dead body, precautionary measures, exhumation, burial, past memory, human dignity.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. VÍAS DE PROTECCIÓN AL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER OFRECIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.- 1.- Protección sustantiva del derecho de disposición sobre el cadáver. Sobre la acción.- 2. ¿Cómo reaccionar concretamente ante la violación del derecho de disposición sobre el cadáver en el plano sustantivo civil?- 3. El no reconocimiento de la reparación pecuniaria del daño moral puro y su incidencia en la desprotección del derecho de disposición sobre el cadáver.- 4. El artículo III del código civil cubano y su incidencia en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.- 5. Las acciones preventivas y el derecho de disposición sobre el cadáver.- III.- LA PROTECCIÓN PROCESAL CIVIL DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.- 1. El derecho de disposición sobre el cadáver y la competencia por razón de la materia o la cuantía.- 2. La excesiva duración del proceso ordinario y su repercusión en la tutela efectiva del derecho de disposición sobre el cadáver.- 3. Las medidas cautelares como mecanismo útil para la protección del derecho de disposición sobre el cadáver ante la excesiva duración del proceso ordinario.- 4. Las medidas autosatisfactivas con vistas a la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.- IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SENTENCIA NÚMERO 757 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 DICTADA POR LA SALA DE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR DE LA REPÚBLICA DE CUBA.- A) Para situarnos en lo acontecido.- B) Sobre el proceso escogido por la parte actora y las acciones ejercitadas.- C) Sobre los sujetos legitimados.- D) Sobre la pretensión y los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.- E) Sobre el motivo de casación.- F) A propósito del fallo dictado por el tribunal.- V. A MODO DE CIERRE.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La protección de la persona es un hecho cierto que de siempre ha preocupado al ser humano. La necesidad de no ser lesionado en su integridad física, de proteger su vida, expresar sus ideas, tener una identidad, defender su intimidad o disponer de su cadáver o sus partes, ha estado siempre latente a lo largo del proceso civilizatorio. En la medida que la Ciencia del Derecho avanzó se fueron perfilando mejor estos intereses tan valiosos, llegando a plasmarse primeramente en los textos constitucionales, en un segundo momento en los Códigos Penales; y por último en los Códigos Civiles bajo la denominación de derechos de la personalidad, derechos inherentes a la personalidad o derechos personalísimos. Con un encuadre en la norma sustantiva y posteriormente con una instrumentación en la norma procesal.

• Jorge Enriquez Sordo

Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en el año 2006. Máster en Bioética por la Universidad de la Habana en el año 2013. Ha ejercido como juez profesional y Notario Público en la provincia de La Habana. Profesor con categoría docente principal de auxiliar, contratado a tiempo completo en la Facultad de Derecho de La Universidad de La Habana, hallándose adscrito a su Departamento de Derecho Civil y Familia. Correo electrónico: jenriquezsordo@gmail.com

El tema de los derechos personalísimos ha cobrado tal relevancia, que hoy ocupa un lugar obligado en los textos de Derecho Civil, específicamente en aquellos que abordan la Parte General y el Derecho de Personas¹. Esto demuestra en alguna medida la trascendencia, que tanto en el ámbito social como jurídico, han adquirido éstos. De ahí entonces, que sea necesario contar con una legislación que proporcione una tutela efectiva y completa, que permita su plena realización dentro de los límites permitidos en cada sociedad. No es suficiente con que las diferentes situaciones jurídicas de poder estén enunciadas en la norma jurídica, sino que es necesario que se pueda reaccionar ante su violación, y a través de un medio rápido recuperar el estado anterior al daño, para así poder hablar de verdaderos derechos subjetivos. Empero, esto no siempre ocurre así, por lo que debemos valernos de soluciones creativas y herramientas alternativas, a veces profilácticas y antilitigiosas, que ante la deficiente tutela sustantiva y procesal, permitan que el derecho se realice y cumpla su cometido, o que las consecuencias dañosas se reduzcan a la mínima expresión, o crear un documento público que sirva de guía y brinde seguridad a la hora de entablar cierto proceso judicial, cuestión en la que el notario puede ser una pieza clave a través de su función fedante y de preconstitución de prueba.

Dentro de estos derechos, quiero dedicar estas líneas a reflexionar sobre el derecho de disposición sobre el cadáver, consciente de las particularidades que el mismo presenta y de la necesidad de que la tutela que se le brinde sea ágil y eficaz. Los planteamientos que se harán a lo largo de este artículo se asientan sobre el entendido de que el derecho de disposición sobre el cadáver es un derecho personalísimo (cuando se habla de su titular originario) y que se ejercita en un momento marcado por el dolor, donde en la mayoría de las veces no prima la razón, sino el aspecto emotivo y afectivo, además de estar signado por la urgencia que nace de los procesos biológicos y naturales a que inexorablemente se ve sometido el cuerpo humano muerto y sus partes.

Por otra parte, ante ausencia de voluntad del finado existe un derecho familiar a disponer de sus restos y que no es transmisible mortis causa, sino que nace en los parientes más propinuos. Al igual sucede cuando el causante hizo ejercicio de su derecho, pero les corresponde a sus familiares defenderlo. Claro, que en este punto surge el problema de cómo establecer esa preferencia y que criterios tener en cuenta cuando la norma no se pronuncia y el finado nada dijo al respecto.

¹ En este sentido puede verse los siguientes autores: VALDÉS DÍAZ, C. del C.: "Relación jurídica civil", en AA.VV.: *Derecho Civil. Parte General* (coord. por C. C. VALDÉS DÍAZ), Félix Varela, La Habana, 2002. BAÑEGIL ESPINOSA, M. A.: "Los Derechos de la Personalidad", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado* (coord. general J. F. DELGADO DE MIGUEL, tomo-I, *Personas*, vol. 2º, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 312-536; ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derechos de las Personas*, Hullaza, Lima, 2001; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A.: *Sistema de derecho civil*, Volumen I, *Introducción, Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1992; CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995; CHAVES DE FARIAS C. - ROSENVALD N.: *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*, Juspodium, Salvador-Bahia, 2017, pp. 171-392.

A tales fines se va a discurrir en un primer momento sobre las vías de protección que se brindan en el orden sustantivo civil, en un segundo orden en el ámbito procesal civil, develando las insuficiencias que ambos espacios presentan a la hora de tutelarlos en el contexto cubano; y por último será analizada dicha tutela ante un supuesto concreto, a partir de la sentencia número 757 de 30 de septiembre de 2016 dictada por la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

II. VÍAS DE PROTECCIÓN AL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER OFRECIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.

En el ámbito civil existen dos grandes grupos de normas en las que se pueden ubicar las diferentes vías de protección a este derecho: el sustantivo y el procesal, pudiera tener incidencia también el derecho penal, pero al ser de última *ratio* y alcanzar sólo aspectos puntuales, no se traerá a colación. Ergo, sobre esa base se perfilan y concretan los diferentes medios de tutela, según el contenido y el cometido de cada una de estas ramas.

En el ámbito sustantivo se sitúan preponderantemente aquellos instrumentos que van a servir de sustento a la defensa de las distintas posibilidades de actuación que sobre el cadáver y sus partes existen, es decir todo lo que tiene que ver con el contenido del arsenal defensivo. *Verbi gratia*, las acciones que se reconocen, los sistemas de responsabilidad jurídica civil, la definición del acto dañoso, los momentos a partir de los que se puede instar la tutela, (ante una amenaza de daño o ante una materialización de este), así como cual va a ser el contenido de esa responsabilidad. En fin, la norma sustantiva va a determinar qué se puede pedir y cuándo se puede pedir.

Por su parte el orden procesal va a organizar el proceso y los procedimientos a través de los cuales se va a poder encauzar lo dispuesto en el orden sustantivo, así como las medidas para garantizar que se cumpla la pretensión y que sea eficaz la sentencia que en su día se dicte. Aquí estaríamos hablando del cómo, es decir, del tipo de proceso, de las medidas cautelares sean o no innominadas, de las autosatisfactivas, así como de la prioridad de tales medidas.

Esta situación que se describe, depende de cada ordenamiento jurídico en particular y del espíritu doctrinal que los inspire. No obstante, existe una constante, que esta dada por el hecho cierto de que el ordenamiento sustantivo expresa qué se puede pedir y el adjetivo cómo se puede pedir y a través de que vías encausarlo. En la medida que este binomio funcione adecuadamente tendrá más posibilidad de ser efectiva la protección que se le brinde a este derecho o a cualquier otro.

I. Protección sustantiva del derecho de disposición sobre el cadáver. Sobre la acción.

Cuando se habla de la tutela de cualquier derecho, el primer término que viene a la mente de los operadores jurídicos es el de acción. Cual elemento imprescindible e inescindible a la hora de entablar la contienda. Es una categoría jurídica que a pesar de que se ha teorizado mucho sobre ella, lamentablemente aún no se encuentra un criterio unánime sobre su esencia; sino que se confunde y se utiliza indistintamente desconociéndose su verdadero significado y naturaleza jurídica, asumiéndose al respecto criterios que dan la espalda a la dogmática y a la lógica jurídica, y a la abstracción que debe estar presente en todo sistema de derecho.

Usualmente se ve a la acción como categoría que engloba tanto la posibilidad de dirigirnos al órgano jurisdiccional, como al contenido de lo que se reclama y como se reclama. Adempero, siguiendo una adecuada formulación jurídica, y acorde con lo propugnado por la doctrina procesal contemporánea, estamos incurriendo en un error técnico jurídico grave, que más que proporcionar claridad, lo que propicia es confusión.

Una de los factores que propicia la confusión, es lo cómodo que resulta la utilización del vocablo acción y su significado gramatical. Estamos ante una palabra cuyo concepto está estrechamente relacionado con la idea de movimiento, reacción, defensa, que es lo que hacemos cuando se nos viola un derecho. Sin embargo, resulta muy peligroso desde el punto de vista del derecho, generalizar el vocablo, pues se pudiera hacer un mal uso de la institución de la prescripción y cercenar la posibilidad a las personas de acceder a la justicia, pues la acción como la entiendo, y como se expondrá a continuación es imprescriptible, no así las otras posibilidades de actuación.

A mi modo de ver, constituye acción la posibilidad general de acudir ante el órgano jurisdiccional en busca de justicia, en función de que el pedimento sea escuchado, como materialización del principio del derecho a la tutela judicial efectiva². Sería la posibilidad de acudir a los Tribunales siempre que se estime que se ha violado o que se pueda violar un derecho, con independencia de que se tenga razón o no, para así poder realizar el derecho a acceder a la justicia, pues en virtud de este principio, es el órgano jurisdiccional el que debe decidir a *posteriori*, si obra o no razón.

Luego, las facultades que conforman el contenido del derecho subjetivo de disposición sobre el cadáver y que están relacionadas con su protección estarán compuestas por la acción, como anteriormente se ha descrito, y por aquellas otras posibilidades de actuación que tienden a su defensa, y que constituyen el derecho

2 La Carta Magna Española le da rango constitucional a este principio en su artículo 24.

en tiempo de guerra del que hablaba SAVIGNY en su momento, conformado por la posibilidad de reaccionar ante una la violación y el contenido de lo que se puede exigir. Esas situaciones jurídicas de poder no serían acciones acorde con la teoría abstracta. No obstante, a ellas va referida la prescripción y no a la acción en cuanto posibilidad de acudir al órgano de justicia, que nunca prescribe. El órgano judicial a *posteriori* determina si la posibilidad de reaccionar que confiere la norma ha fenecido por haber prescrito, o continua latente, según lo establecido en el Código Civil³.

Por su parte la caducidad iría encaminada a todo el derecho en los casos que prevea la norma. A la muerte de la situación jurídica de poder global, convirtiéndose en derecho natural, al igual que la obligación del deudor o del perturbador. Fenece el derecho y junto a él las facultades que lo componen. Sería la pérdida del sentido de ese derecho para el ordenamiento, su no coactividad, su no existencia jurídica, con independencia de su reconocimiento en el plano extrajurídico.

Ahora bien, desde el punto de vista metodológico se puede realizar una distinción a la hora de emprender un estudio de la temática tuitiva, acorde a la regulación que sobre el tema ofrece el Código Civil, y que facilite su comprensión. Esta diferenciación estaría dada por el hecho de entender la acción en sentido abstracto, y en sentido concreto. En sentido abstracto, hablaríamos de lo que se entiende como verdadera acción; mientras que en sentido concreto se hablaría del qué, es decir, qué es lo que se puede hacer ante la violación de un derecho subjetivo que ha sido lesionado, qué se puede reclamar, qué se puede obtener, con independencia de que posteriormente se decida por el juez que no obraba derecho y que había prescrito la acción en sentido concreto, o que simplemente no correspondía razón en Derecho. A partir de ahora, al analizar las acciones que tutelan el derecho de disposición sobre el cadáver lo haré en sentido concreto.

2. ¿Cómo reaccionar concretamente ante la violación del derecho de disposición sobre el cadáver en el plano sustantivo civil?

Las posibilidades de actuación ante la violación de los derechos personalísimos en el ámbito sustantivo tienen muy variada configuración, y no es necesario que sean propias o que pertenezcan a un tipo de derecho particular (como es el caso del derecho objeto de análisis). Uno de los aciertos a la hora de elaborar una disposición jurídica, está dado precisamente por la capacidad de abstracción de sus preceptos, no por su particularización, lo que demuestra el empleo de una técnica jurídica de vanguardia, de la cual es claro ejemplo el Código Civil alemán. Adempero,

3 Es dable señalar que el Código Civil cubano en su artículo 24 inciso ch) le confiere carácter imprescriptible a los medios tendentes a tutelar los derechos personalísimos (entre los que se encuentra el derecho de disposición sobre el cadáver), no obstante, ello no hace que se confundan esas acciones con la acción en sentido abstracto.

ello no obsta la existencia de determinados mandatos particulares, que sean más afines a la institución regulada⁴.

Luego, las vías de accionar van a configurarse a partir de la viabilidad de responder ante un peligro inminente, ante una materialización del daño o ante una futura violación. La primera y la última estarán referidas al ámbito preventivo, mientras que la segunda abordará lo atinente a la cuestión resarcitoria y reparadora de la situación jurídica perturbada, del daño acaecido. Tanto unas como las otras son de perfecta aplicación al derecho de disposición sobre el cadáver, reforzando con ello su protección⁵.

El Código Civil cubano es el encargado de regular esta materia. Su artículo 38 constituye el único precepto que hace referencia expresa a la protección de los derechos personalísimos (donde ubicamos el derecho de disposición sobre el cadáver), aunque condicionándolos solamente a aquellos que estén reconocidos en la Constitución de la República. Este precepto es del tenor literal siguiente: “La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecte al patrimonio o al honor de su titular; confiere a éste o a sus causahabientes la facultad de exigir: a) El cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible; b) la retractación por parte del ofensor; y c) la reparación de los daños y perjuicios causados”.

Lo primero que se debe examinar es la redacción del precepto. El mismo circunscribe *ab initio* la posibilidad de reaccionar ante el hecho que ha acaecido, y no ante aquel que pudiera acaecer; con lo que cierra las puertas a las acciones preventivas. Esto se aprecia de la utilización del verbo afecte, que indica realización, resultado en

4 Cuando se estudian las legislaciones foráneas, no siempre nos encontramos con un catálogo de acciones en sentido concreto que correspondan única y exclusivamente a los derechos personalísimos o al derecho de disposición sobre el cadáver. Por el contrario, se pueden observar tres formas de regulación diferentes: la de aquellos ordenamientos jurídicos que establecen un conjunto de acciones en sentido concreto, de carácter general para cualquier tipo de derecho, aquellos otros que sólo establecen acciones particulares para los derechos personalísimos, y aquellos que siguen una postura ecléctica. De entre ellas me parece que la fórmula ecléctica es la más atinada, ya que permite conciliar la generalidad y abstracción con la naturaleza jurídica especial de estos derechos. En este último sentido se pueden confrontar los Códigos Civiles de Italia, Perú, Portugal y Brasil.

5 En este mismo sentido se puede ver a CIFUENTES, S.: “Derechos Personalísimos”, cit., p. 648. “Los medios tendentes a sancionar y subsanar el hecho consumado son el resarcimiento, las publicaciones, la respuesta y la retractación hechas públicas”. Y agrega: “claro que indirectamente sirven de contención pero el orden jurídico se estrecharía en marcos pobres e inadecuados si, además, fuera imposible usar otras armas para evitar la consumación del ataque, cuando aquella coacción de los medios sancionatorios pudiera resultar insuficiente”. Y hace referencia entonces a la importancia de que existan acciones precautorias y preventivas que se ejerciten antes de que el daño se materialice, como una manera de reforzar la tutela a estos derechos. BAÑEGIL ESPINOSA, M. A.: “Los Derechos de la Personalidad”, cit., pp. 342-343. Reconoce la posibilidad de que existan acciones de ambas naturaleza. Éste autor propone como mecanismos de tutela cuando ha acaecido un daño, la acción revocatoria, la declarativa, la de daños y perjuicios, la de publicidad y la de restitución y por otra parte las acciones preventivas, que en sus palabras: “tiende a conseguir un pronunciamiento judicial que impida que la lesión del derecho de la personalidad se produzca cuando hay suficientes indicios de trasgresión inminente. De este modo se puede actuar preventivamente contra publicaciones o medios de difusión de antemano si lo estima el juez”.

presente. De lo contrario el legislador hubiera empleado la construcción “que afecte o que pueda afectar”.

También se puede añadir que se trata de un artículo que abarca las violaciones a los derechos personalísimos que tienen un contenido tanto patrimonial como puramente moral. Pues la violación a los derechos de la personalidad puede afectar el patrimonio o al honor de su titular. La norma cubana no acoge la categoría de patrimonio moral (cuestión con la que estoy conteste); ademporo si reconoce el daño de tipo moral, el cual recae sobre derechos de esta naturaleza, por tanto la categoría honor a que hace referencia el precepto debe entenderse en el sentido de daño moral, o atentado a la faceta espiritual de la persona.

Ahora bien, después de haber hecho estas dos reflexiones, corresponde analizar las acciones que en sentido concreto recoge este artículo. Acciones que son conferidas de forma particular para los derechos personalísimos. En el inciso a) se encuentran reguladas varias acciones; siendo necesario preguntarse cómo operan las mismas, es decir: ¿son acciones excluyentes?, ¿ante que tipo de violaciones pueden ser utilizadas?

Si se sigue la dicción literal del precepto, cabría la posibilidad de pensar que son acciones excluyentes, que no pueden ser ejercitadas al mismo tiempo. La utilización de la conjunción “o” así lo hace ver. Sin embargo, con una segunda lectura de la norma se puede apreciar que más que entrar en contradicción, lo que hacen es complementarse. Por qué se dice esto, bueno, el precepto admite dos posibilidades de defensa, detener la violación y reparar el daño ocasionado si es posible. La primera se refiere a detener la lesión que se está realizando, en presente y de forma continuada; la segunda a restaurar la situación anterior al daño siempre que sea posible, hace mención a un daño acaecido. Por tanto, ambas se encuentran estrechamente relacionadas, y son perfectamente compatibles, aunque, también pudieran utilizarse separadamente.

Cómo se comprende esto, la primera posibilidad de actuación que se regula en este inciso, es la de reaccionar ante una violación que se esta desarrollando, que está ocurriendo en tiempo presente, que no ha terminado de producirse⁶. Se trata de impedir que continúe realizándose. No obstante, una vez ejercitada la acción no sería suficiente, pues con ella no se repara el daño, sólo se detiene la conducta lesiva, siendo necesario ejercitar la segunda acción que se regula, consistente en la reparación de los daños causados de ser posible. Y en el supuesto de que no fuera viable repararlos, se tendría que hacer uso de la indemnización de daños y perjuicios que prevé el inciso c). Todo esto demuestra la incorrecta utilización de la conjunción “o”.

6 Piénsese en un daño a la memoria pretérita, mediante un atentado a la imagen, por la circulación de la foto de un cadáver mediante una publicación de contenido denigrante. Mientras continúe la distribución del periódico o revista, se continuará repitiendo la violación, y por tanto sería posible el ejercicio esta acción.

Por otra parte, si estuviéramos hablando de una lesión ya acaecida, no sería apropiado instar el cese inmediato de la violación sino la reparación del daño, siempre que fuera pertinente. Utilizándose entonces la segunda opción, pero con independencia de la primera. Esta segunda posibilidad de actuar ante la violación, es lo que la doctrina ha dado en llamar restitución o reparación *in natura*, que es lo más deseable como medio de restablecimiento de la situación jurídica anterior; siendo lo más acorde en sede de derechos personalísimos⁷. A pesar de ser lo deseado, resulta en la práctica muy difícil su concreción atendiendo a la naturaleza de la lesión a este tipo de derechos, donde no es comparable los efectos que puede tener la reparación *in natura* para un daño de tipo moral, eminentemente subjetivo, que para un daño de tipo material⁸.

Una última precisión que se debe hacer con respecto a este aspecto, es la forma en que se encuentra redactada esta situación jurídica de poder en el inciso a) del artículo 38. La misma se refiere a que el perjudicado puede solicitar la cesación de los efectos de ser posible, lo que propicia la idea errónea de que es una conducta que se está realizando en el tiempo, cuando en realidad la palabra cesación debe entenderse en el sentido de eliminación o reparación. Por ello debió haber expresado el legislador; que el perjudicado podía solicitar "la eliminación o reparación de los efectos", que no sería otra cosa que la eliminación o reparación del daño causado y su restitución a un estado anterior; como si no hubiera acaecido. Ello, visto así, constituye el sentir del legislador en esta sede, y el sentido con que debe ser interpretado el precepto en su sistémica.

Por otra parte este artículo recoge una tercera acción en su inciso b), encaminada a pedir la retractación del ofensor. Se trata de una modalidad de la restitución *in natura*, pues la misma persigue la restauración al estado anterior; pero relacionada con particulares violaciones a los derechos personalísimos. Es una acción que no tiene carácter general y regularmente se aplica a violaciones de los derechos personalísimos que tienen una connotación social, ya sea un colectivo reducido o a nivel de toda la sociedad. Normalmente cuando se afecta el honor, la intimidad, la imagen de una persona o la imagen de un cadáver y su memoria pretérita y esa violación trasciende, esta acción resulta ser la que más se acerca a la reparación de la lesión espiritual causada, a la restitución al estado anterior. De ahí que a la hora

7 CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., p. 615. Es de este criterio cuando expresa: "(...) para el daño moral y todas las indemnizaciones en que se intenta confortar el espíritu y lo extrapatrimonial lesionado, no es dable dar equivalente, pues en los tiempos actuales resulta imposible evaluar por completo, de compensación plena dineraria, la magnitud de este tipo de lesión".

8 Lo que se hace más grave en sede de disposición sobre el cadáver, piénsese en el supuesto en que la persona dispuso en vida que su cuerpo fuera inhumado, puesto que esta es la tradición familiar y es acorde con sus creencias religiosas, y sin embargo la mayoría de los hijos a la hora de ejecutar su voluntad no estuvieron de acuerdo con lo dispuesto por el finado y lo cremaron. ¿Puede existir reparación *in natura*? ¿Queda desprotegido este derecho que se ejerció en vida? ¿Existe un daño a la memoria pretérita?

de configurarse legislativamente se asigne de forma particular a tutelar los derechos personalísimos⁹.

A pesar de su utilidad e importancia, el precepto en cuestión lleva a la cavilación, pues no hace referencia al carácter público de la retractación, lo que permite formular la siguiente incógnita: ¿el hecho de no hacerse referencia al carácter público de la retractación nos circunscribe solamente al marco privado, al ámbito interno del proceso? La respuesta debe ser negativa, a mi juicio se trata de un olvido del legislador; pues la interpretación de este artículo debe realizarse de conjunto con la interpretación de los artículos del Código Civil que implementan la responsabilidad jurídica de este tipo, específicamente el 83 inciso ch) y el 88, pues se debe partir de que toda lesión a los derechos personalísimos es una lesión de índole moral, y siendo la retractación pública del ofensor el contenido de la responsabilidad civil por violaciones de este tipo que establece la norma sustantiva, el sentido del inciso b) del artículo 38 debe ser el mismo.

Empero, este precepto debe interpretarse en el entendido de que procederá la retractación pública del ofensor en aquellos casos en que el daño haya trascendido a la sociedad, debiendo valorar el juez el caso concreto y decidir si accede o no a la petición del actor; pues con ello se podría estar ocasionando otro daño moral a través de la propia norma, y protegiendo el sentimiento de la venganza; lo que no es acorde con los valores que defiende el ordenamiento jurídico cubano. Por ello si se accediera a disponer la retractación pública del ofensor en un caso en que la lesión no trascendió a la sociedad, se estaría lesionando con ello la dignidad humana de la persona, valor que tiene rango constitucional en Cuba¹⁰.

Otra cuestión muy diferente sería que el perjudicado renunciara a la posibilidad de exigir la retractación pública del ofensor en un caso en el que fuera procedente, prefiriendo una retractación de orden privado. Esta solución debería ser acatada por el juez en virtud del principio dispositivo que impera en esta sede, así como atendiendo al principio de impulso procesal a instancia de parte que opera en la rama procesal. Y quizás con ese pedimento se esté logrando la reparación integral del daño causado. No se debe perder nunca de vista que nos encontramos en un campo en que el elemento subjetivo es sumamente importante y determinante de la conducta a seguir:

En relación con este inciso se debe hacer una última precisión con respecto a la utilización del término ofensor: ¿Estamos ante un término que hace referencia a aquella persona que ofendió a otra en su honor, o a aquella que transgredió su

9 Otra acción que se encuentra estrechamente relacionada con la anterior y que procura la reparación *in natura* es la solicitud de publicación y difusión de la sentencia que en su día se dicte. El Código Civil cubano lamentablemente no la recoge.

10 Así se aprecia en el Preámbulo de la Constitución y en su artículo 9 inciso a).

esfera moral o espiritual? Parece más acertada la segunda tesis, pues de lo contrario se estaría ciñendo la acción a la violación de un único derecho personalísimo, cuando en realidad la faceta espiritual o psíquica de éstos trasciende al honor y se aplica a otros como el derecho de disposición sobre el cadáver. Por consiguiente, se debe interpretar el vocablo en el sentido de agresor o sujeto productor del daño. Ello por supuesto se encuentra en consonancia con el espíritu del artículo 38, que consagra medios de protección de carácter general contra violaciones a los derechos personalísimos, amén del contenido moral de la lesión que a estos derechos se le infrinja.

En otro orden de cosas, el artículo 38 establece en su inciso c) la posibilidad de exigir la reparación de los daños y perjuicios causados, como vía subsidiaria a la reparación *in natura*. Como se ha expuesto antes, lo deseable es la restitución al estado anterior al daño, adpero, ello no siempre es posible, más aún en esta sede, de ahí que operen los mecanismos indemnizatorios como vía para subsanar el daño acaecido y los perjuicios causados. Esta es una situación de poder que debe analizarse en correspondencia con los artículos que establecen el sistema de responsabilidad jurídica civil derivada de actos ilícitos de esta naturaleza; pues en ellos se encuentra el contenido de la indemnización, así como su naturaleza (pecuniaria, moral o mixta).

El Código Civil establece un sistema general de responsabilidad jurídica civil por actos ilícitos, que abarca tanto aquellos que tienen naturaleza contractual como los de naturaleza extracontractual; estableciendo al respecto un contenido común. A ello arriba después de realizar una previa definición de lo que se va a entender por acto ilícito. Las violaciones de los derechos personalísimos son el resultado de la realización de ilícitos civiles, toda vez que causan daño a una persona. El hecho de que estemos hablando de bienes o derechos que no se encuentran en el patrimonio, no es óbice para afirmar que no nos encontramos ante una trasgresión de este tipo. La definición que brinda el artículo 81 va dirigida a cualquier lesión que afecte la esfera jurídica general de la persona, ya sea en su faceta patrimonial como en la extrapatrimonial¹¹.

Pero, ¿hasta que punto es satisfactorio el contenido de la responsabilidad jurídica civil regulado en el Código en su aplicación ante violaciones de los derechos personalísimos y en específico ante lesiones al derecho de disposición sobre el cadáver? ¿En qué medida quedan satisfechas las lesiones ocasionadas a estas situaciones jurídicas dada su naturaleza no pecuniaria?

Ab initio, el contenido de la responsabilidad jurídica civil que establece el Código no resulta ser suficiente, ya que tiene un carácter eminentemente patrimonialista.

11 Este precepto dispone: "Los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro". Como se puede observar, en ningún momento los circunscribe a una afectación de tipo patrimonial.

No reconoce la doctrina de la reparación pecuniaria del daño puramente moral y reduce la protección del derecho de disposición sobre el cadáver en tanto derecho personalísimo a la indemnización de los perjuicios causados en los supuestos en que existan consecuencias patrimoniales, así como a la retractación pública del ofensor cuando no exista repercusión patrimonial. Esto se puede colegir de la interpretación en conjunto del artículo 38 en relación con los artículos del 81 al 88 del Código Civil. El 38 reconoce la posibilidad de que acontezcan ambos tipos de daño, el moral puro y el moral con repercusiones patrimoniales, aunque su reparación se encuentra acotada por lo que establecen los artículos referidos al contenido de la responsabilidad jurídica civil.

El artículo 83 establece: "el resarcimiento de la responsabilidad jurídica civil comprende: a) La restitución del bien; b) la reparación del daño material; c) la indemnización del perjuicio; y ch) la reparación del daño moral". Sus tres primeros incisos tienen una naturaleza eminentemente patrimonial, mientras que el ch) es el único que se refiere a la reparación del daño moral.

De la lectura de los artículos 84 y 85 se aprecia fácilmente el contenido eminentemente patrimonialista, tanto del daño como de la reparación, y hace imposible tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver por esa vía¹². En cambio el artículo 86 pudiera ser utilizado para resarcir el daño a éste que haya ocasionado repercusiones patrimoniales. Aunque, dentro de límites estrechos y que no van dirigidos directamente a la reparación del derecho personalísimo vulnerado¹³.

El artículo 88 cierra por completo la posibilidad de resarcir el daño moral puro con una compensación pecuniaria, pues prescribe: "La reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor". Lo cual no resulta ser suficiente, pues el daño al derecho de disposición sobre el cadáver tiene un marcado contenido espiritual¹⁴, difícil de reparar in natura, y

12 El 84 prescribe: "La restitución debe hacerse del mismo bien, con abono del deterioro o menoscabo, siempre que sea posible y no haya sido adquirido de buena fe por tercero en establecimiento comercial o subasta pública". Por su parte el 85 dispone que: "la reparación del daño material comprende el abono del valor del bien cuya restitución no es posible, o del menoscabo sufrido por éste".

13 Su contenido es el siguiente: "La indemnización de los perjuicios comprende: a) En caso de muerte y en el supuesto de encontrarse la víctima sujeta al pago de una obligación de dar alimentos, una prestación en dinero calculada en función de las necesidades del alimentista durante el tiempo de vigencia de dicha obligación, después de descontar las prestaciones que debe satisfacer la seguridad social; b) en caso de daño a la integridad corporal y en el supuesto de que el lesionado pierda total o parcialmente su capacidad para el trabajo remunerado, o si sus necesidades aumentan o sus perspectivas en el futuro disminuyen, una prestación en dinero que compense la pérdida o la disminución de sus ingresos salariales, después de descontar, también, las prestaciones que debe satisfacer la seguridad social; c) los gastos de curación; ch) el importe del salario correspondiente a los días dejados de trabajar por la víctima del acto ilícito; d) otros ingresos o beneficios dejados de percibir; e) cualquier otro desembolso hecho por la víctima, sus familiares u otra persona, a causa del acto ilícito; y f) en el caso de daños al medio ambiente, los gastos necesarios para su rehabilitación total".

14 PÉREZ GALLARDO, L. B. *Código Civil de la República de Cuba, Ley No.59/1987 de 16 de julio. Anotado y Concordado*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p.108. Sobre la naturaleza de la lesión por daño moral cita la Sentencia número 697 de 9 de noviembre del 2002 del Tribunal Supremo Popular en su primer considerando: "(...) se debe partir del concepto de lo que constituye el daño moral, que no es otra cosa que la lesión de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal del sujeto de derecho, y que repercute de alguna manera en

de reconocerse una compensación económica pudiera contribuir a la aminoración del sufrimiento de los familiares, no como resarcimiento pecuniario, sino como desagravio económico. A esto le podemos agregar la inaplicabilidad de la retractación pública del ofensor a todas las lesiones que puedan acontecer sobre este derecho; lo que tributa a su deficiente protección.

Así las cosas, se puede arribar a la conclusión de que lo dispuesto en el inciso c) del artículo 38 del Código Civil tiene muy poca virtualidad práctica, ya que a pesar de tener carácter subsidiario, no cumple su objetivo salvo en lo que respecta a la indemnización del perjuicio en los supuestos que exista daño moral con repercusión patrimonial; puesto que la reparación de los daños se ve limitado a la retractación pública del ofensor; lo que hace a este precepto inoperante en esta sede si tenemos en cuenta que el inciso b) del artículo 38 ya lo prevé; por lo que su utilidad queda reducida a la aplicación directa del artículo 86 en sede de responsabilidad jurídica civil.

3. El no reconocimiento de la reparación pecuniaria del daño moral puro y su incidencia en la desprotección del derecho de disposición sobre el cadáver.

La doctrina del daño moral se ha ido abriendo paso entre las diferentes legislaciones, así como entre los diferentes tratadistas¹⁵. Cada vez va siendo menos discutida la imposibilidad de reparar el daño puramente moral como obstáculo a la existencia de una compensación de tipo pecuniario. Se defiende la idea de que exista una satisfacción monetaria, distinta a la indemnización y que valga de alivio a la víctima atendiendo a la afectación de su salud psíquica, de sus sentimientos, de su estima social. No es cuestión de mercantilizar los bienes o derechos no patrimoniales, sino una exigencia para su tutela efectiva. El hecho del inconveniente de valuar económicamente las lesiones a estos derechos, así como la dificultad que su reparación encierra, pasan a convertirse en fundamento de la admisión de la doctrina del daño moral y de su plasmación legislativa.

sus intereses de índole afectiva y emocional, así como que para que este daño sea estimado con relevancia jurídica, debe producir un perjuicio, una pérdida o menoscabo y también debe incidir sobre un bien jurídico de la persona y ser susceptible de resarcimiento en concepto de responsabilidad civil (...)"

- 15 El Código Civil argentino, es partidario de la indemnización del daño moral, sobre el particular prescribe en su artículo 1741: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., pp. 622-623. Como exponente de la doctrina argentina previa al vigente Código, también apoyaba esta posibilidad y decía al respecto: "Aun cuando los bienes heridos en sí sean inestimables, y ninguna suma de dinero adecuada para justipreciarlos, de ello no se sigue que la víctima de un agravio a su persona ha de ser privada de toda satisfacción: mejor alguna cosa que nada. Cuanto menos una para mitigar el dolor". Y añade después: "El llamado "precio del dolor" es un medio inevitable, necesario y absolutamente equitativo". El anterior Código Civil también reconocía la posibilidad de indemnizar el daño moral.

Ante los tiempos que corren el ordenamiento jurídico debe buscar mecanismos que tutelen de forma efectiva los derechos no patrimoniales, que los protejan de agresiones que atenten contra la dignidad humana, otorgándole mayor o igual importancia que a los derechos patrimoniales. Reforzando con ello el respeto a la esfera espiritual de la persona. La reparación pecuniaria del daño moral, si bien no cuenta con una fórmula mágica, podría ser de gran ayuda en su tutela efectiva. Ello por supuesto debe estar apoyado en la existencia de una cultura jurídica sobre el tema, entre los ciudadanos y entre los profesionales del Derecho.

Como se analizó *supra*, la norma civil cubana no permite esta posibilidad de actuación¹⁶. Por lo que corresponde formularse las siguientes interrogantes: ¿Por qué no lo admite? ¿Es que ello atenta contra los fundamentos del sistema sociopolítico cubano? ¿Es que resulta imposible su ponderación? Como respuesta a estas interrogantes se puede intentar argüir, que su no regulación se debe a que el legislador del Código de los cubanos no lo tuvo presente, pues no era una materia sobre la que se polemizara en Cuba por aquel entonces, al menos no con la fuerza con que se hace hoy, existiendo una escasa o nula literatura al respecto. A ello se le puede agregar la novedad que representaban los derechos personalísimos y más aún el derecho de disposición sobre el cadáver, así como la dificultad que encierra su reparación pecuniaria y que el legislador revolucionario hubiera preferido resaltar la naturaleza moral y espiritual de estos, acorde con los valores imperantes en aquel entonces.

No se puede sostener hoy exista contradicción entre la posibilidad de compensar pecuniariamente a la víctima o familiares y los fundamentos de nuestro sistema sociopolítico; ya que como quedó expuesto, el objetivo que se persigue no es monetarizar estos derechos, ni establecer una tasa de cambio, sino que por el contrario lo que se pretende con ello es su tutela efectiva. El sistema sociopolítico cubano, defensor de la dignidad humana desde el texto constitucional y amparado en los principios del marxismo-leninismo admite perfectamente la tutela de los derechos no patrimoniales y del derecho de disposición sobre el cadáver a través de la compensación pecuniaria al dolor sufrido, al menos en el orden de las ideas y desde una posición de *lege ferenda* con vistas a futuras modificaciones del Código Civil.

A mi juicio ésta es una de las principales causas que inciden en la baja o nula radicación de asuntos de esta naturaleza en los Tribunales Populares cubanos. El ordenamiento jurídico tutela intereses legítimos de la persona humana, intereses

16 PÉREZ GALLARDO, L. B. "Código Civil", cit., p.108. Al respecto trae a colación el Considerando 34° in fine de la Sentencia N° 110 de 2 de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo: "(...) en lo que se refiere a la indemnización del daño moral, el Código Civil vigente, tal y como tantas veces se ha mencionado, lo ciñe exclusivamente a condenar al demandado a ofrecer una satisfacción a los ofendidos mediante su retractación pública (...)".

que lo llevan a estimar necesario el ejercicio de sus derechos y su defensa. Empero, si ese interés falta para la persona, la situación jurídica de poder que ampara la norma pierde virtualidad. A modo de argumentación de esta idea se debe realizar el siguiente análisis: ¿qué interés persigue una persona en la defensa de un derecho de carácter patrimonial? Pues, que le sea restituido a un estado anterior a la violación, como si ésta no hubiera ocurrido. Para ello en virtud del principio de reparación integral, la persona insta la restitución *in natura* en primer lugar, y de no ser posible ésta, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pudiendo en atención al sistema de responsabilidad civil establecido en el Código alcanzar una satisfacción plena¹⁷.

Sin embargo, cuando la violación recae sobre el derecho de disposición sobre el cadáver, el interés se debilita, pues si bien la persona (dígase familiar o el encargado de ejecutar la última voluntad del finado) también quiere la restitución *in natura* en primer lugar, la misma no siempre es posible dada las particularidades del fenómeno muerte: lo irreversible de los procesos naturales de descomposición del cuerpo humano muerto y sus partes, las dificultades de conservación, la urgencia de determinados procedimientos médico-quirúrgicos (necesidad de un lapso breve de tiempo para que sea viable la donación de órganos y tejidos), el ejercicio de algunos actos de disposición sobre el cadáver que resultan incompatibles entre sí (inhumación-cremación) entre otras situaciones. Ello daría paso a solicitar la indemnización de daños y perjuicios; debiendo tener en cuenta que la reparación de los daños se hace difícil atendiendo a la naturaleza de la lesión y el contenido que nuestro Código establece para ello y en lo que respecta a la indemnización de los perjuicios se ve limitada a la retractación pública del ofensor; lo cual no es suficiente ni aplicable a todos los supuestos. En consecuencia, el interés en la tutela deja de ser tal, para convertirse en una situación normal de impunidad para los comisores del acto ilícito. Ello deja truncada la última voluntad del finado, daña su memoria pretérita y crea un estado de indefensión.

El dolor que se desencadena con el evento muerte y la única posibilidad indemnizatoria de obtener una disculpa por parte del agresor, trae consigo que sea más tortuoso y doloroso para los familiares la contienda judicial con sus diferentes instancias (como veremos en su momento), en contraposición al hecho de asumir

17 Muy acertadamente CHAVES DE FARIAS C. - ROSENVALD N.: "Curso", cit., pp. 212-213, reflexionan sobre la necesidad de contar con diferentes medios para desestimular la realización de daños a los derechos de la personalidad, pues si sólo estamos enfocados en la reparación pecuniaria del daño, se pierde de vista que ante determinados supuestos dañosos no es suficiente, sino que incluso es preferible la restitución *in natura*, ya que es la que permite realmente regresar a un estado anterior al daño, no obstante comprende la complejidad del fenómeno en materia de tutela de los derechos inherentes a la personalidad. Al mismo tiempo defiende los mecanismos preventivos y resarcitorios y abogan por la tutela específica como un plus en la protección. Suscribo plenamente estos criterios, que además nos permiten valorar la riqueza de las distintas culturas y ordenamientos jurídicos. En Cuba se clama porque se indemnice el daño puramente moral, mientras que en Brasil, que ya lo lograron, advierten que todo no debe ser patrimonializado, sino que debe existir un balance entre los diferentes medios de tutela y que atienda a la lesión específica y cómo resulta mejor repararla.

una actitud pasiva y de resignación, desistiendo de emprender una litis, a pesar de existir un evento dañoso y permitiendo la impudicia del comisor del acto ilícito. Esta postura que asume el legislador refuerza injustamente las situaciones de carácter patrimonial en detrimento de las no patrimoniales; cuando en realidad estas últimas son las que más propenden al desarrollo de la dignidad humana, de la personalidad y espiritualidad del individuo.

4. El artículo 111 del Código Civil cubano y su incidencia en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.

El Código Civil cubano sigue una postura mixta a la hora de abordar las acciones que pueden utilizarse en la protección de los derechos personalísimos. Técnica que consiste en asignarle un conjunto de ellas en específico para la tutela de estos derechos; y por otra parte establecer una nómina general que sirva para el resguardo de cualquier derecho subjetivo de carácter civil. El precepto en cuestión es del tenor siguiente: “La protección de los derechos civiles comprende, fundamentalmente (...)” y pasa a enumerar una serie de medios de defensa. Éste tiene un alcance general y va encaminado a la tutela de todos los derechos subjetivos de carácter civil; y al ser el derecho de disposición sobre el cadáver una especie de éstos, es perfectamente aplicable.

Ergo, habría que meditar sobre la relación que guarda este precepto con el artículo 38 de dicho cuerpo legal; y la posibilidad de incluir en él nuevas acciones que estén en el artículo 111 y que puedan ser utilizadas para completar el cuadro protectorial que ofrece el 38. Con respecto a la primera cuestión, es dable apuntar, que el artículo 38 tiene carácter preferente, en virtud del principio de especialidad, siendo necesario acudir primeramente a su sustancia antes de pasar la mirada al artículo 111. Este último tendría entonces un cariz supletorio, utilizándose como complemento a lo dispuesto en el 38, ante sus deficiencias y ante la falta de previsión. Ello lleva entonces a abordar la segunda problemática, es decir, ¿en qué medida complementa el artículo 111 al 38? En líneas generales se puede decir que ambos prescriben cuestiones bastante similares en lo que atiende a la protección de estos derechos, salvo en lo que respecta al inciso a) del 111, que incluye una figura nueva, al igual que en todo lo que se refiere a una mejor técnica jurídica en su redacción.

El inciso a) del artículo 111 prescribe como medio de protección la posibilidad de exigir el reconocimiento del derecho. Este constituye un medio de defensa útil a cualquier derecho, y más al derecho de disposición sobre el cadáver; pues puede emplearse en el ámbito preventivo, cuando aún no se ha materializado la violación. Es lo que se conoce por la doctrina como acción declarativa, y que persigue que se declare la existencia de determinada situación jurídica, buscando con ello la certidumbre jurídica. Ello permitiría darle solución a cualquier inseguridad que girara en torno a éste y máxime cuando se está ante una situación jurídica de poder cuya

ordenación tiene mayor desarrollo en el campo doctrinal que en el positivo, estando caracterizada su regulación por la dispersión normativa y su tratamiento asistémico. Al no hacer el artículo 38 previsión al respecto, pudiera manejarse el III siempre que sea afín a la situación que se pretende proteger.

Las otras posibilidades de actuación que regula este precepto y que pueden ser aplicadas al derecho de disposición sobre el cadáver son las establecidas en los incisos b) y d). Ambas coinciden con las previstas en los incisos a) y c) del artículo 38. Aunque, es menester señalar que con mejor técnica jurídica, en especial su inciso b), cuyo tenor es el siguiente: “el restablecimiento de la situación existente antes de la vulneración del derecho y el cese inmediato de los actos que lo perturben”. Se trata de las mismas acciones que se regulan en el artículo 38, pero con mucha más claridad, pudiendo ser empleado el III para realizar una mejor intelección del precepto principal, dado su carácter supletorio.

5. Las acciones preventivas y el derecho de disposición sobre el cadáver.

Con respecto a este punto es obligado hacer algunas acotaciones. En primer término siempre es preferible hacerle frente a los fenómenos antes de que se materialicen, y más aún cuando ello puede acarrear consigo un posible daño. Ello por supuesto, sin perjuicio de la obligación de indemnizar, si se demuestra que no existía tal peligro, y que no obraba razón al actor. Lo que se potencia mucho más en esta sede, en que se dificulta en grado sumo la reparación integral del derecho lesionado.

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

El Código Civil cubano no reconoce de forma expresa acciones de esta naturaleza, que puedan ser utilizadas en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver; salvo la acción declarativa que se encuentra regulada en el inciso a) del artículo III. Con ella se puede instar el reconocimiento de un derecho controvertido, en derredor del cual existe cierta ambigüedad jurídica, y de la que se pudiera derivar un posible daño. Pero ello sólo sería eficaz ante este tipo de supuestos, y no ofrece respuesta la norma ante otras situaciones de conflicto que no se hayan materializado en un daño real.

La regulación que ofrece el Código Civil es deficiente en este sentido, inclinándose por una postura objetiva, caracterizada por la manifestación real del daño. Obviando medios de defensa sumamente útiles a la protección de este derecho en aquello que

le sea pertinente¹⁸. Ésto se aprecia claramente en el espíritu de los artículos 38 inciso a), 111 inciso b) y el 82 del Código Civil. También se encuentra en estrecha relación con las medidas cautelares y con las autosatisfactivas, las que en cierta medida conforman el camino que lleva a vías de hecho las acciones de prevención.

III. LA PROTECCIÓN PROCESAL CIVIL DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.

El ordenamiento procesal es el responsable de crear los mecanismos a través de los cuáles se va a materializar en la esfera judicial la protección que brinda la norma sustantiva, y en la medida en que el derecho procesal sea garantista, creativo y ofrezca múltiples variantes, se podrá instrumentar mejor la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.

En sede procesal se pueden analizar tres cuestiones que inciden en la protección de éste: 1) ¿qué procesos establece la norma adjetiva que permiten la tutela del mismo?, 2) ¿a quién se le atribuye el conocimiento de estos asuntos?; y 3) ¿cuál es el tratamiento cautelar que se les brinda?

Al repasar el articulado de la Ley 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977, vigente a la sazón, salta a la vista la ausencia de pronunciamientos con respecto a los derechos personalísimos o más específicamente al que es objeto de estudio en estas líneas, tanto por la falta de un procedimiento especial que los tutele, como por la inexistencia de mención expresa dentro de las materias asignadas a los dos grupos de procesos que recoge la Ley ritual, el sumario y el ordinario. La técnica empleada por las legislaciones foráneas ha sido la de atribuir de forma expresa la protección de estos derechos a algunos de los procesos modelos o dejar al arbitrio del juez la posibilidad de tutelarlos según la rapidez que requiera la cuestión por alguna de las vías establecidas. No es común encontrarse con un proceso destinado exclusivamente a la protección de los derechos personalísimos o del derecho de disposición sobre el cadáver¹⁹.

18 CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., pp. 648-653. Defiende las acciones de carácter preventivo y al respecto señala tres de ellas, que a su juicio ofrecen una protección muy eficaz a los derechos personalísimos. Ellas son la *azione* inhibitoria, la *azione* de remozione y la legítima defensa.

19 La Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente a la sazón hace alusión expresa a los derechos personalísimos, y atribuye su conocimiento al juicio ordinario, así lo prescribe en el artículo 249. Por su parte el Código Procesal Civil que estuvo vigente en Colombia implementa a través del proceso ordinario la protección de los derechos no patrimoniales, así se establecía en su artículo 397. Por otra parte el Código Procesal de Argentina provee la posibilidad al Juez de escoger el tipo más adecuado de proceso para la protección de los derechos no valuables económicamente; siempre que no correspondiere juicio especial o proceso sumarísimo. Así lo establece en su artículo 319. La línea seguida por este último Código Procesal constituye una solución de vanguardia, que permite brindar una mejor tutela a los derechos personalísimos dentro de los cuales el derecho de disposición sobre el cadáver es una especie; y que de forma general simplifica la norma procesal.

I. El derecho de disposición sobre el cadáver y la competencia por razón de la materia o la cuantía.

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico establece un proceso modelo de carácter ordinario, con una *cognitio* judicial amplia y por otra parte regula un proceso sumario, con una *cognitio* judicial reducida, dado sus trámites más abreviados, atendiendo a la naturaleza de los asuntos que en el se ventilan, al cual le sirve de supletorio el proceso ordinario. También establece un repertorio de procedimientos especiales, así como los de jurisdicción voluntaria. Estos dos últimos salen fuera del análisis, pues los procedimientos especiales son *numerus clausus*, no refiriéndose ninguno de ellos a la protección de este derecho; y el de jurisdicción voluntaria al referirse a cuestiones no litigiosas se aparta del análisis.

En el ámbito de protección del derecho de disposición sobre el cadáver, parece más acertada la idea de que la tutela que a éste se le brinde debe ser encauzada con celeridad, y se trate de obtener una respuesta rápida ante la violación ocurrida, pues generalmente las lesiones revisten un carácter especial, a tenor de la naturaleza del bien, del derecho lesionado y el dolor que encierra su ejercicio para los familiares. Por tal motivo se debe comenzar el análisis por el proceso sumario.

Éste se encuentre regulado en la Ley procesal desde el artículo 357 hasta el 367, con trámites relativamente breves. En el artículo 358 se regulan las materias que van a poder ser conocidas a través de él. El precepto presenta 5 apartados, con un criterio *numerus clausus*, es decir que sólo podrán ser conocidos por este trámite las materias expresamente previstas. De los cinco apartados, parece ser el primero el único que brinda cierta posibilidad de defensa a este derecho, aunque no de forma expresa. En él se dispone la posibilidad de conocer las demandas de contenido económico que no superen los diez mil pesos cubanos. Luego, para que pueda ser tutelado este derecho en este tipo de proceso se deben cumplir dos requisitos: en primer lugar que la demanda fuera de contenido económico, y en segundo lugar que se trate de una lesión que acarree repercusiones patrimoniales.

El término demanda de contenido económico no parece el más acorde para referirse a un escrito polémico que verse sobre la protección del derecho de disposición sobre el cadáver; pues se está ante un derecho y un bien no conmensurables económicamente, por lo que el resguardo que pudiera ofrecer este apartado desnaturaliza la esencia de éste, al poner el énfasis en el contenido monetario. Si bien el daño moral con repercusiones patrimoniales tiene algo de carácter económico, ello no debe opacar la naturaleza específica de este derecho ni debe ser lo determinante, empero, es dable destacar que a través de esta vía se pudiera tutelar esta situación jurídica de poder de una forma más rápida.

Entonces, sólo cabría al amparo del artículo 5 apartado 1 de la Ley ritual, la posibilidad de presentar demandas por lesiones a este derecho cuando tuvieren consecuencias patrimoniales, bajo el expediente de la responsabilidad jurídica civil; pero teniendo el proceso como pretensión principal la indemnización de los daños y perjuicios causados. Ésto, atenta contra una protección garantista del mismo, ya que el contenido de la indemnización que prevé el artículo 86 del Código Civil es bastante limitado como ya fue ilustrado.

Por último, es consecuente preguntarnos si cabría la posibilidad de reparar el daño moral en el mismo proceso o sería necesario instar uno nuevo. Como se ha dejado expuesto en este escrito, toda lesión a este derecho comporta un daño de índole moral, tenga o no consecuencias patrimoniales. Ergo, al tener un marcado carácter económico la vía que dispone el apartado en análisis, se pudiera pensar que solo se puede exigir la indemnización de los perjuicios, no así la reparación del daño moral que previene el artículo 88 del Código Civil. No parece sustentarse por si sola la idea de que la cuestión se deba ventilar en otro proceso, pues ello atentaría contra los más elementales principios de justicia y contra la economía procesal, máxime cuando el apartado no prescribe que la demanda deba ser de sustancia puramente económica, sino que tenga contenido de esta naturaleza.

En otro orden de cosas, y una vez analizada la competencia por razón de la materia y la cuantía en el proceso sumario, corresponde determinar que tutela brinda el proceso ordinario a este derecho. Éste se encuentra regulado en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico desde el artículo 223 hasta el 356. Y está caracterizado por presentar una *cognitio* judicial amplia, con una serie de trámites que permiten llegar al fondo del asunto a través de un amplio uso del material probatorio que se establece en la Ley.

El artículo 223 fija los asuntos que por razón de la materia deben ser ventilados en él. Este precepto se compone de tres apartados, pero de ellos sólo dos son útiles en aras de la protección del derecho objeto de análisis. El apartado 1) permite el concoimiento de las demandas de contenido económico que excedan de diez mil pesos o sea indeterminables lo reclamado o el valor de los bienes. Con respecto a lo que dispone son de aplicación las valoraciones que hicimos al referirnos a similar precepto contenido en el proceso sumario, pues su regulación sólo varía en lo concerniente a la cuantía. A contrario *sensu*, si amerita analizar detenidamente el apartado 3. En él se establece que podrán acceder al proceso ordinario todas las demandas que no tengan asignado otro procedimiento en la Ley.

Esta es una norma residual, que no es exclusiva del ordenamiento cubano, sino que se hace común en muchos de los ordenamientos procesales extranjeros²⁰, como mecanismo para evitar el casuismo, o la proliferación de procesos especiales en la norma según casos presentados o derechos existan, además de ser una forma abstracta de dar respuesta a la riqueza de la vida jurídica de cualquier sociedad.

Este precepto general, permite tramitar cualquier asunto que atente contra el derecho de disposición sobre el cadáver; ya que éste, como especie de los derechos personalísimos, carece de tramitación especial en la norma. Es el único que da entrada plena, sin discusión, a las demandas que versen sobre bienes y derechos de naturaleza no pecuniaria. A través de este proceso se puede encausar el arsenal de acciones en sentido concreto que propone la ley sustantiva como medios de tutela a los derechos no patrimoniales.

Además de que al ser un proceso de *cognitio* judicial amplia, las partes pueden instrumentar diferentes posibilidades de defensa, y el fallo puede encontrarse más cerca de la verdad material y de la justicia. Adempero, como hemos subrayado anteriormente, es preferible contar con una respuesta ágil a las lesiones a esta particular situación jurídica de poder, so pena de que la sentencia que en su día se dicte sea ineficaz. Al tiempo que se aprecian las ventajas de este proceso, también salen a la luz sus principales inconvenientes.

2. La excesiva duración del proceso ordinario y su repercusión en la tutela efectiva del derecho de disposición sobre el cadáver.

Existe una cuestión que no hace idóneo este proceso para tutelar este derecho; la que resalta como principal debilidad y como causa que debilita su protección efectiva. Ello se refiere a su excesiva duración y la imposibilidad de determinar otro proceso acorde con la gravedad de la situación que se presente y la necesidad de otorgarle una respuesta rápida, y conlleva a que la norma procesal sea demasiado rígida en ese particular. Se debe tener en cuenta que la lesión a éste afecta a un bien inestimable económicamente, que tiene un sustrato moral, espiritual, que atiende a los sentimientos de dolor, de pena, donde la psiquis de los familiares está debilitada y que acontece en un momento en que su titular ha fallecido. El transcurso del tiempo puede agravar y traer consigo consecuencias mucho peores que los beneficios pretendidos con el proceso ordinario, imposibilitado de brindar una respuesta rauda, pertinente, y eficaz materialmente en muchos supuestos.

El proceso ordinario goza de una *cognitio* amplia, relacionada con los diferentes trámites que prevé, así como con respecto a su duración. Permanencia que en

20 Pueden confrontarse al respecto el Código Procesal de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 338 el el Código Procesal de la República de Colombia en su artículo 396.

condiciones normales sería de tres meses aproximadamente, teniendo en cuenta los términos de contestación, réplica, dúplica, reconvencción, presentación y práctica de pruebas, vista y concluso para sentencia, por solo citar los más importantes. Esto por supuesto con independencia de que los recursos interrumpen la ejecución, salvo que se pueda causar un perjuicio irreparable al beneficiado con la sentencia y este otorgue fianza²¹.

En torno al ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver se pueden suscitar diversos conflictos. Ante la muerte de la persona natural y habiendo manifestado su voluntad en vida con respecto a la suerte de su cadáver o sus partes, corresponde al cónyuge o los familiares, según la proximidad de los afectos, ejecutar esa voluntad y protegerla. Pero en el cumplimiento ello pueden suscitarse discrepancias de mejores derechos; y si la norma no es clara, como en el caso cubano, la posibilidad de solución extrajudicial se hace más difícil. Igual conflicto se puede originar ante la ausencia de manifestación de voluntad en vida del finado.

Al ser el proceso ordinario el único que permite la protección de este derecho, las partes se verían obligados a transitar por toda su tramitación para obtener un pronunciamiento que dirima la litis. En lo que atiene al derecho de disposición sobre el cadáver no parece ser viable, toda vez que el proceso sería inútil, ante disputas de preferencia por determinar el lugar del entierro, la realización o no de exequias, la cremación o la inhumación, la dación de órganos y tejidos para salvar vidas humanas, la práctica o no de autopsia, entre otras posibles situaciones.

Aquí el factor tiempo es implacable, pues se necesitaría de instituciones que brindaran el servicio de conservación con capacidad suficiente para hacer frente a la demanda de la ciudadanía en lo que se sustancia el proceso. En Cuba las funerarias que ofertan este servicio no son muchas, no tienen cabida de conservación para hacer frente a la demanda que se pudiera presentar y por otro lado, le resultaría en extremo oneroso a la persona pagar por ese servicio durante el tiempo que dure el proceso, dado las altas tarifas que están establecidas. Y obligaría a la familia a manifestarse en sentido contrario al deseado, con la correspondiente vulneración del derecho que se quería ejercitar y del daño que puede encerrar a la memoria pretérita del difunto y a la esfera moral de la propia familia. Ello demuestra la insuficiente protección que en el ámbito procesal se le ofrece a éste derecho, tanto en su faceta de derecho inherente a la personalidad, como en cuanto derecho familiar y queda sin solución satisfactoria un conflicto.

En el caso de la dación de órganos y tejidos para salvar vidas humanas, que sería el supuesto más extremo, se divisa un impedimento tanto desde el punto de vista médico como jurídico. Desde el punto de vista médico por el elemento tiempo y

21 Así lo establece el artículo 606 de la Ley ritual.

lo perentorio de tal proceder y desde el punto de vista jurídico porque la sentencia sería ineficaz, puesto que el obstáculo médico es insoslayable, y además porque quedaría frustrada la última voluntad del finado en cuanto a éste extremo o la noble voluntad de los parientes con derecho a ello de pronunciarse en este sentido y contribuir a salvar, prolongar o mejorar vidas humanas.

Otro elemento que conspira contra la eficacia de la norma procesal en esta sede es su rigidez, pues no otorga la posibilidad al juez de arbitrar y valorar la urgencia de los casos, y que pueda determinar tramitarlos por uno u otro proceso, según sea la premura ante el daño causado o la controversia. Esto es algo que la doctrina procesal moderna ha venido señalando con insistencia en los últimos años y como una deficiencia de los viejos códigos procesales. La técnica consiste en establecer diferentes procesos modelos, con diferente amplitud de la *cognitio* y autorizar al juez a discernir cual utilizar ante la urgencia del caso que se presenta a su conocimiento.

Ésta constituye una solución de avanzada, que pudiera coadyuvar, e implementarse en nuestra legislación, a una tutela más efectiva de este derecho. Con las miras puestas en que la sentencia que en su día se dicte no sea ineficaz, ni provoque un perjuicio mayor que el beneficio que debe propiciar. Con ello también se procuraría una mayor adaptabilidad de la norma a los cambios y diversidad de matices que existen en nuestra sociedad, al mismo tiempo que evita la multiplicidad de procesos especiales, y descargona y mantiene la abstracción del cuerpo legal.

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

3. Las medidas cautelares como mecanismo útil para la protección del derecho de disposición sobre el cadáver ante la excesiva duración del proceso ordinario.

Todo lo referente a la utilización de medidas cautelares en los diferentes procesos, como mecanismo que garantice la ejecución de la sentencia que en su día se dicte, goza de gran aceptación por la doctrina y es regulado en los diferentes cuerpos procesales civiles foráneos²². Ante la existencia de procesos largos y ante el peligro de la ineficacia de la sentencia, se instrumentan medidas, que con anterioridad o posterioridad al proceso y cumpliendo con ciertos y determinados requisitos; tienden a asegurar el objeto de éste y el fallo que en su día se dicte.

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

Como puede apreciarse, aquí se mezclan varias cuestiones de índole procesal: la existencia de un proceso largo como el ordinario que tutela el derecho de disposición sobre el cadáver; la necesidad de respuesta rápida ante violaciones a este derecho, la pertinencia de adoptar medidas cautelares como mecanismo de solución rápida ante la demora; así como la posibilidad de que la Ley Procesal instrumente esas medidas. Ahora bien, cual es la percepción del fenómeno desde la óptica del derecho positivo cubano.

En el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, se regula lo referente a los actos preparatorios del proceso de conocimiento. Con respecto a ello se debe acotar que no constituyen medidas cautelares, sino diligencias de prueba en aras de que la decisión que en su momento se tome sea eficaz²³. Ellas se solicitan antes de iniciado el proceso, si bien pudieran ser empleadas en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver; sería en cuanto al hecho de asegurar la prueba, pero no como medida cautelar.

Con la promulgación del Decreto-Ley 241 de fecha 27 de septiembre de 2006, que modificó la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, al incorporar el Procedimiento Económico, se acompañó un catálogo de medidas cautelares basto y flexible, que permitía antes o durante la sustanciación del proceso la adopción de alguna de ellas. Sin embargo, si bien resultó muy positivo ello, era criticable su inclusión en la parte económica, sin posibilidades de irradiar a otras áreas del texto legal. Al no existir un precepto que lo dispusiera, se cercenaba la posibilidad de que el proceso civil se beneficiara de ellas. Hubiera sido más beneficioso para los diferentes tipos de procesos, colocar ese catálogo de medidas cautelares con carácter general, como sucede en muchas legislaciones. Y en lo que concierne al proceso civil le habría permitido dar respuesta a muchos problemas prácticos, como el de la protección de los derechos personalísimos y del derecho de disposición sobre el cadáver.

La práctica judicial demostró lo acertado y beneficioso que resultaba para los justiciables la aplicación de estas medidas cautelares en sede económica y posteriormente en sede familiar; cobrando fuerza la idea de los beneficios que podría acarrear su implementación en sede civil. Esta necesidad trajo como consecuencia que se aprobara por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la Instrucción número 191 de fecha 14 de abril del 2009 y posteriormente la Instrucción 217 de fecha 17 de julio del 2012, las cuales hacían extensiva las regulaciones contenidas en la Cuarta Parte, Capítulo X, artículos 799 al 810, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo referido al embargo de bienes y otras medidas cautelares, al ámbito del proceso civil en aquello que fuera pertinente y con vistas a asegurar el fallo que en su día se decretara.

23 Este en su apartado 5 prescribe: "antes de iniciarse el proceso el promovente podrá solicitar cualquier otra diligencia de prueba sin cuya práctica urgente pudiera originarse un perjuicio cierto al que la interese".

Lo anterior, sin lugar a dudas tributa a una tutela más efectiva ante lesiones a la situación jurídica de poder que sobre el cadáver ostentan determinadas personas. Es apropiado señalar que hay determinadas medidas de esta naturaleza, que al ser de aplicación al proceso civil son muy ventajosas para la defensa de este derecho. *Verbi gratia*, el artículo 803 en su inciso f) prevé la posibilidad de pedir la suspensión o la abstención de actividad o conducta determinada; lo que pudiera facilitar el ejercicio de acciones preventivas como la de *remozione* y la inhibitoria²⁴; que a pesar de que nuestra norma no las recoge en el campo sustantivo, al estar previstas medidas cautelares de este tipo, se pudieran instar desde la propia norma procesal. Por el contrario, si sería de aplicación la acción prevista en el artículo 38 inciso a) del Código Civil, lográndose una verdadera implementación práctica de ella, y no tener que aguardar al final del proceso para detener una acción dañosa que se reitera en el tiempo, durante todo el transcurso del mismo.

Del mismo modo, la medida regulada en el inciso b) del artículo 803, que posibilita el secuestro de los bienes en litigio, y podría ser utilizada en litis que versen sobre atentados a la imagen del cadáver y daños a la memoria pretérita, cuando existan publicaciones denigrantes, cuya distribución esté causando un menoscabo o sencillamente para impedir que puedan desaparecer las mismas con referencia al momento en que se dicte la sentencia disponiendo su destrucción.

Por último, se encuentra la prevista en el inciso g) del artículo 803, que en sí misma no es una medida cautelar, sino la posibilidad de instar cualesquiera otras medidas cautelares que puedan garantizar la eficacia del proceso, cuestión que permite dar respuesta a la riqueza de la vida diaria en nuestra sociedad y a la variedad de situaciones conflictivas que se presenten. En sede de derecho de disposición sobre el cadáver resulta de un valor inestimable, pues puede ser esgrimida para disponer la conservación del cadáver en tanto y en cuanto se sustancia el proceso por reclamaciones de mejor derecho y dar así solución ante la deficiente capacidad de congelación que existe en las funerarias que brindan el servicio y los altos costes de los mismos. De esta forma el ciudadano puede acceder a las instituciones de salud, donde la atención médica es gratuita y existe capacidad de congelación en las morgues, y donde no sería posible el acceso sin intervención de la autoridad judicial²⁵.

24 Aquí podemos pensar en una petición encaminada a que no se proceda a realizar una autopsia prevista o se detenga la que se está realizando, cuando el difunto o la familia son contrarios a esta práctica y deciden tutelar la integridad física del cadáver; debiendo probarse en el proceso si realmente estamos ante una necropsia catalogada como obligatoria por nuestras normas o debe prevalecer el interés del difunto o los familiares. Pero, evitando lesionar el derecho o deteniendo su violación.

25 También debemos tener presente la situación por la que ha transitado nuestro país en las últimas décadas, en que una parte importante de nuestros ciudadanos residen en el extranjero, ya sea porque emigraron y asentaron su residencia en otro país, o por cuestiones de trabajo u otros motivos personales o familiares, y mantienen el derecho a disponer sobre el cadáver de su cónyuge o familiar o ejecutar su última voluntad y defenderla, y se pueden ver imposibilitados de concurrir en el preciso instante de la muerte. Al no existir capacidad de congelación en las funerarias que ofertan este servicio, muchos de estos derechos se verían frustrados o vulnerados sino se hiciera uso de la medida cautelar comentada.

La presencia de medidas de esta naturaleza en el ámbito civil, contribuyen a una mejor tutela del derecho de disposición sobre el cadáver mediante la utilización del proceso ordinario, mitigando en cierta medida su excesiva duración acorde con la naturaleza y particularidades de éste. No se debe menospreciar el dolor en que se encuentran inmersos los familiares y lo vulnerables que resultan en este momento y el peligro que ello encierra para la protección del derecho, con vistas a que los dolientes prefieran no optar por la tutela judicial, desistan de ejecutar la última voluntad del finado o renuncien tácitamente a los derechos que como familiares ostentan.

4. Las medidas autosatisfactivas con vistas a la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.

Las medidas autosatisfactivas pueden tener relación con las cautelares, pero no son lo mismo, pues con ellas se da una satisfacción anticipada al asunto litigioso. El tema de hecho es muy actual, tanto en la doctrina como en las legislaciones foráneas²⁶; respondiendo a la permanencia a través del tiempo de los procesos judiciales y su incidencia en la ineficacia de la ejecución de la sentencia y la frustración de los derechos de las personas que instan la tutela judicial.

Las medidas cautelares clásicas juegan un papel importante en la protección de los derechos, las mismas tienden a asegurar el proceso principal, se dictan en relación directa con la sentencia a la que van destinada, y no suponen una satisfacción anticipada, sino que dependen del resultado del proceso principal. Sin embargo, ello no ha resultado suficiente, y ante el peligro de ver frustrado totalmente un derecho, se ha preferido por algunos ordenamientos jurídicos otorgar satisfacción anticipada, con independencia del proceso principal, a través de un proceso autónomo, que se desarrolla en un período de tiempo muy breve, con una *cognitio* reducida, y donde el material probatorio se ve debilitado debido a los requisitos que el mismo exige²⁷. Lo referente al tema se ha agrupado bajo la denominación de medidas autosatisfactivas y por supuesto sin el perjuicio de instar un proceso principal.

La norma procesal cubana no admite esta posibilidad de actuación, ni hace expresa alusión a ellas. Además es partidaria del criterio clásico de establecer medidas cautelares en relación con el proceso principal; tanto en lo regulado en materia civil; como por la modificación introducida con el Decreto-Ley 241. Por tanto, se estima que dada la necesidad de dar respuesta rápida a las violaciones al derecho de disposición sobre el cadáver, este es un procedimiento que pudiera

²⁶ Se pueden encontrar reguladas en los Códigos Procesales de Uruguay y de Argentina.

²⁷ Los requisitos pueden ser tres: a) que exista una situación de urgencia que lo amerite; b) la fuerte probabilidad de que el derecho invocado sea atendible y c) prestación de cautela.

implementarse en la Ley Procesal con vistas a futuras modificaciones; y a fin de contribuir a su protección eficaz.

A pesar de ello, es necesario hacer algunas precisiones al respecto. Aunque se defiende la idea de la existencia de mecanismos rápidos que den respuesta a violaciones de derechos que así lo requieran, también se reconoce el peligro que ello encierra dada la prontitud de la respuesta y la debilidad del material probatorio. De ahí entonces que no se comparta la idea de que sean autónomas, sino que deban estar vinculadas a determinado proceso; siendo perfectamente viable y conjugándose de esta forma seguridad y rapidez. A la sazón, veo con agrado la idea de que dentro del proceso principal se pueda ofrecer una satisfacción anticipada en los casos en que sea procedente, y que se continúe la tramitación para demostrar a profundidad los hechos alegados; amén de que se subordine la medida a la prestación de contracautela y a la continuación del proceso; junto a los otros requisitos de procedibilidad. Tampoco se debe olvidar que la razón de las medidas es que el fallo que en su día se dicte no sea ineficaz.

Ellas pudieran ser una solución para reforzar la tutela del derecho de disposición sobre el cadáver en el proceso civil cubano, atendiendo a su configuración actual; pero supeditadas al proceso principal de conocimiento. Ellas pudieran ser empleadas tanto en el proceso ordinario como en el sumario de modificarse la Ley.

IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SENTENCIA NÚMERO 757 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 DICTADA POR LA SALA DE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR DE LA REPÚBLICA DE CUBA.

Las líneas que han precedido hasta ahora buscaban incardinar el análisis en torno a la protección que en sentido general ofrece el derecho civil cubano al derecho de disposición sobre el cadáver en cuanto derecho personalísimo, más que en cuanto derecho familiar²⁸. Al mismo tiempo que trataron de ilustrar cómo se desenvuelve el conjunto de acciones tendentes a protegerlo en el orden sustantivo y cómo es la dinámica en el ámbito adjetivo.

Resulta enriquecedor a los fines de este estudio, dirigir la mirada ahora hacia la sentencia que recientemente dictara la Sala de la Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de Cuba sobre esta materia, la que goza de un valor añadido para mí, y es que al menos en los últimos 20 años no ha llegado a pronunciarse el alto foro en asuntos de esta naturaleza, lo que hace que en manos

²⁸ Es importante esta distinción pues hablamos de situaciones jurídicas de poder que recaen sobre el mismo objeto, pero de disímil naturaleza y características en dependencia del sujeto que lo ejercite. Cuando la propia persona hace uso de su derecho en vida estamos ante un derecho personalísimo, pero, cuando los familiares ejecutan esa voluntad o disponen en ausencia de voluntad del finado, estamos ante un derecho de naturaleza familiar.

de un estudioso del tema resulte un instrumento muy interesante para el examen y la crítica, y poder ayudar con los razonamientos que aquí serán vertidos a la solución de futuras controversias que sean de conocimiento del máximo órgano de justicia.

A lo anterior se puede sumar, que del análisis de la misma daremos sustento a la tesis que se defiende en estas páginas y que trata de demostrar la insuficiencia de del ordenamiento jurídico patrio para tutelar el derecho controvertido, pero acotado el tema a una de las manifestaciones del ejercicio de éste y a algunas cuestiones que guardan relación con la protección del mismo en el orden normativo, que no tiene que ver estrictamente con las acciones o con el tipo de proceso que se escoja, pero que inciden en que su ejercicio devenga o no eficaz, como por ejemplo: la ausencia de definición de la figura, la inexistencia de normas que determinen quienes son los sujetos legitimados para actuar en determinado momento ante un acto dispositivo sobre el cadáver y qué prioridad puede existir entre ellos; la incertidumbre en cuanto a su naturaleza jurídica, qué hacer ante la actitud pasiva del juzgador dada su deficiente cultura jurídica o qué hacer ante la falta de ésta en los letrados que representan a las partes en el proceso, y que, puede llevar a que el fallo que en su día se dicte deje en estado de indefensión al justiciable.

A tenor de lo expuesto, es pertinente desbrozar esta sentencia en aquellos extremos que pueden ser más atractivos a la hora de valorar como se manifiesta esa protección o desprotección general que brinda la norma ante un caso concreto y que obligatoriamente nos lleva a pensar desde consideraciones de *lege ferenda* en una futura modificación de las normas que rigen la materia.

I. Para situarnos en lo acontecido.

Fue radicado al número 117 del dos mil quince proceso ordinario, que tenía como objeto la protección de derechos, ante la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Cienfuegos, República de Cuba, en el que fue dictada la sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015 en la que se declaraba sin lugar la demanda interpuesta por la parte actora.

En el primer resultando de dicha sentencia quedaba narrado lo siguiente:“(…) la letrada(…), acudió a nombre y en representación de la parte actora, exponiendo como fundamentos de su reclamación que su representado y sus hermanas demandadas resultaron instituidos como únicos y universales herederos de su señor padre (...). Que el cadáver del señor (...), fue sepultado en el Cementerio Tomás Acea de esta ciudad de Cienfuegos, tras su fallecimiento el catorce de abril del dos mil doce, en una tumba estatal, sin que hasta la fecha su representado haya podido efectuar su exhumación y traslado de los restos hacia una bóveda de su propiedad, por el conflicto presentado ante las autoridades del cementerio por algunos familiares del señor (...), que pretendían realizar la exhumación y trasladar

los restos hacia la localidad de Cartagena, cosa a la que se opuso su representado, dirigiéndose en queja a la Empresa Provincial de Servicios Comunes de Cienfuegos, y en particular al área de Servicios Necrológicos, quienes ante la ausencia de una norma administrativa para solucionar el conflicto y definir el derecho preferencial a persona alguna para decidir sobre el destino de los restos, respondió con una prohibición de exhumarlo, hasta tanto una autoridad judicial lo definiera. Que teniendo la condición de heredero (...) necesita de la protección judicial a los efectos de hacer valer tal condición y poder disponer de los restos de su padre, los que por el transcurso del tiempo en la situación indeterminada que se haya, deben haber sufrido un considerable deterioro. Expuso los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó solicitando se declare con lugar y en consecuencia se reconozca el derecho (...), como heredero de su señor padre en primer orden a realizar la exhumación del cadáver de su señor padre y disponer la ubicación de sus restos en la bóveda que desee"²⁹.

Posteriormente ese Tribunal, después de valorar jurídicamente la cuestión, como se analizará más adelante, dictó sentencia declarando sin lugar la demanda. Ante tal pronunciamiento la parte actora interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, obteniendo similar resultado al del pronunciamiento de instancia, dando por ratificada la resolución recurrida.

2. Sobre el proceso escogido por la parte actora y las acciones ejercitadas.

El tipo de proceso empleado fue el ordinario, como ya se ha dejado apuntado, éste resulta el proceso modelo, que permite atender cualquier reclamación que se pueda presentar en el orden civil y que no tenga asignado otro espacio específico en la norma ritual para su conocimiento, según establece el artículo 223 apartado 3 de la norma adjetiva. Si bien no es el más idóneo, no porque sus garantías sean insuficientes, sino debido a que su cognitio judicial es amplia y se extiende en el tiempo, y cómo ha quedado apuntado, ante determinadas vulneraciones al derecho de disposición sobre el cadáver se necesita de una respuesta rápida, y por este camino no se puede encontrar, dando lugar a que la sentencia que en su día se dicte sea ineficaz.

Empero, para el asunto que en el presente caso llega a manos del juzgador; la dilación no lo afecta negativamente, a contrario *sensu*, la demora en el tiempo juega a su favor pues le otorga a las partes la posibilidad de utilizar todos sus espacios, incluida la vista y la práctica de pruebas para mejor proveer y desde la posición del tribunal le permite conocer a fondo la cuestión, con más posibilidades de razonar

29 Sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Cienfuegos, República de Cuba.

concienzudamente y arribar a un fallo justo y eficaz. Específicamente se está ante un supuesto en el que se pretende exhumar un cadáver que se encontraba inhumado hacía ya 3 años al momento de interponer la demanda, y se desea trasladar ahora e inhumar en otro sepulcro. Es cierto que el tiempo siempre incide sobre la descomposición del cadáver, pero ello no afecta la faceta del derecho que se pretende ejercitar hoy³⁰.

La denominación dada a la materia que se ventila en el proceso, "protección de derecho civil", quizás no es la más feliz, pero resulta ser un enunciado que engloba el pedimento de la parte actora, dando cabida al reconocimiento del derecho de disposición sobre el cadáver discutido. No podía ser de otra forma pues nos encontramos ante una situación jurídica de poder que no tiene una regulación adecuada en la norma, no existe una sistematización de la figura, y sólo se reconocen actuaciones particulares sobre los cadáveres y sus partes, como si de derechos independientes se tratara. También es menester señalar la ausencia de una cultura jurídica entre los profesionales del derecho sobre el tema, dígame jueces o abogados, a lo que se suma la baja radicación de litigios de esta naturaleza en los tribunales, que terminan resueltos o mal resueltos en la vía extrajudicial, y la mayoría de las veces concluyen en la resignación y frustración de los implicados.

En cuando al ejercicio de la acción, la parte actora en su demanda hace uso del inciso a) del artículo 111 el que prescribe como medio de protección la posibilidad de exigir el reconocimiento del derecho, que es su finalidad principal al intentar se le reconozca el derecho preferente a su representado en orden a exhumar y trasladar los restos de su padre, aunque amparada la misma en cuanto al contenido en fundamentos jurídicos erróneos, como se analizará más adelante. También es oportuno señalar que este precepto, a pesar de ser supletorio al 38 del Código Civil cubano, que cómo se analizó es el específico para la protección del derecho de disposición sobre el cadáver como derecho personalísimo, en el caso que nos ocupa se está esgrimiendo como derecho familiar; perfectamente encuadrable en la ratio del 111 inciso a).

También la parte actora ejercita en su demanda la acción contenida en el inciso b) del propio artículo 111. La que va encaminada al restablecimiento de la situación existente antes de la vulneración del derecho y al cese inmediato de los actos que lo perturben. La misma no parece atinada en este caso pues no se puede apreciar la existencia de un daño con necesidad de que se repare *in natura* y menos que cesen sus efectos. Estamos ante una situación en la que hay un derecho que corresponde por igual a tres sujetos, los hijos del fallecido, que no llegan a un acuerdo sobre como

30 El supuesto que se analiza es muy diferente al conflicto que se puede presentar ante la falta de acuerdo entre familiares respecto a la donación de órganos y tejidos, o la necesidad de contratar el servicio de conservación (que por demás resulta excesivamente oneroso en Cuba) en espera de que lleguen los familiares del difunto que se encuentran en el extranjero (cuestión muy frecuente en Cuba), o disyuntivas entre practicar o no una necropsia, o no llegar a acuerdo sobre la inhumación o la cremación del cadáver o atentados a la imagen del cadáver.

ejercitarlo y la administración, ante la ausencia de norma aplicable, prohíbe su ejercicio hasta tanto se pronuncie el órgano jurisdiccional. Por lo que hubiera sido suficiente con el medio de defensa previsto en el inciso a) del artículo 111.

3. Sobre los sujetos legitimados.

La relación jurídica procesal se configuró adecuadamente. La demanda fue interpuesta por el hijo mayor del finado contra sus dos hermanas menores de edad, las cuales comparecieron representadas por sus madres, y resulta suficiente la presencia materna, pues en ellas se concentró el ejercicio de la patria potestad al fallecer el progenitor, versando el proceso sobre la posibilidad de disponer de los restos mortales de éste. No resulta necesaria la participación del ministerio fiscal por no exigirlo la norma sustantiva ni la adjetiva ni existir conflicto de intereses entre las partes y sus representantes (específicamente en el caso de las menores).

Es usual que en estos litigios sea también partícipe la viuda, pero todo parece indicar que ambas progenitoras no ostentaban tal condición, pues no se hace mención a ello en las sentencias, no figuran ninguna de las dos como demandadas en virtud de tal condición y es de suponer que el tribunal tuvo a bien valorar tal particular al momento de la admisión de la demanda, considerando que ninguna de ellas reunía tal cualidad, ya sea porque su estado civil derivado del matrimonio fuera el de divorciadas, casadas o solteras.

Por otra parte si puede resultar interesante al lector la participación del Director de la Empresa Provincial de Servicios Comunes de la Provincia de Cienfuegos, en calidad de demandado. De hecho, éste ostenta legitimidad pasiva y sin su mención no habría sido posible constituir válidamente la relación jurídica procesal. Se debe precisar que en Cuba los cementerios son de titularidad estatal, no así la mayoría de las bóvedas, sepulcros, osarios, nichos o parcelas. Y los cementerios en cuanto bienes inmuebles forman parte de los bienes que integran el patrimonio de estas empresas, las cuales tienen carácter presupuestado, pero gozan de personalidad jurídica propia y designan a un administrador que se encarga de la gestión cementerial en cada cementerio, pero que no responde directamente ante demandas de esta naturaleza al no ser más que un empleado de esta entidad. Dentro de estas entidades existe un departamento de servicios necrológicos que dirige la cuestión cementerial y el servicio que se presta en las funerarias.

Sin embargo, se debe precisar que con vistas a futuras modificaciones de la norma que regula la materia, es obligado pensar en la posibilidad de que fueran escindidas las funciones que tiene dicha entidad en esta sede para que cobren virtualidad propia, pues en el orden ético, de los valores, de las costumbres y tradiciones del pueblo cubano, su *nomen iuris* atenta contra el respeto a la memoria pretérita de los difuntos y contra la dignidad humana, pues pone a la par los restos de la persona

humana con cualquier otro desecho humano, no porque en la práctica cotidiana sean tratados con irrespeto los restos humanos, sino porque con la denominación “Empresa Provincial de Servicios Comunes” pareciera que se alude a basura, y que hay un departamento dentro de la empresa de la basura que atiende lo referente a los muertos. Ello deja muy mal sabor en el paladar y es repulsivo a los ojos de los ciudadanos y del mundo. Creo que sería más atinado contar con una institución que se pudiera denominar “Dirección de Servicios Necrológicos”, ya sea municipal, provincial o nacional.

4. Sobre la pretensión y los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.

Al iniciarse el proceso en el Tribunal Provincial Popular, la parte actora esgrimio *ab initio* como pretensión, el interés que tenía su representado en cuanto a que el tribunal reconociera el derecho que le correspondía en cuanto heredero de su padre a realizar la exhumación de los restos mortales de éste y disponer su ubicación en la bóveda que deseara, cuestión que a la vista resultaba excesiva y que acertadamente fue rectificadada durante la celebración de la comparecencia que establece el artículo 42 de la Ley ritual, y quedó circunscrita a poder trasladar dichos restos hacia su bóveda particular; deseo que era más mesurado e incrementaba las posibilidades de triunfo de la demanda.

A pesar de ello, desde la propia pretensión, sin entrar aún en los fundamentos de derecho, ya se observaba un inconveniente, que estaba dado por una reclamación que se hacía desde la posición de heredero, lo que lleva implícito que se éste hablando de bienes patrimoniales, de adjudicación en concepto de propiedad y por otra parte una discutida prioridad reclamada, a pesar de encontrarnos ante herederos de igual grado.

Ello lleva a poner sobre la mesa las siguientes interrogantes: ¿Es el cadáver o sus partes un bien patrimonial susceptible de transmisión hereditaria?, ¿Es la condición de heredero la que legitima para ejercitar el derecho de disposición sobre el cadáver?, ¿Podemos hablar de un derecho de propiedad?, ¿Puede existir alguna preferencia entre herederos o familiares de igual grado para disponer el destino final de un cadáver?

Cuando se estudia la categoría patrimonio, se aprecia que la misma está conformada por aquellos derechos y obligaciones y los bienes sobre los que recaen los primeros, siempre de carácter económico, pasando a convertirse en herencia aquellos que son transmisibles por causa de muerte³¹. El patrimonio forma parte

31 MONTÉS PENADÉS V. L.: “El Patrimonio y los elementos patrimoniales”, en AA.VV.: *Derecho Civil Parte General*, (coord. por A. LÓPEZ-V. L. MONTÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 605, 615. En este sentido expresa: “El patrimonio puede ser definido como el conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico sometidas a un régimen unitario de gestión y de responsabilidad”. Y más adelante añade: “La cosa o el bien ha de tener un valor económico, han de ser susceptibles de valoración, por lo que no se integran en el patrimonio los bienes

de la esfera jurídica general de la persona pero no la agota, y en esa esfera jurídica general se encuentran los derechos inherentes a la personalidad y los bienes personalísimos, como la imagen, la intimidad, el honor o el cuerpo, que en el caso de éste último muta en cadáver; pero queda siempre fuera del patrimonio.

Si se medita por un momento, el cadáver es el futuro de lo que en el pasado fue cuerpo y persona, sobre el cual tampoco se admitían relaciones de tipo económico, ni estaba sujeto a propiedad alguna, el cual constituía un bien personalísimo³². Si se traslada este razonamiento al cadáver, no en atención a que sea el mismo cuerpo humano, sino en deferencia a que fue sede de una persona, cuya memoria se respeta, cuyos familiares recuerdan, irradiando una serie de sentimientos hacia los despojos, así como la reverencia que le ofrece la comunidad de individuos, puesto que son los restos de un miembro de la familia humana; se puede obtener un tratamiento más adecuado, más afín con su naturaleza, que permita protegerlo según su verdadero valor, sustrayéndolo del tráfico económico. Igual tratamiento se les debe otorgar a los órganos, tejidos³³ y a las cenizas.

Entender los bienes jurídicos como categoría general parece más acertado a la hora de hacerle frente a la multiplicidad de objetos de la realidad social, que tienen

que no son susceptibles de valoración como es el caso de los bienes de la personalidad (vida, honor, etc.), los cuales si bien entran dentro de la esfera jurídica de la persona no pertenecen al patrimonio en sentido estricto". Por su parte MONTÉS RODRÍGUEZ, P.: "El Patrimonio", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 193. Expone con meridiana claridad: "Todos hemos utilizado en alguna ocasión la expresión patrimonio en un sentido jurídico o económico. Se trataría de un "bolsillo" ficticio creado por el Derecho, en el que se reúnen todos los derechos y obligaciones de contenido económico, de los que es titular un individuo a lo largo de su vida y que no se extinguen con su fallecimiento". Y posteriormente agrega: "En el patrimonio se integran, pues, los derechos subjetivos de carácter económico, tanto reales como personales o de crédito (activo), así como las obligaciones (pasivo). Por lo tanto, no forman parte del patrimonio los derechos de la personalidad (p.ej., el derecho a la vida, a la integridad física o al honor)".

- 32 En este sentido resulta muy ilustrativa la reflexión kantiana que trae a colación CASAS MARTÍNEZ, M. de la L.: "La experiencia del cuerpo propio", en AA.VV.: *Diccionario Latinoamericano de Bioética* (coord. por J. TEALDI), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2008, p. 229. "(...) Para Kant: "El hombre no puede disponer de sí mismo porque no es una cosa; no es su propiedad; decir eso sería contradictorio; ya que si es una persona es un sujeto en donde se inviste la propiedad, y si él fuera su propiedad, sería una cosa, sobre la que tiene propiedad".
- 33 Al respecto de la naturaleza jurídica de los órganos y tejidos nos dicen ABBoud CASTILLO, N. L., PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Las donaciones de órganos y tejidos. Status legal", en AA.VV.: *Bioética desde una perspectiva cubana*, (coord. por J. R. ACOSTA SARRIEGO), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, p. 726. "Ya definimos que los órganos y tejidos no forman parte del patrimonio. Si bien son extraídos del cuerpo vivo o del cadáver, y tienen la consideración de bien, estos son extrapatrimoniales, por tanto, no hay cesión en la donación de órganos de una fracción del patrimonio y, consiguientemente, no existe empobrecimiento ni enriquecimiento patrimonial. Lo que sí podemos decir es que ha habido un beneficio –o al menos el intento– a la salud del receptor; pero el órgano o tejido implantado no es valuable económicamente, en el orden ético y jurídico. Es un bien extrapatrimonial y fuera del comercio de los hombres; tampoco puede considerarse que se ha producido un empobrecimiento en la persona del donante por los elementos antes apuntados, y porque en el orden de la salud hay limitantes a este tipo de acto". Contrario *sensu* tenemos la postura defendida por ENGELHARDT, T.: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1995, pp. 179, 202. Para este autor sí puede existir propiedad sobre el cuerpo humano y sobre los órganos, siempre que la persona de su consentimiento (criterio que no comparto, pero que no deja de ser interesante por los extremos que alcanzan sus posturas). Este expresa: "Los derechos de propiedad se derivan del derecho fundamental de que nadie puede actuar contra nosotros sin nuestro permiso. Una vez adquirido este derecho, puede ser vendido libremente o transferido a otros, del mismo modo que las personas pueden transferir los derechos que poseen sobre sí mismas". Además argumenta que la autoridad de los gobiernos es sospechosa cuando: "Restringen la posibilidad de elección de los individuos libres sin su consentimiento (por ejemplo, intento de prohibir la venta de órganos humanos)...".

trascendencia para el Derecho. Se pudiera intentar definir como bienes jurídicos a todos éstos, pues el Derecho le confiere el matiz de la juridicidad, entendiendo como bienes jurídicos a todo aquello que tiene alguna utilidad o valor para el hombre, ya sea material o espiritual, y que es regulado por el Derecho, tenga o no, naturaleza económica. Por lo tanto, las cosas evaluables patrimonialmente serían una especie dentro del genero bien³⁴.

El cadáver puede incluirse dentro de este rubro, como bien jurídico de naturaleza especial³⁵, convirtiéndose en un posible objeto de derechos dentro de determinados límites, formando parte del conjunto de relaciones jurídicas no vinculadas al patrimonio, las cuales constituyen objeto de regulación del derecho civil cubano a pesar de estar omitidas formalmente en el artículo I del Código Civil; por lo que suscribo la tesis de que el cadáver es una manifestación física de lo que fue la sede de la persona, su cuerpo. Ergo, el título sucesorio hereditario no nos dice nada respecto a una posibilidad de disponer sobre los restos mortales de un individuo o con vistas a una posible adjudicación del mismo en cuanto propiedad³⁶.

Por lo tanto, cuando hablamos del derecho de disposición sobre el cadáver, debemos tener en cuenta que durante la vida de la persona estamos en presencia

34 En esta línea nos gusta la definición de: VALDÉS DÍAZ, C. del C.: "Relación jurídica", cit., pp. 89-90. "...serán concretamente objeto del derecho subjetivo la conducta o comportamiento de otras personas y los bienes, tanto aquellos que se refieren a cualidades de la persona o manifestaciones de su personalidad, como las cosas materiales, las energías o esfuerzos aunque no sean cosas en sentido propio, bienes inmateriales o creaciones intelectuales".

35 En este sentido se pronunció la SAP de Huesca, 21 junio 1996 (AC 1996, 1615) "(...) el cadáver de un difunto no creemos que pueda asimilarse, de ningún modo, a los bienes materiales que el mismo dejó al abandonar este mundo(...)" Le sigue en igual sentido la conocida SAP de Pontevedra 9 diciembre 1998 (AC 1998, 2483) "Extinguida la personalidad civil por la muerte de la persona (art. 32, párrafo primero, del Código Civil), o lo que es igual, dejando de existir la persona desde el momento de la muerte, pasando de ser sujeto del derecho, simple objeto jurídico, aunque de naturaleza especial". Igual interés reviste la SAP de Madrid (Sección 18ª), 22 enero 2004 (JUR 2004, 251344) "Dicha cuestión ha venido planteándose con alguna insistencia en la denominada jurisprudencia menor, y a salvo de las disposiciones administrativas sobre la materia, se ha venido considerando que una vez producido el fallecimiento de una persona, se produce la extinción de la personalidad civil, art. 342 del Código, pasando de ser un sujeto de derecho a un simple objeto jurídico aunque de naturaleza especial(...)". Y más recientemente reiterado en la SAP de Pontevedra 11 diciembre 2006 (JUR 2006, 18440). "Es indudable que sobre los restos mortales no puede haber derecho de propiedad o derecho de posesión, ya que el objeto de los derechos reales ha de estar dentro del comercio y los restos humanos no lo están, y se encuentran al margen de los susceptibles de apropiación".

36 También es útil la tesis sustentada por la Tercera Sala Suprema de la Corte de Justicia de la nación mexicana de 1970. Amparo directo 2435/70. María del Carmen Mendoza Vargas. 29 de octubre de 1970. "La doctrina es unánime al sostener que el cadáver es extracomercial y no puede ser objeto del derecho de propiedad, esto es, que no es cosa que pertenezca en propiedad al heredero ni puede ser susceptible de apropiación, debido a que los más elementales principios de orden público, de sanidad pública, de moral social, están en directa oposición con el concepto de una propiedad sobre el cadáver; pues el destino normal del cadáver humano según la conciencia general, es el de ser dejado a la paz del sepulcro, bajo aquella forma que la ley del Estado haya fijado, y este destino es absolutamente incompatible con el concepto de la comerciabilidad del cadáver. De un modo casi general deben considerarse admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo para fines científicos, y en cambio de acuerdo con la opinión dominante, un contrato oneroso de semejante contenido habría de considerarse nulo como contrario a las buenas costumbres. Las disposiciones de última voluntad sobre el cadáver (entierro, incineración, etc.) se deben considerar válidas en concepto de modos o de disposiciones sobre ejecución del testamento. Los negocios jurídicos de los parientes o de los terceros sobre el cadáver, que no se refiera, al funeral, a la autopsia o a cosas parecidas, se deben considerar en general, como nulos en concepto de inmorales, en virtud de que la personalidad del hombre exige respeto, aún después de la muerte".

de un derecho inherente a la personalidad³⁷, que goza de este estatus cuando se ejercita en vida, pero que se extingue con la muerte, y con ella nacen en los más próximos parientes un derecho familiar a la tutela de la memoria pretérita de la persona y de su última voluntad si se hubiera manifestado en este sentido, pero por otra parte un derecho familiar que permite disponer y custodiar dentro de los límites que establece el derecho (moral, costumbres, salud pública) los restos de esos seres queridos³⁸, siempre diferente al derecho de propiedad³⁹ y nunca transmisibles *mortis causa*⁴⁰.

El Código Civil cubano no reconoce expresamente el derecho de disposición sobre el cadáver ni ningún otro derecho personalísimo; empero, establece en su artículo 38 acciones tendentes a proteger ante violaciones a los derechos de la personalidad consagrados en la Constitución, precepto lamentablemente infeliz, pues el magno texto no hace referencia a esta categoría, más si reconoces algunos derechos de los que la doctrina llama como inherentes a la personalidad, entre los que no se encuentra el que es objeto de análisis, que sólo se vislumbra en las

- 37 También DIEZ PICAZO, L., GULLÓN A.: "Sistema", cit., p. 351. Son partidarios de considerar estos actos dispositivos como un derecho subjetivo personalísimo y profieren que: "La persona posee un poder de disposición en orden a establecer tal destino; por ejemplo: inhumación, etcétera. Es admisible igualmente destinar el propio cadáver a fines científicos o didácticos siempre que se respeten las exigencias del orden público o que el destino establecido resulte conforme con las buenas costumbres y no repudiado por la conciencia social". En la misma línea argumental CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., p. 414. Y al respecto nos comenta: "(...) que en suma: hay un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos; ese derecho cuando se ejercita excluye el de los parientes, no requiere la manifestación por acto solemne testamentario, es unilateral y revocable, y solo se admite cuando no depende de contraprestaciones en dinero, es decir, cuando no es oneroso".
- 38 Esta idea se encuentra recogida también en la SAP de Cantabria (Sección 2ª), 15 abril 2015 (JUR 2015, 274454). "Resultando correcta en criterio de este tribunal la vía seguida en la sentencia de instancia, al igual que las de las AA.PP. de Burgos de 17 de Enero 2000 o Pontevedra 9 Diciembre 1998, de considerar de referencia y aplicar análogicamente el art. 1894,2 CC en orden a individualizar quien ostenta legitimación para decidir acerca del destino y ubicación de los restos mortales; no como manifestación de una titularidad dominical imposible, sino de una capacidad de gestión sobre tal particular que ha de ser reconocida necesariamente a alguien en el ámbito de las relaciones familiares".
- 39 En este mismo sentido, ESPINOZA ESPINOZA, J.: "Derechos" cit., p. 201. expresa que el derecho sobre el cuerpo es un derecho humano o de las personas, añadiendo a continuación que es un absurdo recurrir a la teoría de los derechos reales y dice: "El Derecho en forma unánime considera al cuerpo y sus energías como un sustrato de la personalidad, en manera alguna como objeto de derechos reales; por ello se manifiesta en desacuerdo con la comercialización de las partes del cuerpo, agregando que los actos de disposición obedecen a sentimientos humanitarios, y, por consiguiente, deben ser a título gratuito". De igual manera en la SAP de Ourense (Sección 2ª), 28 marzo 2005 (JUR 2005, 94646) se dijo: "Entablada la cuestión entre los hijos y esposa de una parte y los octogenarios padres del difunto, el padre fallecido a lo largo de este proceso, no es dable hablar de titularidad o disponibilidad real sobre los despojos óseos en el concepto de derecho privado dominical, sino, como bien apunta la juzgadora a quo, de un mejor derecho a tomar una decisión acerca del lugar en que hayan de permanecer a fin de honrar su memoria, algo de profundo alcance sentimental en la compleja convicción generalizada de rendir culto a los muertos que exige el mayor respeto".
- 40 Aquí queremos traer el criterio de COBAS COBIELLA, M. E.: "Protección Post Mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema", en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Navarra., 2007, p. 308. "Los efectos de la muerte son disímiles, en algunos casos con la misma se extinguen un conjunto de relaciones y en otro caso nacen nuevas relaciones o se generan situaciones que han de ser contempladas por el derecho, ya que la muerte de una persona no supone la extinción de todas las relaciones jurídicas de las que era titular; algunas ciertamente se extinguen y otras se transmiten y algunos bienes y derechos, por otra parte, nacen con la muerte de la persona como sucede con las indemnizaciones por causa de muerte, ya que no todos los derechos subjetivos que tuviere una persona en vida ni todos los deberes pueden independizarse de su titular y ser transmitidos a otras personas en virtud de la sucesión *mortis causa*".

normas administrativas, sin embargo, en su preámbulo hace suyo el postulado del apóstol José Martí de querer que la ley primera de la República sea el culto de todos los cubanos a la dignidad plena del hombre y que, en consecuencia, su artículo I dispone: "el Estado cubano se organiza para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana", que a mi juicio irradia todo el ordenamiento jurídico y le es de aplicación a la situación de poder que se estudia aquí.

Afortunadamente la sentencia dictada por el Tribunal Provincial se manifestó acertadamente en el sentido expuesto: "(...) si se analiza en primer orden que desde el punto de vista doctrinal la herencia se define como al acto jurídico mediante el cual se transmiten los bienes, derechos y obligaciones de una persona fallecida, a otra u otras personas que se denominan herederos, ello indica que la herencia ésta vinculada fundamentalmente con el patrimonio, pues el objeto de la sucesión lo constituye la masa o conjunto de relaciones patrimoniales, en correspondencia incluso con lo normado en el ordinal cuatrocientos sesenta y seis, del citado cuerpo legal, de manera que en modo alguno los restos del cadáver del progenitor del actor deben entenderse como integrantes de su herencia, determinando así que no exista prioridad alguna ni derechos para sus herederos en cuanto a la disposición sobre los mismos"⁴¹. Lo que dio lugar a que declarara sin lugar la demanda.

5. Sobre el motivo de casación.

La parte actora inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal Provincial de Cienfuegos, recurrió en casación, haciendo uso de un único motivo que se reproduce a continuación: "(...) invocado al amparo del ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en el que se acusan como infringidos los artículos cuatrocientos sesenta y seis y quinientos catorce del Código Civil en el concepto sucinto de que el tribunal hizo una inadecuada apreciación de los preceptos denunciados, los que interpretados ampliamente permiten estimar que el cadáver sí constituye cosa material, que puede pasar a formar parte de la esfera de dominio de otra persona, y aunque este dominio fuera en cierta medida limitado, por cuestiones administrativa, sí puede contener la posibilidad de disponer; máxime cuando el propio tribunal reconoce que no existe solución alguna en la vía administrativa, ni se avizora en el orden legal otra solución posible, siendo la interesada por esta parte la más viable(...)"⁴².

Cuando se examina el motivo de casación esgrimido por el letrado, salta a la vista el inadecuado empleo de los artículos contenidos en la norma sustantiva, el

41 Sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Cienfuegos, República de Cuba.

42 Sentencia número 757 de 30 de septiembre de 2016, Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

466 que se encarga de definir el derecho de sucesiones como aquel que regula la transmisión del patrimonio del causante después de su muerte y el 514 en su apartado 1 que establece el primer llamado sucesorio en el que comparecen los hijos sin perjuicio del derecho del cónyuge, y en el 2 reconoce la posibilidad de heredar por derecho propio y a partes iguales.

Como fue razonado en el epígrafe anterior, es evidente que existe una interpretación errónea por parte del recurrente de los preceptos mencionados, por lo que no es posible obtener una interpretación en sentido amplio, al resultar totalmente incompatible con la naturaleza jurídica del cadáver y del derecho discutido. Por lo tanto, hace imposible que el juzgador los acoja, porque de haberlo hecho hubiera quedado destruida la noción de patrimonio, redefiniendo el mismo, puesto que al no poder ser el cadáver estimado económicamente, interpretar en sentido amplio esos artículos, conllevaría a entender que dentro del patrimonio pueden existir bienes de naturaleza no económica y que los herederos en cuanto tales pueden suceder al causante en esas relaciones⁴³.

Otra cuestión a analizar es el hecho de que los herederos implicados en la litis, al ser todos hijos del causante, concurren en igualdad de condiciones y con igualdad de derechos, según queda prescrito en los artículos citados. Entonces, me surge la duda de cómo es posible que la parte actora haya pretendido defender una prioridad exclusiva a su favor y proponer que su solución es la más viable. Al parecer, previo a interponer el recurso repensó la cuestión y se expresó en el sentido siguiente:“(…) además el contenido del derecho patrimonial hereditario *no incluye prioridad* entre los herederos para acceder a esos derechos, estando al arbitrio judicial determinar a quién lo adjudicarán (...)”⁴⁴ Luego, cabe formularnos otra interrogante, sobre la base de la patrimonialidad que se esgrime, ¿cómo podría el tribunal declarar esa prioridad en el orden sucesorio?

El artículo 536 del Código Civil cubano dispone que a falta de acuerdo entre los herederos o representantes legales sobre la forma de hacer la partición, puede requerirse la intervención judicial. Y en su sección cuarta establece tres reglas

43 Así se pronuncia la SAP de Burgos (Sección 2ª), 17 enero 2000 (AC 2000, 505). “Para que la analogía resulte predicable, tal y como exige el artículo 4.1 del Código Civil, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4230), es preciso que exista identidad de razón, presupuesto que no parece concurrir con relación a las normas de la sucesión intestada, ya que no pueden asimilarse los restos mortales de una persona con los bienes materiales que la misma dejó al fallecer”. Similar criterio se aprecia en las siguientes sentencias: SAP de Málaga (Sección 4ª), 7 junio 2000 (JUR 2000, 265019). SAP (Sección 1ª) 23 marzo 2004 (JUR 2004, 122616). SAP Madrid (Sección 18ª), 15 marzo 2006 (JUR 2006, 148962). SAP de Asturias (Sección 4ª), 29 enero 2010 (JUR 2010, 104516). SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª), 2 febrero 2001 (AC 2001, 44). Y más recientemente la SAP de Cantabria (Sección 2ª) 15 abril 2015 (JUR 2015, 274454). En ella se argumentó lo siguiente: “La respuesta no puede apoyarse en norma expresa alguna pues es cuestión no regulada en nuestro derecho, ni tampoco en las estrictas normas sucesorias, pues los restos mortales de una persona no deben considerarse una cosa susceptible de ser objeto del derecho de propiedad ni transmisibles por vía hereditaria”.

44 Sentencia número 757 de 30 de septiembre de 2016, Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

que sirven de guía al juzgador para realizar ésta. En el 537 establece la regla de la igualdad, en el 538 la regla de la necesidad y en el 539 apartado uno la de la utilidad que brinde al heredero, ante bienes que no puedan dividirse, con la consiguiente obligación de indemnizar al que no se adjudique.

Como es de apreciar, son normas construidas para determinar la adjudicación ante falta de acuerdo entre los herederos en cómo hacerla, pero normas enfocadas en función de bienes patrimoniales, estimables económicamente, por lo que resulta un contrasentido aplicarlas a la materia controvertida. Incluso, si defendiéramos la tesis de que el cadáver es una cosa y puede ser adjudicado a los herederos, aún así sería difícil para el juzgador pronunciarse en este sentido. Pues, ¿cómo se aplicaría la igualdad?, ¿tendría que adjudicarles el cadáver a todos ellos? Si se atiende a lo estipulado en el artículo 538, donde se habla de distintos bienes y de adjudicarlos atendiendo a las necesidades de los herederos, ¿cuál sería la necesidad que ameritaría adjudicárselo a uno por sobre los otros? O ante el 539 apartado I, ¿a cuál de los herederos le resulta más útil? Ello nos sitúa en el principio de utilidad, por qué sería más útil a su representado tener cerca suyo el cadáver de su padre. Y en el apartado dos del mismo precepto, se habla de la necesidad de compensar a los demás herederos a razón de la adjudicación del bien. ¿Cuánto les correspondería en dinero a los demás herederos si el tribunal hubiera adjudicado el cadáver a uno sólo de ellos? Los razonamientos llevan a considerar inviable la pretensión de la demandante y los fundamentos jurídicos conspiran contra un resultado favorable a la hora de dictar sentencia.

La estrategia argumental utilizada por el letrado denota desconocimiento de la figura y se limita a utilizar categorías que están construidas para un sistema patrimonialista, y que no son compatibles situaciones no patrimoniales. Derecho éste, que se desenvuelve y ejercita fuera del patrimonio, rodeado de valores humanos esenciales, cómo el respeto a la memoria del finado, la no mercantilización del cuerpo humano o su cadáver, sentimientos familiares de cariño, recuerdo, derecho a venerar a los muertos, a realizar el duelo, derecho a visitar los restos del familiar fallecido. El paradigma de los derechos reales queda corto a esta finalidad y los artículos sucesorios no aptos para darle cobija, ya sea la interpretación amplia o estrecha. Sólo los órdenes sucesorios pudieran servir de guía para saber a quienes nuestro legislador consideró como más próximos parientes y en consecuencia donde ubicarnos a falta de norma expresa en la materia, pero sólo a ese fin.

6. A propósito del fallo dictado por el tribunal.

Hasta ahora se ha podido apreciar, valorar y quizás arribar a la conclusión, *prima facie*, de que a partir de los fundamentos de derecho esgrimidos por la actora, y la forma en que había encausado su demanda era razonable que el tribunal declarara la misma sin lugar, como de hecho aconteció. Pero acaso, fue ello justo, pudo haberse

ponderado una solución distinta. Y me vienen a la mente las siguientes interrogantes: ¿Es posible que después de acudir a la vía judicial quede vulnerado el derecho de disposición sobre el cadáver en virtud de los propios pronunciamientos judiciales contenidos en la sentencia? ¿Queda el justiciable en estado de indefensión? ¿Se puede hablar de que se le ocasionó un daño moral al demandante? La balanza, les adelanto desde ahora, es muy probable que se incline hacia responder afirmativamente después que terminemos con las líneas que siguen.

Es necesario dirigir por un momento la mirada a ambas resoluciones judiciales para entender mejor lo anteriormente planteado. La parte final del último considerando de la sentencia de instancia, razona de la siguiente manera: "(...)Vale mencionar que pese a la posición de rebeldía entre los demandados, se advirtió en la comparecencia celebrada que entre los litigantes no existe consenso sobre éste tema y al propio tiempo no existe norma legal, ni siquiera administrativa, como es el caso del Manual de Procedimientos para los Cementerios, correspondiente a la Dirección Municipal de Servicios Comunes de Cienfuegos, que indique como proceder en situaciones de esta naturaleza, con todo lo cual resulta menester pronunciarnos como a continuación se dirá(...)"⁴⁵ Razonamiento que lleva a que el tribunal determine que la demanda es sin lugar.

Por su parte la sentencia de casación fue del tenor siguiente en la última parte de su primer considerando: "(...) por otra parte se aprecia que lo relativo a los requisitos y procedimientos para la exhumación del cadáver corresponden a trámite meramente administrativo que encuentran sustento en la Resolución nueve, de treinta de enero de mil novecientos noventa y dos del Ministerio de Salud Pública, "Reglamento general sobre manipulación de cadáveres y restos óseos", normativa que establece en su artículo setenta y dos la procedencia de la exhumación ante la solicitud formulada por la parte interesada a la administración del cementerio pasados los dos años de inhumado el cadáver, de lo que deriva el desacierto de la acción ejercitada y por consiguiente del motivo único sustentado en el ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico"⁴⁶. Y seguidamente desestima el recurso y ratifica la resolución de instancia.

De la lectura de ambas resoluciones se desprende fácilmente que no hay un reconocimiento expreso del derecho objeto de debate, ni solución prevista en la norma cubana para determinar como proceder ante un conflicto entre familiares de igual calidad. También se pudo constatar que no son aplicables las normas sucesorias para fundamentar jurídicamente la pretensión, y que al no haber solución en la Ley

45 Sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Cienfuegos, República de Cuba.

46 Sentencia número 757 de 30 de septiembre de 2016, Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

y no ser aplicable la analogía con dichos preceptos, el tribunal deja sin resolver la cuestión⁴⁷. Ello trae como consecuencia que una vez firme la sentencia, el efecto de la cosa juzgada afecte la posibilidad de interponer futuras reclamaciones sobre lo mismo.

Si bien eso fue lo que aconteció, y el panorama proteccional que brinda el ordenamiento cubano no es el ideal, la respuesta del máximo órgano de justicia pudo y debió haber sido diferente. Es cierto que en el proceso civil cubano rige el principio dispositivo, pero el órgano jurisdiccional contaba con herramientas en la norma adjetiva que le hubieran permitido ser más activo, además de que haciendo uso de la sapiencia jurídica y de elementos que estaban en la demanda, pudo haber arribado a solución distinta. Es verdad que no existía norma legal para ello, pero existen los principios generales del derecho, existen los usos y costumbres, que si bien en nuestro ordenamiento jurídico no están reconocidos como fuente de derecho, amparados en el principio de justicia, en el principio *iura novit curia*, y en el deber que tienen nuestros tribunales de conocer y fallar los asuntos aunque no exista precepto legal aplicable (principio de *non liquet*), y si el tribunal los hubiera utilizado, el fallo habría tributado a la tutela del derecho de disposición sobre el cadáver.

El órgano de justicia debió hacer uso del artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que le permite en cualquier estado del proceso citar a las partes para interrogarles y ahondar en los hechos y antecedentes. El artículo 43 que le autoriza a fallar apreciando las pruebas acorde con el valor que la Ley les atribuye, pero además ajustándose a los principios de la razón y la ciencia. Y por último el 148 que obliga al juzgador a no aplazar, dilatar o negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el proceso, y en el caso que nos ocupa, entiendo que la sentencia niega la solución de la controversia.

El juez pudo ejercer las atribuciones que le confiere la Ley e indagar en la voluntad del difunto, escudriñar más en los motivos en los cuáles los familiares demandados se afianzaban para negar el traslado, profundizar en los motivos del recurrente y

47 En el derecho español también se han suscitados conflictos de similar naturaleza, coincidiendo con el derecho cubano en que no existe norma expresa aplicable, pero a diferencia del caso en estudio, los tribunales españoles si ofrecieron una solución. Puede verse al respecto la SAP de Pontevedra, 9 diciembre 1998 (AC 1998, 2483) "El núcleo gordiano de la controversia lo constituye ahora el determinar quién es el titular dominical de los restos mortales, la viuda o los padres u otros familiares, en este caso los padres del fallecido. Pues bien, llegados a este punto, es clara la laguna legal existente en nuestro derecho privado, y ante este vacío no cabe otra alternativa que la de recurrir, por un lado, al procedimiento analógico, y a la par, y por si ello no fuera suficiente para llenar esa laguna, a la costumbre (arts. 4.1 y 1.3 del mismo Código)". Igualmente la SAP de Ourense (Sección 2ª) 28 marzo 2005 (JUR 2005, 94646) se pronuncia de la siguiente forma: "La falta de una normativa más allá de las exigencias sanitarias y administrativas sobre la decisión de la localidad donde hayan de inhumarse los restos mortales, si surge conflicto entre los familiares sobrevivientes, debe atenderse por sentido común a la voluntad expresa o tácita del finado como disposición suprema de su destino y, en su defecto, a la que manifiesten por su orden aquellas personas «que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle», por analogía de lo regulado en el párrafo segundo del art. 1.894 del Código Civil (LEG 1889, 27) que dispone quiénes vienen obligados a soportar los gastos funerarios".

sopesarlos. Debió valorar la costumbre del lugar en cuanto al pedimento realizado. Valorar si lo que se estaba solicitando afectaba en alguna medida la memoria pretérita del finado y la dignidad humana. Debió haber sido más enérgico el tribunal y preguntarse ¿Por qué los restos mortales discutidos fueron inhumados en una bóveda propiedad del Estado? ¿Qué tiempo les restaba por descansar allí? ¿Qué otras bóvedas privadas existían en la familia? ¿Se encuentra la bóveda propiedad del hijo cerca o lejos del domicilio de las hermanas? ¿Por qué las otras hijas del difunto querían trasladar los restos a otra localidad? ¿Cómo se ven afectadas las otras dos hijas por que sean trasladados los restos del padre a la bóveda que está escogiendo el hermano? ¿Dónde estarían mejor resguardados esos restos mortales? ¿Resulta legítimo el interés del peticionario, ha quedado demostrado que sus intenciones fueran malas o la voluntad de producir un daño?⁴⁸ Ergo, cuanta información hubiera podido obtener el juzgador y permitiéndole razonar sobre ella en la sentencia, y sobre la base de la información obtenida, de la lógica, de la justicia y otros principios afines al caso brindar una solución⁴⁹.

Es cierto que los argumentos de derecho no fueron atinados, pero en virtud del principio de que el juez conoce el derecho y de la necesidad de administrar justicia se hubiera podido solucionar el defecto en la argumentación de la parte demandada, pues era palpable la esencia de lo que se pedía. También queda claro que no es posible la analogía entre el derecho de disposición sobre el cadáver y las normas sucesorias por no haber identidad de razón, pero por otro lado tenemos un indicativo, de que en nuestro derecho existe un consenso moral en cuanto a que los hijos se encuentran entre los más próximos parientes y en situación de igualdad, y que si existiera cónyuge supérstite se ubicaría en igual posición.

El juez tenía la obligación de indagar si existían otras normas que se pudieran tomar como referente, porque de haberlo hecho las hubiera encontrado. Resulta que se hubiera podido aplicar la analogía a las normas que regulan la cremación y que están contenidas en el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, el cual al disciplinar esta materia establece un catálogo de sujetos legitimados y en su artículo 39 reconoce en primer lugar a la persona en vida y en segundo lugar a los familiares, y en el 2 inciso d) establece que los familiares son el cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo

48 La SAP de Cantabria (Sección 2ª) 15 abril 2015 (JUR 2015, 274454) refleja esta idea: "Por lo demás, es claro que el hecho de adoptarse al tiempo del fallecimiento alguna decisión al respecto, como es imperativo, no obsta a que con posterioridad pueda alterarse y procederse a un traslado de restos, no cabiendo encontrar más límite a tal facultad de los familiares legitimados que el respeto debido a los difuntos y los demás familiares vivos, evitando desde luego alteraciones caprichosas o debidas a móviles espurios que sean manifestación de un abuso de derecho (art. 7 CC)". En igual sentido o similar pueden verse las sentencias precedentes en fecha: SAP de Burgos (Sección 2ª) 17 enero 2000 (AC 2000, 505), SAP de Madrid 15 marzo 2006 (JUR 2006, 148962); SAP de Alicante (Sección 9ª) 11 octubre 2012 (AC 2013, 337).

49 La SAP de Asturias (Sección 4ª) 29 enero 2010 (JUR 2010, 104516) es reflejo de este punto de vista: "Así las cosas la resolución del litigio debe realizarse mas en base a criterios de equidad y usos sociales, que en base a una regulación jurídico positive (...)".

de afinidad. Existe un pronunciamiento en nuestro ordenamiento jurídico, pero que lamentablemente no es suficiente para determinar una prioridad, además de mezclar familiares de diverso grado, lo cual lleva de nuevo a que el juzgador tome partido y cree la solución sobre la base de lo que he expuesto en los párrafos que preceden. Si gurada razón el actor cuando dice que la decisión de la preferencia queda al arbitrio judicial.

Desdichadamente en nuestro caso, la mirada no la podemos dirigir al derecho de familia, en cambio en el Derecho español sí, al contar su Código Civil con el artículo 1894 en relación con el 143; mientras que en Cuba no existe pronunciamiento legal con respecto a quienes les corresponden los gastos funerarios, quizás debido ello a la gratuidad que caracteriza el servicio, salvo en los últimos años en orden a disponer la cremación⁵⁰.

Por último se debe reflexionar sobre la remisión que hace la sentencia de casación a la autoridad administrativa como competente para solucionar la litis. Ello a mi modo de ver refuerza la tesis que vengo sosteniendo de que la sentencia del Tribunal Supremo deja al justiciable en estado de indefensión y le ocasiona un daño moral. Se debe tener en cuenta que cuando se presenta la demanda, entre los fundamentos de hechos que fueron alegados y que fueron narrados en la sentencia de instancia, en su primer resultando se expresa:“(...) por el conflicto presentado ante las autoridades del cementerio por algunos familiares (...), que pretendían realizar la exhumación y trasladar los restos hacia la localidad de Cartagena, cosa a la que se opuso su representado, dirigiéndose en queja a la Empresa Provincial de Servicios Comunes de Cienfuegos, y en particular al área de Servicios Necrológicos, quienes ante la ausencia de una norma administrativa para solucionar el conflicto y definir el derecho preferencial a persona alguna para decidir sobre el destino de los restos, respondió con una prohibición de exhumarlo, hasta tanto una autoridad judicial lo definiera⁵¹”.

Como se puede apreciar, sobre esto la administración se había pronunciado en sentido negativo, ante la falta de acuerdo de los familiares, ante la ausencia de una norma jurídica aplicable para determinar quien tiene la prioridad y ante su imposibilidad funcional de administrar justicia y crear una solución distinta. Y expresamente al darle respuesta al quejoso clama porque el órgano jurisdiccional intervenga y se pronuncie como autoridad competente para conocer el asunto.

50 Al respecto podemos citar la SAP de Pontevedra, 9 diciembre 1998 (AC 1998, 2483) que es del tenor siguiente: “El art. 1894, párrafo segundo, del Código Civil, aplicado análogicamente al caso contemplado, nos lleva a dar preferencia al cónyuge viudo sobre los padres del fallecido. Parece lógico que si el precepto citado impone la obligación de satisfacer los gastos funerarios del difunto a aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle, y el art. 143, núm. 1, establece como primer obligado al cónyuge, con preferencia sobre los ascendientes y descendientes del alimentista, habrá que entender entonces, de manera análoga, que es también al cónyuge, primer alimentante, a quien corresponde el derecho sobre los restos mortales del difunto”. Así mismo se puede consultar la SAP de Ourense (Sección 2ª) 28 marzo 2005 (JUR 2005, 94646).

51 Sentencia número 80 de 30 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Cienfuegos, República de Cuba.

Este particular es ignorado por la sentencia de instancia y se agrava a la máxima expresión con el razonamiento y consecuente fallo vertido en la que da respuesta a la casación. De esta forma el Tribunal desconoce sus obligaciones y los principios que deben regir la administración de justicia y devuelve el problema a un ente que se ha declarado incapaza de resolverlo, como de hecho resulta serlo en la práctica.

Incorrectamente amparan el desacierto de la acción ejercitada por la parte actora en que la cuestión que se ventila es competencia de la administración. Queda claro que las normas que rigen las actuaciones de los cementerios, la posibilidad de inhumar, exhumar y trasladar están regidas por normas de carácter administrativo, que van encaminadas principalmente al buen funcionamiento de los mismos y a sentar pautas que tutelan la salud pública y enmarcan determinados límites en los que se desenvuelve este derecho. Pero no se puede desconocer que el derecho de disposición sobre el cadáver en cuanto a su configuración, contenido, naturaleza, sujetos legitimados o prioridades, le corresponde al derecho civil y que además es exclusivo de los Tribunales Populares en Cuba la potestad de administrar justicia⁵².

Además es certero precisar, que el Tribunal Supremo, que al parecer indagó un poco más en nuestro ordenamiento jurídico, que descubrió el artículo 72 del Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y restos Humanos, y que lo ofrece en su sentencia como si fuera la fórmula mágica para zanjar la cuestión, ignora que el mismo lo que da lugar es a que se cree un círculo vicioso que pudiera llevar interminablemente al demandante del cementerio al tribunal, pues dicho precepto si bien reconoce el derecho a exhumar un cadáver, queda desbordado ante un conflicto de esta naturaleza, al sólo mencionar que podrá ser solicitado por la parte interesada, pues no prevé que hacer cuando existe más de una parte interesada con iguales derechos y con intereses encontrados.

Entonces, ante una nueva negativa, que sería la conducta que adoptaría la administración como ya dejé advertido, quedaría vedado el acceso a que el órgano de justicia conociera el fondo del asunto, pues la sentencia que en su día se dictó y que ahora se comenta goza del efecto de la cosa juzgada, y aunque el letrado, reformulara los fundamentos de derecho y los ubicara acertadamente hacia aquellos que guardan relación con la naturaleza del cadáver y el derecho que sobre éste

52 En este sentido puede servir de ejemplo la SAP de Pontevedra 9 diciembre 1998 (AC 1998, 2483) que razona de la siguiente manera: "Aunque no ha sido cuestionado por las partes litigantes, la Sala se ha planteado, en primer término, el problema relativo a si es la Jurisdicción ordinaria, o por el contrario, la contencioso-administrativa, la competente para enjuiciar y decidir sobre la pretensión de la actora, y que no es otra que la relativa a quién corresponde decidir sobre el traslado de un cementerio a otro del cadáver se su esposo, bien a ella, bien a los demandados, padres del fallecido. Problema que ha de ser resuelto en el primer sentido, pues una cosa son la naturaleza de dominio público de los cementerios municipales y las prerrogativas que los Ayuntamientos poseen en materia de policía mortuoria, cuestiones de indudable naturaleza pública, que aquí no se discuten ni ventilan, y otra muy distinta son las controversias que se suscitan entre los particulares sobre el dominio, con la facultad de disposición que lo integra de los restos mortuorios, o sobre el derecho de enterramiento, materias éstas que por no afectar a aquel dominio público, ni a aquellas prerrogativas municipales, son de la competencia de la Jurisdicción civil".

recae, no sería suficiente, pues el Tribunal de Instancia y el Supremo son del criterio de que es una cuestión que se debe resolver al amparo del artículo 72 por parte de la administración del cementerio, que como quedó demostrado nada resuelve.

Soy del criterio de que a través de estas resoluciones queda vulnerado el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver en su faceta familiar; así como la memoria pretérita del finado con el consiguiente daño moral que las mismas suponen para el justiciable al dejarlo en estado de indefensión. Como se ha podido apreciar a lo largo de estas líneas, la incapacidad del ordenamiento jurídico cubano para tutelar este derecho trasciende la existencia de una adecuada o inadecuada estructura defensiva en la norma sustantiva y procesal para este tipo de derechos, para entrelazarse con el hecho de que el derecho sea reconocido expresamente, con que se regule quienes son los sujetos legitimados para disponer; que preferencias pueden existir entre ellos y se une a la vez de la mano con la ausencia de una cultura jurídica sobre el tema por parte de los operadores del derecho, dígase abogados y jueces, resultando más grave en el caso de estos últimos, que asumieron una aptitud pasiva, inhábil para acceder a sus máximas de la experiencia (quizás por carecer de ellas), incapacidad de hacer uso de alternativas y soluciones creativas, que si bien no son fáciles de alcanzar; tampoco resultan quiméricas y la ley ritual los ampara en tales extremos.

Una lección más de la necesidad de estudiar constantemente y mantenernos actualizados, de tener un pensamiento jurídico abstracto y no cesar en la búsqueda constante de tutela para los derechos civiles de las personas en nuestra sociedad, que es a quienes nos debemos, siguiendo siempre la máxima de nuestro apóstol José Martí, de que la ley primera de la República Cuba sea el culto de todos los cubanos a la dignidad plena del hombre⁵³.

V.A MODO DE CIERRE.

Se puede decir que el derecho de disposición sobre el cadáver se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndose la mayoría de las posibilidades de actuación que el mismo contiene, sin embargo, la deficiente técnica

53 Y resulta atinado traer a colación la SAP de León (Sección 1ª) 8 junio 2001 (AC 2001, 1502) que se pronuncia así: "Ciertamente atípica la pretensión que se somete a decisión judicial, y al margen de las implicaciones de carácter administrativo que supondría la exhumación y traslado del cadáver de doña Oliva Concepción, de un lugar a otro, lo cierto es que esta Sala debe acoger el acertado criterio adoptado por el Juzgador «a quo», que excluye absolutamente el carácter patrimonial de la cuestión litigiosa, y resuelve conforme al principio del respeto a la voluntad de la ahora fallecida en ámbitos tan personales como nos ocupa, y en su defecto, el respeto de la voluntad de los familiares con los que doña Oliva Concepción tenía una relación más estrecha con anterioridad al momento de su fallecimiento. Y es que, en efecto, a falta de otras disposiciones positivas sobre la materia, dicho principio al que acude el Juez que dicta la Sentencia recurrida ha de ser reconducido al respeto de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10-1 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), conforma uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, y que incluso trasciende de una persona ya fallecida a través de aquellos con quienes antes de su muerte ha mantenido los vínculos más estrechos de unión y afectividad".

jurídica empleada por el legislador; así como la dispersión normativa imperante, y la insuficiente protección que se le brinda en el orden sustantivo y procesal civil, dificultan la eficaz solución de las problemáticas que pueden acontecer; obstaculizando una realización más plena del derecho objeto de estudio; en consonancia con el respeto a la última voluntad del finado y a su memoria pretérita.

No se debe ver sólo la protección a los derechos como la posibilidad de reclamar ante las violaciones o lesiones a los mismos, sino la posibilidad de que estos se desarrollen en situación de paz y cumplan su cometido. Cuando las legislaciones son débiles en ello, el profesional del derecho, el estudioso y el operador jurídico en general debe ser capaz de ser creativo y buscar los mecanismos que permitan aminorar esas imperfecciones, en tanto y en cuanto no ocurra una modificación legislativa. No obstante, cuando eso no se logra, es necesario transformar las normas existentes.

Las anteriores líneas buscaban reflexionar sobre estas cuestiones en aras de inquirir posibles modificaciones legislativas, pero sin desconocer, que aún y cuando la norma lograra ser ideal, no puede ser suplantada la labor humanista que realizan los profesionales del derecho y que debe acentuarse en esta sede donde se intenta defender un derecho despojado de contenido patrimonial y que en la mayoría de los casos su vulneración no admite una reparación *in natura* del daño causado.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ABBOUD CASTILLO, N. L., PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Las donaciones de órganos y tejidos. Status legal", en AA.VV.: *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. R. ACOSTA SARRIEGO), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007.

BAÑEGIL ESPINOSA, M.A.: "Los Derechos de la Personalidad", en AA.VV.: (coordinador general J. F. DELGADO DE MIGUEL), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo-I, *Personas*, volumen 2, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003.

CASAS MARTÍNEZ, M. de la L.: "La experiencia del cuerpo propio", en AA.VV.: *Diccionario Latinoamericano de Bioética* (coord. por J. TEALDI), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2008.

CHAVES DE FARIAS C. - ROSENVALD N.: *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*, Juspodium, Salvador-Bahia, 2017.

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

COBAS COBIELLA, M. E.: "Protección Post Mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema", en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Navarra., 2007.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A.: *Sistema de derecho civil, Volumen I, Introducción, Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1992.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derechos de las Personas*, Hullaza, Lima, 2001.

MONTÉS PENADÉS V. L.: "El Patrimonio y los elementos patrimoniales", en AA.VV.: *Derecho Civil Parte General*, (coord. por A. LÓPEZ-V. L. MONTÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MONTÉS RODRÍGUEZ, P.: "El Patrimonio", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PÉREZ GALLARDO, L. B. *Código Civil de la República de Cuba, Ley No.59/1987 de 16 de julio. Anotado y Concordado*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

VALDÉS DÍAZ, C. del C.: "Relación jurídica civil", en AA.VV.: *Derecho Civil. Parte General*, (coord. por C. C. VALDÉS DÍAZ), Félix Varela, La Habana, 2002.