



¿EXISTE UN DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?

Un estudio desde la realidad cubana en los ámbitos del Derecho Civil
y la Bioética.

JORGE ENRIQUEZ SORDO

Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 1, Valencia 2017

Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
46023Valencia,España.

Correo Electrónico: info@idibe.com

Dirección web: www.idibe.com

Director General:

JoséRamón de Verda y Beamonte

j.ramon.de-verda@uv.es

ISBN: 978-84-697-8865-3

ISSN:2386-9224

©Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SUBDIRECTORES

DR. JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, LUMSA, ITALIA

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL, UNIVERSITAT JAUME I, ESPAÑA

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

SECRETARÍA TÉCNICA

D. JORGE ENRIQUEZ SORDO
NOTARIO, PROFESOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD
DE LA HABANA, CUBA

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. ANDREA FEDERICO
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DR. GIAM PAOLO FREZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, LUMSA, ITALIA

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA, ESPAÑA

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

D. CRISTIAN LEPIN MUÑOZ
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE
CHILE

D. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA,
PROFESOR DE CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DRA. GRACIELA MEDINA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES, UNIVERSIDAD DE
BUENOS AIRES, ARGENTINA

DR. LORENZO MEZZA SOMA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

DRA. MARIEL F. MOLINA DE JUAN
ABOGADA. PROFESORA DE DOCTORADO EN DERECHO, UNIVERSIDAD DECUYO, ARGENTINA

DR. ORLANDO PARADAVACA
PROFESOR DE DERECHO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA GABRIEL RENÉ MORENO,
BOLIVIA

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. ADELA SERRARODRÍGUEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DR. DAVID VARGAS ARAVENA
PROFESOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN, CHILE

¿EXISTE UN DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?

Un estudio desde la realidad cubana en los ámbitos del Derecho Civil
y la Bioética.

JORGE ENRIQUEZ SORDO
Notario. Máster en Bioética, Universidad de La Habana
Profesor de Derecho Civil, Universidad de La Habana

IDIBE

Valencia, 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
-------------------	----

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL Y LA BIOÉTICA.....	12
--	----

I. EN LA BÚSQUEDA DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.....	12
II. EL HOMBRE COMO CENTRO DE LA VIDA Y, EN CONSECUENCIA, LA PERSONA CENTRO DEL DERECHO Y EN ESPECIAL DEL DERECHO CIVIL.....	22
III. ¿CÓMO FUNDAMENTAR DESDE LA BIOÉTICA EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?.....	26

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER Y DE SU OBJETO.....	32
---	----

I. ¿EXISTE REALMENTE UN DERECHO SOBRE EL CADÁVER?.....	32
1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica que se le puede atribuir a los actos de disposición sobre el cadáver?.....	33
1.1. El derecho de disposición sobre el cadáver y los caracteres de los derechos personalísimos.....	40
II. ¿RECONOCE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?.....	44
1. Sujetos del derecho subjetivo de disposición sobre el cadáver.....	50
1.1. Capacidad.....	51
1.2. Sujetos legitimados.....	53
1.2.1. Cónyuge supérstite y familiares.....	60
1.2.2. Terceros no familiares.....	65
1.2.2.1.- El Estado.....	68
1.3. Objeto del derecho subjetivo sobre el cadáver.....	70

1.4. Contenido del derecho subjetivo sobre el cadáver.....84

CAPÍTULO III

REFLEXIONES EN TORNO AL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER EN LA REALIDAD CUBANA SOBRE LA BASE DEL ESTUDIO DE LOS FACTORES, PROBLEMAS ÉTICOS, CONFLICTOS DE VALORES Y PRINCIPIOS ÉTICOS QUE LO CINRCUNDAN.....89

I. FACTORES QUE INCIDEN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.....89

- 1. La Religión.....90
- 2. Las costumbres.....94
- 3. El espacio geográfico.....95
- 4. Condiciones económicas y materiales.....99
- 5. El medio ambiente.....102
- 6. Desconocimiento de la norma jurídica y cómo instrumentarla...103

II. PROBLEMAS Y CONFLICTOS DE VALORES QUE ACONTECEN A LA HORA DE EJERCITAR EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER EN CUBA.....104

- 1. No se puede velar el cadáver cuando se haya solicitado la cremación y no se pueden velar las cenizas.....105
- 2. No se diagnostica la muerte según criterios neurológicos.....110
- 3. No se consulta a los familiares la práctica de la necropsia clínica.....113
- 4. Orden de preferencia a la hora de disponer sobre un cadáver....117

III. PRINCIPIOS ÉTICOS QUE GUARDAN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.....122

- 1. Presencia y ausencia del componente axiológico en las normas cubanas que disciplinan la materia.....128

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende lograr un acercamiento a la realidad del derecho de disposición sobre el cadáver en la Cuba actual, sobre la base de demostrar la importancia del Derecho Civil y la Bioética a la hora de regular acertadamente esta figura. Además de argumentar el papel de la Bioética Global y de Intervención, de la mano de la epistemología de segundo orden como herramientas idóneas para hacer frente a la complejidad que en el orden social, ético y jurídico representa su ejercicio, máxime ante la crisis que en el orden económico y de los valores atraviesa la sociedad cubana.

En el primer capítulo de esta obra se hará un breve recorrido por la historia del pensamiento científico en los campos del Derecho y de la Bioética, tanto en el contexto nacional como foráneo, analizando las causas que motivaron que el derecho de disposición sobre el cadáver quedara relegado a un segundo plano en el orden legislativo y en el campo de la investigación científica. En un segundo momento se tratará de ubicar el mismo en la realidad jurídica. Y en una tercera etapa se intentará dilucidar que corriente metodológica de fundamentación de la Bioética resulta más completa a fin de fundamentar este derecho.

Por lo que respecta al segundo capítulo, en él se estudiarán las distintas tesis que existen en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del derecho de disposición sobre el cadáver. Además de intentar dilucidar si el Ordenamiento Jurídico cubano lo reconoce como un derecho subjetivo, amén de determinar la naturaleza que le atribuyen las normas que regulan la materia. En aras de determinar la existencia de esta situación jurídica de poder en el contexto legal cubano, se partirá de diseccionar la categoría derecho subjetivo y valorar, aplicado al derecho objeto de estudio, si los elementos que la componen están presentes en el entramado normativo. También me atreveré a determinar la naturaleza jurídica del cadáver e interpretar el sentido que le brinda el ordenamiento positivo cubano al mismo, desmontando la tesis de que pueda ser considerado una *res nullius* u objeto de algún tipo de derecho real, ya sea su titular un particular o un ente público.

En la última parte del trabajo se valoraran los diferentes factores que inciden o afectan al ejercicio y regulación del derecho de disposición sobre el cadáver. De igual manera se analizaran los problemas y conflictos de valores que han caracterizado el contexto cubano en las últimas tres décadas en lo que respecta a la regulación y desenvolvimiento práctico de este derecho, sobre la base del análisis de los documentos rectores de la temática y los resultados de investigación obtenidos como fruto de la aplicación de las técnicas de la entrevista y el cuestionario a expertos en la materia, ciudadanos, así como al

personal de servicios necrológicos en la provincia de La Habana, y en marco de la investigación que acometía en el año 2013 con vistas a obtener el título de Máster en Bioética.

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL Y LA BIOÉTICA

SUMARIO: I. EN LA BÚSQUEDA DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.- II. EL HOMBRE COMO CENTRO DE LA VIDA Y, EN CONSECUENCIA, LA PERSONA CENTRO DEL DERECHO Y EN ESPECIAL DEL DERECHO CIVIL.- III. ¿CÓMO FUNDAMENTAR DESDE LA BIOÉTICA EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?

I. EN LA BÚSQUEDA DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER

El fin de la vida ha sido objeto de preocupación ontológica para el hombre, y por ende, objeto de reflexión por parte de filósofos, médicos, teólogos, juristas, políticos y hasta por el más común de los mortales. La muerte a lo largo de la historia ha tenido diferentes significados y lecturas, evolucionando de definiciones puramente biológicas a otras de carácter clínico, basadas en el criterio neurológico, que toman en cuenta las múltiples aristas del fenómeno que pueden estar presentes¹.

La toma de postura en cuanto a si existe vida o no después de la muerte ha marcado la suerte de los cadáveres en las diferentes culturas². La falta de

¹ FONTI, D.: *Morir en la era de la técnica*. EDUCC, Córdoba, 2004, pp.86-87. Afirmo al respecto: “Las definiciones biológicas de las nociones de «vida» y muerte hablan de la presencia o ausencia del conjunto de procesos y funciones orgánicas, particularmente el metabolismo, el crecimiento y la procreación. Todo lo que vive padece un proceso de progresivo envejecimiento que, con el tiempo o abruptamente, acaba en la muerte”. Sin embargo, y cita a Margarita Boladeras: “estas referencias biológicas, aunque básicas, no dicen nada de la especificidad de la vida humana. Esto sólo ocurre cuando se consideran los aspectos psicológico, sociológico, cultural y moral”. Y añade posteriormente comentando a Edgar Morin: “Por ello también se ha tenido en cuenta, a partir de las últimas definiciones, los aspectos sensitivos y de autoconciencia. El elemento central que destaca el texto es que una perspectiva científica amplia, capaz de admitir que el método científico no puede ser la noción cartesiana de camino estricto y único para resultados certeros, sino un paradigma de la complejidad capaz de mantener la mirada puesta en variados elementos en su interrelación”.

² Sobre la muerte y sus símbolos HODELIN TABLADA, R.: “La muerte y sus símbolos”, *Diccionario Latinoamericano de Bioética* (direc. J. C. TEALDI), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, 2008, p. 486, expresa: “La muerte como hecho que afecta al ser humano ha tenido múltiples símbolos según la concepción teológica, filosófica o científica que se tenga del mundo. Esta heterogeneidad se debe a que las diferentes maneras de analizarla no siempre coinciden, mucho menos se complementan a plenitud. Definir a una

constatación científica de este hecho y la necesidad del ser humano de creer, en algo o en alguien, han ejercido notable influencia en este sentido, pues él no soporta la idea de saberse unido al destino del resto de los animales; lo que ha conllevado a la formación de diferentes concepciones religiosas, o de otras creencias, que sustentadas en la ciencia propugnan una vida después de la actual, además de aquellos que asumen su realidad existencial, resignándose a tener que compartir el mismo destino que el resto de los seres vivos. Este hecho social ha marcado el actuar humano en torno al cadáver a través de los años y, en dependencia de la corriente de pensamiento, de las tradiciones dominantes en cada lugar, de las creencias religiosas o del desarrollo tecnológico, se le ha dado un destino u otro al mismo³.

Por mucho tiempo rigió el criterio cardiorrespiratorio a fin de determinar si la persona se encontraba o no fallecida, y la certeza del diagnóstico incidió en dos aspectos fundamentales: por una parte, no era posible la dación de partes del cadáver porque la tecnología no lo permitía y los actos de disposición sobre éste se limitaban a la inhumación o cremación y al ritual funerario, en dependencia de las características socio-culturales de la población. El posible destino a dar al cadáver se vio permeado en muchos lugares por la moral cristiana y por la única posibilidad de sepultarlo junto a la iglesia, como única alternativa compatible con la resurrección del alma.

En segundo lugar la incertidumbre en cuanto al momento exacto del fallecimiento dio lugar a que aquellas personas acaudaladas fueran sepultadas

persona como muerta presupone que ningún tratamiento médico es posible para revertir la cesación de la vida. Variado e interesante es el debate sobre la muerte y sus símbolos que invade al mundo de hoy. Múltiples símbolos se relacionan con la muerte. Para algunos constituye final (acabamiento), otros la consideran consumación (plenitud), ruptura (cambio) o transformación (realización definitiva). Históricamente las diferentes culturas y tradiciones han practicado distintos rituales simbólicos alrededor del fenómeno muerte”.

³ En relación con las tradiciones Vudú en América Latina, HODELIN TABLADA, R.: “Simbologías de América Latina”, *Diccionario Latinoamericano de Bioética* (coord. por J. C. TEALDI), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, 2008, p. 487, comenta: “En el vodú haitiano, el culto a los muertos hace posible o más bien constituye la base del culto a los espíritus. En la concepción voduísta la muerte le concierne al cuerpo social y a la comunidad entera y no es un evento que ocurre para el individuo solo. Precisamente el objetivo de los ritos alrededor de la muerte consiste en hacer efectiva y definitiva la muerte real, física, del individuo, sin la cual seguiría el muerto obsesionando a los vivos. Cuando hay un muerto, uno de los miembros de la familia lanza un grito que se llama en lengua creol *ren*. Al anuncio del fallecimiento todos acuden; los vestidos y todas las pertenencias del muerto se aíslan. Esta operación significa que el acto real del fallecimiento será poco a poco, una producción de la comunidad misma. Con este acto se separa al muerto de la compañía de los vivos pues aún no está totalmente muerto, hay que ayudarlo a terminar de morir”.

con complejos mecanismos para avisar en caso de que despertaran y el diagnóstico dado hubiera sido errado. Ello provocó el nacimiento de los velorios⁴, los que con el paso del tiempo fueron mutando, cambiando su finalidad y convirtiéndose en motivo de tradición, respeto al fallecido y a sus deudos; transformando su esencia hasta convertirse en un acontecimiento social y en un derecho más recientemente.

El hecho de contar con la certeza del momento en que muere el individuo, ese instante en que la persona muta a cadáver, esa línea divisoria que está en la complejidad dialéctica de lo que es la vida⁵; ha llevado a buscar a través de la historia la infalibilidad de ese momento, primeramente para evitar disponer de un cadáver que realmente no lo fuera, y mucho más recientemente para posibilitar el trasplante de órganos y tejidos de un ser humano que ha dejado de serlo a fin de salvar otra vida.

Pero, habría que esperar hasta la segunda mitad del siglo pasado para que esta última opción cobrara un auge inusitado, con el desarrollo científico tecnológico y el surgimiento de la terapia intensiva, de los criterios de muerte neurológica y del proceder quirúrgico de los trasplantes. Este cambio de procedimiento fue uno de los factores que contribuyó al surgimiento de la Bioética como herramienta útil, capaz de cuestionarse si todo aquello que es posible desde el punto de vista científico, debe ser posible desde el punto de vista ético. Ello incidió notablemente en una de las facetas del derecho de disposición sobre el cadáver, pero circunscrito a la disposición de partes del cuerpo y sus implicaciones éticas; obviando el resto de las manifestaciones de ese derecho, como el disponer o no la necropsia, el preferir o no la cremación,

⁴ Con respecto al velorio, CASAS MARTÍNEZ, M. L.: *Análisis e implicaciones en la ley general de salud mexicana sobre la propiedad del cuerpo en los trasplantes cardíacos. Aspectos bioéticos de los trasplantes in mortis*, (Disponible en Internet), observa que: “Respondía a la dificultad de determinar en muchos casos el estado de muerte, un antecedente de ello se encuentra en el Talmud, donde se pide a los deudos visitar el cuerpo del difunto por tres días para certificar la ausencia de signos vitales antes del enterramiento. Aparentemente la práctica del velorio de tres días evitaba el entierro de vivos, y la sociedad civil se encontraba conforme con ello, pero esta costumbre fue confrontada en el siglo XIV con la aparición de la Gran Plaga, ya que para evitar la epidemia se requería que los cadáveres fueran quemados lo antes posible. La pobre distinción entre coma y muerte, se reflejó en el miedo de la población a ser quemados vivos ya que en muchos casos de quema, los moribundos «revivían» en las hogueras, lo que causó pánico, y con estos hechos, el temor a la muerte se recrudesció en esa época.”

⁵ Al respecto ENGELS, F.: *Dialéctica de la naturaleza*, Ciencias Sociales, La Habana, 1973, p. 256, sostenía que: “Ya hoy debe desecharse como no científica cualquier filosofía que no considere la muerte como elemento esencial de la vida, que no incluya la negación de la vida como elemento esencial de la vida misma, de tal modo que la vida se piense siempre con referencia a su resultado necesario, la muerte, contenida siempre en ella en estado germinal. Esto es la concepción dialéctica de la vida”.

el determinar el lugar del entierro, el decidir si habrá o no velatorio o si se podrán o no velar las cenizas, o si el cadáver es o no objeto de propiedad.

Grosso modo se pueden analizar dos momentos de este fenómeno. El primero marcado por la búsqueda de dicha certidumbre, pero sin que el conflicto y el debate ético fueran tan apremiantes; toda vez que los actos de disposición sobre el cadáver estaban marcados por las costumbres, tradiciones, ritos o creencias religiosas de cada pueblo, ya que aún no existía una conciencia jurídica del derecho de disposición sobre el cadáver. Debe recordarse que no es hasta el surgimiento de los Estados Nacionales, y el reconocimiento de la igualdad y libertad de todas las personas con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia, que se da el inicio o comienzan a sentarse las bases de una conciencia jurídica en materia de derechos humanos.

El segundo momento se puede enmarcar con posterioridad a 1789, siendo un proceso que se ha desplegado de forma gradual, a medida que se iban desarrollando la ciencia y la tecnología, la ciencia jurídica y el pensar humano. El hombre ya no tiene prohibido conocer el mundo, se cree en la ciencia, en la razón y no tiene preeminencia lo divino. Pero más específicamente en el siglo XX, a partir de las postrimerías de su primera mitad, es que se logra un desarrollo extraordinario de la ciencia y la tecnología aplicado a la medicina; estando guiada la preocupación de la certeza del diagnóstico, por la posibilidad de disponer de partes del cuerpo para salvar otras vidas humanas o para la investigación, y por la necesidad de gestionar adecuadamente los recursos en salud o la calidad de la vida. De forma paralela se produce un desarrollo de la conciencia jurídica, a la par de la Promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto de San José de Costa Rica; hasta reconocerse por algunos códigos civiles, como el Código italiano en 1942, el derecho de disposición sobre el propio cuerpo⁶.

Sin embargo, a pesar de que se llegó a admitir por diferentes legislaciones el derecho de disposición sobre el cadáver y se iba gestando una conciencia jurídica en tal sentido, las preocupaciones éticas comenzaron a centrarse en la trasplantología y el debate quedó enmarcado a ésta y a la definición y certificación de la muerte, según criterios neurológicos y sus implicaciones;

⁶ “Código Civil de la República de Italia de 16 de marzo de 1942”, La Tribuna, Piacenza, 1993. En su artículo 5 prescribía: “Son prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo cuando causen una disminución a la integridad física o cuando sean contrarios a la ley, al orden público y las buenas costumbres”. Entendiéndose a mi juicio incluido el derecho a disponer sobre el cadáver y sus partes, siempre que se haga dentro de los límites señalados.

quedando relegado del discurso, el derecho de disposición sobre el cadáver como figura unitaria y sus diferentes aristas.

Ello fue posible dada la complejidad que seguía revistiendo el definir la muerte humana; los apremiantes dilemas éticos que se suscitaban en torno a lo perentorio del día a día en una terapia intensiva; a la necesidad de procurar trasplantes para salvar otras vidas, de crear una conciencia al respecto en los ciudadanos; de determinar si era posible o no desconectar del respirador artificial a una persona y los consiguientes gastos en la atención en salud y su adecuada distribución; seguido muchas veces el criterio de utilidad disfrazado del de humanidad. Éste ha sido un escenario que se ha comportado de igual manera tanto en el contexto cubano como en el foráneo; y donde ha resultado menos atractivo el funeral, la inhumación o la cremación, marcados más bien por un componente cultural, de costumbres, creencias y por el duelo.

Empero, resulta ser un hecho cierto que el morir humano fue cambiando poco a poco. Según SERRET RODRÍGUEZ:

“La muerte del enfermo no suele ocurrir ahora como sucedía antes, en la intimidad y tranquilidad del hogar, rodeado de los más caros afectos y con la reconfortante presencia de sus seres queridos y allegados, cuando se moría según la voluntad de la persona, en su propia cama, con la atención del médico de cabecera —por lo general, el médico de la familia—, siempre listo a aliviar la agonía, consciente de que su papel no era otro sino el de obrar con sentido humanitario, pues vencido ya el organismo era inútil alargar mucho sus padecimientos. Así, los hijos veían morir a sus abuelos y a sus padres, por lo que a medida que iban creciendo se iban familiarizando con la realidad de la muerte, incluida la propia”.

Y continúa diciendo:

“En cambio, hoy lo común es expirar en un centro asistencial rodeado de un conglomerado de médicos y enfermeras y de todo el «aparataje» que la tecnología moderna ha puesto al servicio de la medicina. En el momento actual, se estima que el 80% de los norteamericanos fallece en instituciones hospitalarias; sin embargo, hace treinta años la proporción era solo del 37%”⁷.

En igual sentido PÉREZ GALLARDO comenta:

⁷ SERRET RODRÍGUEZ, B.: “La atención al paciente terminal”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. R. ACOSTA), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, p. 613. En igual sentido se pueden consultar LLANO, A.: “El morir humano ha cambiado”, AA.VV., *Bioética. Temas y perspectivas*, Organización Panamericana de la Salud, Washington, D. C., 1990. MAINETTI, J. A.: *Estudios Bioéticos*, Quirón, La Plata, 1993.

“La idea secularizada de la muerte, al abandonar el más allá de las creencias por el más acá de las ciencias, se ha vaciado de contenido, negativizado o irrealizado, de todos modos empobrecido. No se sabe qué pensar de la muerte y, por tanto, no se tiene nada que decir de ella ni se puede hacer otra cosa que disimularla públicamente: el duelo, dolor por excelencia que se ponía al abrigo del mundo y perpetuaba la memoria del desaparecido es rechazado; las condolencias ruborizan, las “pompas fúnebres” se neutralizan, desaparecen los signos externos del rito funerario (flores, ornatos, cortejos, luto), todo es lo más simple e higiénico, incluso en la “última morada”⁸.

Y, sin dudas, lo anterior ha incidido en el derecho de disposición sobre el cadáver, pues piénsese hoy en la posibilidad de cremar y de renunciar al velatorio. No obstante, se puede añadir que tal postura no debe impedir la investigación, ni fomentar o rescatar una cultura sobre la muerte, más allá del culto a la corporeidad.

Por otra parte, puedo afirmar que en el material bibliográfico que he consultado para la realización de esta obra, he encontrado dos situaciones en cuanto al tratamiento previo que se le ha dado a esta temática. La primera acontece en Cuba, donde se aprecia una materia poco investigada y poco estructurada, tanto en lo que atiende al componente jurídico como al bioético, con escasa literatura al respecto, casi nula, y con una parca y dispersa regulación normativa. A lo anterior se le puede sumar que el tratamiento que se hace del derecho objeto de estudio contiene una visión fragmentada del fenómeno, omnicomprensiva de una sola de las posibilidades de actuación que lo componen (referente a la dación de órganos y tejidos y a la investigación científica)⁹, lo que tropieza con el carácter unitario del derecho; circunscribiéndose los análisis bioéticos a los dilemas que se presentan en virtud de la certeza del momento de la muerte y de las problemáticas en relación con los trasplantes de órganos y tejidos y la eutanasia¹⁰.

⁸ PÉREZ GALLARDO, L. B.: “La regulación jurídica de la muerte. Pasado y presente. Especial referencia al criterio neurológico”, *La Regulación Jurídica de la Muerte en Iberoamérica. Con Especial Referencia al Derecho Cubano* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO), Temis, UBIJUS, Reus S. A., Zavalía, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2009, p.16.

⁹ Como ejemplo de los autores cubanos que en el ámbito de las ciencias jurídicas han tratado el tema pueden consultarse: PARETS GÓMEZ, J.: “Enfoque jurídico de la muerte encefálica”, *Revista Cubana de Derecho*, 1992, p. 6. ABOUD CASTILLO, N. L., PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Las donaciones de órganos y tejidos. Status legal”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. ACOSTA), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007. PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Principios para la determinación y la certificación de la muerte en Cuba. Consideraciones de *lege data*”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. ACOSTA), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007; PÉREZ GALLARDO, L.B.: “La regulación”, cit.

¹⁰ En este sentido son ilustrativos: MACHADO, C., GARCÍA-TIGERA, J., GARCÍA, O. D., GARCÍA-PUMARIEGA, J., ROMÁN, J. M.: “Muerte encefálica. Criterios diagnósticos”, *Revista*

Es necesario hacer un aparte entre los investigadores nacionales y resaltar dos estudios científicos que marcaron el devenir cubano en el estudio de la muerte, el cadáver y el trasplante de órganos; y que culminaron en la promulgación de normas jurídicas tendentes a ordenar la temática objeto de estudio.

Por un lado, el artículo publicado en el año 1992 por Jesús PARETS GÓMEZ, asesor jurídico del Instituto de Medicina Legal en aquel entonces, al que tituló “Enfoque jurídico de la muerte encefálica”, y en el que abundaba en tres aspectos: el tratamiento de los nuevos criterios para el diagnóstico y certificación de la muerte humana, sobre la base de una nueva definición; lo referente al status legal del cadáver, y la donación de órganos y tejidos para trasplantes. Lo importante de este documento es que encierra el pensamiento que estuvo volcado posteriormente en la Resolución Ministerial número 9 de 3 de febrero del año 1992, dictada por el Ministro de Salud Pública y contentiva del Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, y que se convirtió en la disposición jurídica rectora sobre el tema, a fin de ser utilizada por el Sistema Nacional de Salud y en aquellas dependencias que, no siendo propias del sistema, tuvieran por razón del servicio que prestaran que actuar sobre los cadáveres o restos humanos.

Ésta, sustentada en el trabajo ya citado, tuvo el mérito de tributar a la organización del derecho de disposición sobre el cadáver y ante el vacío,

Cubana de Medicina, 1991. MACHADO CURBELO, C.: *Criterios cubanos para el diagnóstico de la muerte encefálica*, Ciencias Médicas, La Habana, 1992. MACHADO CURBELO, C.: *Criterios del Instituto de Neurología y Neurocirugía para el diagnóstico de la muerte encefálica*, Instituto de Neurología y Neurocirugía, Ciudad de La Habana, 1992. PARETS GÓMEZ, J.: *Aspectos legales y éticos en el diagnóstico de la muerte encefálica*, Ciencias Médicas, La Habana, 1992. HODELÍN TABLADA, R.: *Muerte encefálica y trasplante de órganos*, Oriente, Santiago de Cuba, 2004. MÁRMOL SÓÑORA, A. R., HERRERA VALDÉS, PÉREZ RODRÍGUEZ, A.: “Ética del trasplante. Reflexiones en el campo de la nefrología”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. J. ACOSTA), 3ra ed., Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, pp. 705-724. HODELÍN TABLADA, R.: “Muerte encefálica y estado vegetativo persistente. Controversias actuales”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. J. ACOSTA), 3ra ed., Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, pp. 672-692. MACHADO CURBELO, C.: “¿Cómo definir la muerte humana?”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. J. ACOSTA), 3ra ed., Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, pp. 655-671. ACOSTA SARRIEGO, J. R.: *Los árboles y el bosque. Texto y contexto bioético cubano*, Publicaciones Acuario, La Habana, 2009. MACHADO CURBELO, C., PÉREZ NELLAR, J., SCHERLE-MATAMOROS, C.: “¿Por qué la muerte encefálica es sinónimo de muerte del individuo?”, *Revista Cubana de Anestesiología y Reanimación*, 2010, núm. 9-1. HODELÍN TABLADA, R., MACHADO CURBELO, C.: “Estado vegetativo persistente: Un reto para las Neurociencias contemporáneas”, *Revista Cubana de Neurología y Neurocirugía*, 2011, núm. 1-1. MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A., DELGADO BLANCO, A., OBREGÓN HERNÁNDEZ, M.: *Eutanasia. El problema de su fundamentación ético-jurídica*, Ediciones Luminaria, Sancti Spíritus, 2003.

representó un madero al cual asirse en medio del océano. Sin embargo, mantuvo una visión fragmentada de éste, no regulándolo como una figura unitaria; limitándose a reconocer posibilidades y procedimientos de actuación, más allá de un continente abstracto contentivo de las diferentes aristas que lo caracterizaban.

Con esa norma se pretendió dar por zanjado el debate en torno al derecho de disposición sobre el cadáver y su status legal; sin embargo, quedó muy lejos de ello, distanciándose en parte de la evolución del pensamiento jurídico existente hasta ese momento en el orden internacional; además de no tener en cuenta los múltiples aspectos que inciden en el ejercicio del derecho; confiriéndole demasiadas prerrogativas a personas distintas al fallecido y a la familia; pues en su trasfondo yacía el criterio, ya superado por la doctrina científica cubana, de que el cadáver era una *res nullius* y que, por tanto, el Estado era el primer responsable a la hora de disponer sobre el mismo; contrario al criterio que comparto y que se apoya en el Código italiano y más expresamente el de Perú de 1984. Ello dio lugar a que las investigaciones siguieran enfocadas en la definición de la muerte y en los trasplantes de órganos y tejidos.

Por el otro lado, se encuentra el artículo publicado por el Doctor Calixto MACHADO CURBELO en el año 1992, bajo el título “Criterios cubanos para el diagnóstico de la muerte encefálica”, donde quedó establecida la posición cubana en torno al tema, dando inicio a la par del I Simposio Internacional sobre Muerte Encefálica, celebrado en La Habana en el año 1992, a un cúmulo de cursos, talleres, investigaciones y trabajos en comisión, a fin de traer a la luz una regulación jurídica sobre los criterios cubanos de muerte y las distintas formas de certificarla; sobre la base de que es una sola, que la misma es independiente a la posibilidad de donar o no órganos y tejidos, y que trata de sustraerse de la sombra utilitarista que la sigue en muchos países. Ello desembocó en la promulgación el 27 de agosto del año 2001 de la Resolución número 90 del Ministro de Salud Pública, que establecía los criterios cubanos para el diagnóstico y certificación de la muerte humana, en la cual se reconocen tanto los criterios clínicos, como los médico-legales y los neurológicos; habiéndose celebrado hasta la fecha siete Simposios Internacionales sobre Coma y Muerte.

Pero, hubo que esperar hasta el cuarto y quinto Simposio para que se trajera a la palestra pública nuevamente el debate en torno a la disposición sobre el cadáver y a su status legal; principalmente en el quinto, mediante los trabajos “Derecho de disposición sobre el Cadáver. Naturaleza jurídica y Manifestaciones” y “La Protección Jurídica del derecho de disposición sobre el cadáver en el orden sustantivo y procesal”; además de celebrarse en el marco

de ese evento los cursos presimposio, coordinados por el Doctor René Zamora Marín, la Doctora Sofía Amada Sordo Berra y el autor de las presentes líneas, intitulados: “Muerte Encefálica, Coma y Estado Vegetativo Persistente: Aproximación a un estado de opinión”, “Concepto de Muerte vs nuevos paradigmas científicos en el siglo XXI” y “El derecho de disposición sobre el cadáver: Naturaleza Jurídica y Manifestaciones”, que tuvieron lugar el 15 y 16 de mayo del año 2008 en el salón de conferencias del Hospital Clínico Quirúrgico Hermanos Ameijeiras. Y en el marco del VII Simposio (último celebrado hasta el momento) se presentó la conferencia: “Implicaciones éticas y legales sobre la disposición del cadáver vía criogénesis” en fecha 11 de diciembre de 2015.

En este sentido expresa Pérez Gallardo:

“Durante el período 1993-1997 y a raíz, precisamente, del I Simposio Internacional sobre Muerte Encefálica, nuestro Departamento docente, en coordinación con el Grupo de Ética Clínica del Hospital Hermanos Ameijeiras, el Instituto de Medicina Legal y el Instituto de Neurología y Neurocirugía, dirigió varias investigaciones que culminaron con importantes tesis de licenciatura sobre temas de derecho médico, entre los que se incluyen, en primer orden, el relativo a los criterios diagnósticos de muerte y, en especial, el neurológico. Investigaciones que también recomendaron la imperiosa necesidad de una norma legal en este sentido”¹¹.

Por otra parte, en el contexto foráneo, se aprecia que el tema ha sido investigado, mejor estructurado y formalizado en el ámbito jurídico; ofreciendo un material bibliográfico más abundante, tanto de artículos publicados en Internet, como en libros y revistas¹². No obstante, en el campo del análisis bioético a pesar de que la literatura resulta más abundante, permanece la visión fragmentada del fenómeno, enfocado en las reflexiones sobre trasplantes de órganos y tejidos, definición y certeza de la muerte y sobre la eutanasia¹³.

¹¹PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Principios para”, cit., p. 695.

¹²Ejemplo de ello son: ROMERO CASABONA, C. M.: *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplante de órganos*, Bosch, Barcelona, 1979. DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, Madrid, 1984. CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995. ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derechos de las Personas*, Hullaza, Lima, 2001. ALBADEJO, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Bosch, Barcelona, 2002. DELGADO DE MIGUEL, J. F.: *Instituciones de Derecho Privado I. Personas* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

¹³ Al respecto pueden consultarse las siguientes publicaciones en las que se abordan desde el tema de la muerte y la eutanasia hasta los trasplantes de órganos y tejidos; no así el derecho de disposición sobre el cadáver como categoría unitaria: MAINETTI, J. A.: *La muerte en medicina*, Quirón, La Plata, 1978. GRACIA, D.: *Fundamentos de Bioética*, Eudema Universidad,

En el ámbito jurídico internacional se torna imprescindible señalar como más significativa la sistematización realizada por el tratadista argentino Santos Cifuentes, el que, en su excelente monografía “Derechos Personalísimos”, realiza un análisis profundo del derecho objeto de estudio y de los bienes sobre los que incide: el cadáver, las cenizas y sus partes. Con todo y ello, dicho análisis y otros que he podido consultar, no rebasan el aspecto normativo de la figura, sigue existiendo una deuda en cuanto a la investigación transdisciplinaria y al abordaje de los problemas éticos y conflictos de valores que pueden estar presentes a la hora de ejercitar este derecho.

Hasta aquí, creo que he sido capaz de demostrar por qué denominé a este epígrafe: “en la búsqueda del derecho de disposición sobre el cadáver”, toda vez que el estudio del tema fue relegado, tanto en el ámbito jurídico como bioético; no rebasándose el análisis inter y multidisciplinario desde la óptica de la racionalidad clásica. Y se ha desconocido que el ejercicio de dicho derecho encierra importantes cuestionamientos, que en el orden ético, filosófico, jurídico, psicológico, antropológico, entre otros, necesita de una respuesta y de un tratamiento más adecuado con la dignidad de la persona y con los derechos humanos; siendo objetivo de estas líneas compartir dichas reflexiones.

Sólo mediante un análisis inter-multi-transdisciplinario, que tenga en cuenta la epistemología de segundo orden y el pensamiento de la complejidad y la totalidad concreta¹⁴, se podrá sostener que la disposición sobre el cadáver y sus órganos se agrupan bajo un único derecho: el de disposición sobre el cadáver, tema de obligado estudio y fundamentación como una unidad desde

Madrid, 1989. ENGELHARDT, T.: *Los fundamentos de la bioética*, 2da. ed., Paidós, Barcelona, 1995. MAINETTI, J. A.: *Medicina y humanidad: sufrir, envejecer, morir. Antropobioética*, Quirón, La Plata, 1995. JECKER, N. S., JONSEN, A. R., PEARLMAN, R. A.: *Bioethics. An Introduction to the History, Methods and Practice*, 1st ed., Jones and Bartlett, Sudbury, Massachusetts, 1997. PACE, R. A.: “Aspectos éticos de los trasplantes de órganos”, *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, 1997, núm. 4, pp. 131-152. DE ORTUZAR, M. G.: “En pos de la Integración Regional, de la Ética y del Trasplante de Órganos”, *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, 1998, núm. 7, pp.133-158. Consejo de Europa-Organización Panamericana de la Salud: “La salud y los derechos humanos. Aspectos éticos y morales”, Organización Panamericana de la Salud, Washington DC., 1999, no 574. YOUNGNER, S. J.: “The Definition of Death”, *The Oxford Handbook of Bioethics* (coord. por B. STEINBOCK), University Press, Oxford, 2007. CASAS MARTÍNEZ, M.: *Análisis e implicaciones en la ley general de salud mexicana sobre la propiedad del cuerpo en los trasplantes cardíacos. Aspectos bioéticos de los trasplantes in mortis*. (disponible en Internet, México 2006).

¹⁴ Muy acertadamente GARRAFA, V.: “Multi-Inter-Transdisciplinarietà, Complejidad y Totalidad Concreta en Bioética”, *Estatuto epistemológico de la Bioética* (coord. por V. GARRAFA, M.KOTTOW, A. SAADA), Universidad Nacional Autónoma de México, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, México, 2005, pp. 67-84, hace un análisis de las anteriores categorías y de la necesidad de su aplicación por parte de la Bioética.

la Bioética, y a la vez nos va a permitir tener en cuenta los múltiples factores que inciden en su ejercicio; tales como la cultura, la moral, la religión, las costumbres, los espacios geográficos, la psicología, la ética, la ciencia, la tecnología, así como las condiciones socioeconómicas. De ahí entonces que quiera discurrir en las líneas que siguen sobre el lugar donde se enmarca o debe situarse este derecho, cuál es su naturaleza jurídica y cuál es la del objeto sobre el que recae, que factores inciden en su ejercicio, que problemas éticos y conflictos de valores tienen lugar en la realidad cubana al positivizarlo o ejercitarlo y qué principios éticos deben ser tenidos en cuenta a la hora de legislarlo y realizarlo.

II. EL HOMBRE COMO CENTRO DE LA VIDA Y, EN CONSECUENCIA, LA PERSONA CENTRO DEL DERECHO Y EN ESPECIAL DEL DERECHO CIVIL

Antes del Derecho ya existía el hombre, en un estado primitivo, irracional y hasta animal. Este formaba parte de una realidad natural, al igual que la naturaleza que lo rodeaba, transformándose en una realidad social al estar junto a otros hombres. En la medida que el individuo se va preocupando por sí mismo y por los que le rodean, que son semejantes a él, se da cuenta de la necesidad de respetar sus vidas y, en consecuencia, la suya. Primero en el orden familiar: ascendientes, descendientes y colaterales, y después en el ámbito grupal o social, trascendente de la familia.

Las normas sociales son las primeras en aparecer, las que en forma de costumbres o creencias religiosas, van colocando como centro de atención al ser humano. Partiendo del miedo que este tiene a ser muerto y a ser dañado, porque se ve débil y ante un medio hostil, carne al fin, presa de los animales y de otros hombres; va tomando conciencia de que dentro del grupo es valioso, está protegido, y en consecuencia, le otorga valor al mismo. En un primer momento se sitúa en el foco de normas sociales de obligatorio cumplimiento, y posteriormente en eje de *mores* e *ius* cuando surge el Estado y con él, el Derecho.

Como he manifestado, primero surge el hombre, y posteriormente el Derecho lo acoge en su seno. Aparece entonces la realidad jurídica y la extrajurídica y quedan sentadas las bases a partir del devenir socio-jurídico. Si bien se convierte en centro del Derecho y de la preocupación de la organización política, no todos gozan de igual trato, pues lo jurídico establece una línea diferenciadora entre la Sociedad y el Derecho; y coloca como centro a algunos hombres, equiparando los otros al nivel de las cosas y los animales¹⁵. Entonces

¹⁵ Para el Derecho Romano había personas y esclavos, y durante la Edad Media aunque atenuadas, se mantenían las diferencias. Así lo confirma DÍAZ CRUZ, M.: *Doctrina del Derecho*

existen: personas, cosas impersonales y cosas humanas para el derecho; y hombres biológicos y cosas en la naturaleza. Sin embargo, la evolución del pensamiento humano y de la sociedad se encargaron de suprimir esta diferencia y de equiparar la realidad extrajurídica *homo* a la jurídica *personae*, al reconocer al ente como ser humano único, iguales en naturaleza y en cuanto tal, merecedores de todo el reconocimiento y la protección del Derecho; y resultar ahora para el ordenamiento jurídico, persona humana desde su nacimiento y, por ende, sujeto de derechos y obligaciones. La Revolución Francesa con sus postulados de igualdad, fraternidad y hermandad llevaron a que la categoría hombre y persona pudieran fusionarse.

El individuo si bien se mueve en lo social, en lo natural o material, es guiado por la ficción jurídica que ha creado. Por eso no es del todo descabellada la idea de Kelsen de que hombre es realidad extrajurídica y de que el Derecho nombra persona, como categoría jurídica, tanto a los entes individuales como colectivos, ambos personas en un sentido jurídico, y por ello centro de imputación de derechos y obligaciones¹⁶. Si bien la actuación social modifica

Subjetivo, Reus, Madrid, 1947, p. 9, cuando expresaba: "...por otra parte ninguna inquietud política acusaba preocupación alguna en relación con la suerte del individuo, del hombre en sí mismo, porque aunque en algunos casos la esclavitud resultara atenuada, existían los siervos de la gleba, caballeros no libres del derecho romano, etcétera. Ningún acontecimiento político denunciaba todavía el papel reservado al hombre dentro del cuadro general del Derecho".

¹⁶Precisamente CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil I, Introducción. Parte General. Propiedad. Derechos Reales*, Madrid, 1959, p. 193, consideraba que: "al ser o entidad, en su cualidad de sujeto de derecho, se denomina persona. Persona en su acepción vulgar, es el hombre; en sentido filosófico, es un supuesto dotado de entendimiento (*substantia individua rationis naturae*), como decían los antiguos escolásticos, o un ser consciente de sí y de sus actos, que cumple libremente su fin, como dicen los modernos". Y añade citando a GIERKE que: "El concepto de persona se obtiene merced a una abstracción que la conciencia jurídica lleva a cabo separando de las cualidades todas que se dan en la realidad de un ser y constituyen su individualidad una: la aptitud o capacidad para los derechos y deberes. Personas, en su acepción jurídica, es todo ser capaz de derechos y obligaciones". En sentido diferente, que no comparto en su totalidad, no obstante reconozco la lógica de su argumentación, se expresa BUSTOS PUECHE, J. E.: *Manual sobre Bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 19-20, "El Derecho no puede pretender elaborar un concepto cabal de persona. La realidad persona constituye un *prius* respecto al Derecho, de manera que éste se encuentra con aquella realidad, que es anterior y previa. La elaboración, pues, de la teoría de los bienes de la personalidad no intenta descubrir la esencia última y total de la persona, sino, sencillamente, destacar la existencia de una parte de aquélla, en la medida en que es percibida por el Derecho como algo absolutamente indispensable para identificarla como persona, como sujeto de las relaciones sociales y jurídicas. Con independencia, pues, de la cuestión metajurídica de qué sea ontológicamente la persona-menester ajeno al Derecho-, los bienes de la personalidad aparecen y son aprehendidos por el Derecho como aquellos bienes más personales e íntimos de la persona, cuyo goce y disfrute le aseguran el desarrollo integral de

el Derecho, pues el ser humano es su creador, es necesaria la ficción para que sea acatada por otros, en honor al poder coactivo del pacto social que estos asumieron.

Una vez establecido que todo el Derecho atiende en un primer momento a éste¹⁷, como existencia dotada de razón, convirtiéndolo en centro de la vida social y jurídica¹⁸; corresponde hacerse la siguiente pregunta: ¿qué parte de él se encarga de atender al individuo en cuanto persona?

Me veo obligado a responder que el Sistema Jurídico en su totalidad le presta atención a éste, pues representa su razón de ser; pero es preciso agregar que, a pesar de que él sea centro de atención del Derecho, es el Civil el que lo acoge

sí misma y satisfacen sus necesidades primeras y fundamentales. De ahí, que resulte del todo lógica y coherente la tarea asumida por el Derecho, y señaladamente por el Derecho Civil, de garantizar el goce y respeto de aquellos bienes, pues en la escala de valores del individuo ocupan los primeros lugares, por encima de los bienes materiales o patrimoniales”. Tampoco debe desconocerse lo planteado por CARRASCO PERERA, A.: *Derecho Civil. Introducción. Fuentes. Derecho de la Persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad* (coord. por A. CARRASCO PERERA), Tecnos, Madrid, 2016, p. 70, “La persona constituye el centro de gravedad de todo ordenamiento jurídico democrático. Ella es la destinataria de las normas jurídicas que lo integran y en su favor se encuentran reconocidos, sobre todo frente al Estado, los derechos, los bienes y las posiciones jurídicas fundamentales. El ordenamiento jurídico democrático no crea personas, sino que se limita a reconocer la personalidad como una realidad dada externa a él”. “Para el Derecho, la persona es, más que un centro de imputación de normas jurídicas (como gusta definir a los positivistas), un ser humano con valores propios merecedor de respeto y de tutela. Esta concepción humanista de la persona es la que en última instancia recoge nuestra Constitución cuando en su artículo 10.1 eleva –la dignidad de la persona y los derechos fundamentales que le son inherentes-, así como –el libre desarrollo de la personalidad-, al rango de –fundamento del orden político y de la paz social-. Lejos de ser una mera declaración de principios, el artículo 10.1 CE se hace portador de una concepción de la persona que ha de desplegar sus efectos a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional”.

¹⁷ Criterio que comparte CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.: *Instituciones de Derecho Privado. Personas*, tomo I, volumen I (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 21, al afirmar que: “...la persona es el eje alrededor del cual gira el Derecho, en el sentido de que todo el derecho existe en función de las personas. A su vez, el ser humano es el sustrato natural del concepto de persona. El derecho existe para el hombre. El servicio de justicia al hombre es el objetivo, la finalidad del Derecho”.

¹⁸ Me parece cardinal en éste punto el sentir de RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., REYES CORRIPIO GIL-DELGADO, M.: *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 322, al razonar que: “El ser humano, por su dignidad, ocupa el lugar preeminente para el Derecho. En efecto, la dignidad del ser humano significa, por utilizar la expresión kantiana, que es un fin en sí mismo o, si se quiere, atendiendo a la filosofía de los valores, un valor por sí mismo. Ello implica la radical infungibilidad de los individuos, la sumisión al ser humano de todos los demás bienes y valores jurídicos, pues constituye el sujeto de Derecho por excelencia y la interdicción de considerar al ser humano como simple medio y, en definitiva, de cualquier tipo de totalitarismo”.

en su seno con más fuerza, desarrolla sus atributos materiales y espirituales, y lo eleva a la categoría de persona, lo atrae a la esfera jurídica (al menos así ha sido desde la Revolución Francesa y desde el *Code Napoléon*), y por qué no, desde el *ius civile* de los romanos¹⁹. Si bien la Revolución Francesa barrió con las diferencias, al menos formales, y proclamó los derechos del hombre y del ciudadano, son los códigos civiles los que se han encargado de definir al hombre como realidad normativa, estableciendo su inicio y su fin.

A través de este orden legal, en especial desde la rama civil se le reconocen posibilidades de actuación al sujeto, las cuales se configuran como derechos subjetivos, dividiéndose según la naturaleza de los bienes y relaciones que protegen, y destinados al desarrollo de su personalidad. Dentro de estos hay una categoría especial: los personalísimos, que propenden al enriquecimiento espiritual del ser humano y a su desenvolvimiento en la vida socio-jurídica, imprescindible para su existencia vital y digna; especialmente el derecho a disponer el destino final de su cadáver, como culminación de su paso por la realidad jurídica y por la vida social, como ejercicio de una última voluntad reconocida por la ficción que constituye el Derecho, y que lo toca de cerca, y lo coloca nuevamente en el centro del Derecho Civil. En consecuencia, persona, derechos personalísimos y derecho sobre el cadáver se hacen centro del Derecho y en especial del Civil. El ser humano comienza siendo eje del entramado jurídico, para terminar en el mismo lugar a través del derecho a manifestar sus últimos deseos respecto a su futuro cadáver. Comienza persona, termina cadáver, pero manteniéndose en el mismo lugar de donde partió.

III. ¿CÓMO FUNDAMENTAR DESDE LA BIOÉTICA EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?

Debo decir *a priori*, que de la adecuada interrelación entre Bioética y Derecho y entre Bioética y Derechos Humanos puede obtenerse una plena fundamentación de los Derechos Humanos y, por ende, del derecho de disposición sobre el cadáver en cuanto tal y su correcta configuración normativa, a partir del basamento del respeto a la dignidad humana. El derecho de disposición sobre el cadáver se inserta entre los derechos humanos, al ser la vida y la muerte las dos caras de un mismo fenómeno, al ser la persona libre

¹⁹ El Derecho Civil que protege hoy al hombre es el fruto de la evolución, del tránsito de la persona discriminada a persona digna, humana; ya en Roma el *ius civile* era el Derecho del ciudadano, aunque con un significado diferente, pues agrupaba bajo ese rubro al Derecho procesal, al político, y al personal o de familia; haciendo más hincapié en la categoría del *cive* que por extensión era *personae*, que en la de la propia persona. Hoy el Derecho Civil reconoce al hombre desde otra óptica, como centro de imputación de derechos y deberes en el ámbito privado, como centro del ordenamiento jurídico, en el entramado de las relaciones más comunes de la vida social, con autonomía, en posición de igualdad junto a los otros.

por naturaleza y poder disponer en vida todo lo que considere respecto a su muerte. Esta adecuada imbricación permite apreciar el componente espiritual que conforma este derecho, su contenido vivo, las costumbres, el componente ético que está presente, y así tributar a que la realización del proyecto humano pueda ser plena, próxima a estar despojada de dogmatismos e imperfecciones, y el derecho se pueda realizar más que cumplirse coactivamente. Al igual que la norma moral solo obliga en la medida en que el sujeto se quiera sentir obligado, en igual medida constriñe el Derecho, de ahí que sea necesario buscar una identidad, solo posible a través de una adecuada fundamentación bioética. Adpero, no todo modelo teórico metodológico de fundamentación de la Bioética cumple ese cometido.

En el nacimiento y desarrollo de la Bioética han existido distintas tendencias que buscan fundamentarla: la psicologizadora, la antropológica personalista y la holística (esta última sobre la base de la Bioética Global, Sustentable y Profunda defendida por POTTER) y posteriormente llevada al contexto Latinoamericano como Bioética de Intervención.

En relación con la tendencia psicologizadora nos comenta ACOSTA SARIEGO:

“(...) constituye un intento por reducir el alcance de la bioética a la identificación y solución de los conflictos de valores morales que se producen en el marco de las relaciones interpersonales y grupales como consecuencia de la aplicación del conocimiento científico y tecnológico en el ámbito de la atención de salud y la biomedicina; en el contexto de la cual, se inscriben la inmensa mayoría de los modelos teórico-metodológicos que ha producido la bioética médica anglo-norteamericana”²⁰.

Considero que esta tendencia resulta más que insuficiente como guía a una fundamentación bioética del derecho de disposición sobre el cadáver, cualesquiera que sea el modelo teórico-metodológico que se utilice para apoyarla y cualesquiera que sea su propuesta procedimental, puesto que su objeto de análisis resulta reducido y sus valores preponderantes se centran en la libertad y la autonomía. Empleando o valiéndonos de ella y de sus modelos más significativos, se llegarían a establecer propuestas liberales-individualistas de este derecho, partiendo de la idea de autonomía del sujeto, que es el que decide qué hacer en cada momento, realizando una exaltación absoluta de la libertad (quien no tenga autonomía para decidir, no será sujeto de este derecho). O podrían establecerse proposiciones de corte utilitarista, defendiendo la idea de que los derechos deben tender a facilitar el máximo de bienestar al individuo, situándolo como medio y no como fin en sí mismo, por lo que solo serán sujetos de ellos quienes puedan adquirirlos o ejercerlos (el

²⁰ACOSTA SARIEGO, J.: “Los árboles”, cit., p.187.

mero hecho de ser humano no implicaría ser sujeto de estos). La rectificación de Diego GRACIA al principalismo anglo-norteamericano, en cuanto a establecer jerarquía a los principios y procurar una ética de mínimos y otra de máximos, ayuda a mitigar el dilema, pero no lo resuelve.

Por otra parte, PALAZZANI al describir la segunda tendencia plantea:

“La fundamentación personalista propone en bioética el deber del respeto de la vida humana en todas sus manifestaciones desde el momento de la concepción (la fecundación) hasta el último instante (la muerte cerebral total). Se trata, precisamente, del personalismo ontológico que se refiere al pensamiento de S. Tomás, continuado por J. Maritain...”²¹.

A lo que añade el propio ACOSTA SARIEGO:

“El personalismo establece un sistema de referencia moral con fuerza deontológica que no es imprescindible para los modelos anglo-norteamericanos que pueden asumirlo, o no. Sin embargo, la mayor diferencia es que el personalismo antropológico sitúa al individuo en su contexto cultural, económico y social, tanto en un marco estrecho o microbioético, como en una proyección amplia o macrobioética”²².

Esta segunda propuesta, de marcado contenido deontológico, conlleva a una fundamentación más adecuada del derecho objeto de estudio, basados en la dignidad del ser humano, en su dimensión ontológica (con el requisito de ser humano se es titular del derecho, bastando esa condición en cualquier espacio y tiempo), además de tener en cuenta el contexto que le sirve de soporte. Adempero, el objeto de estudio sigue siendo reducido y enfocado en el presente, no trascendiendo al medio ambiente y a las posibles implicaciones que puede acarrear su ejercicio²³.

Con relación a la tercera tendencia se debe citar a POTTER, cuando sabiamente argumenta:

“Desde el comienzo, he considerado la Bioética como el nombre de una nueva disciplina que cambiaría el conocimiento y la reflexión. La Bioética debería ser vista como un enfoque cibernético de la búsqueda continua de la sabiduría, la que yo he definido como el conocimiento de cómo usar el conocimiento para

²¹ Citada por ACOSTA SARIEGO, J.: “Los árboles”, cit., pp. 201-202.

²² ACOSTA SARIEGO, J.: “Los árboles”, cit., p. 205.

²³ Piénsese en las implicaciones medioambientales que pudiera ocasionar la incineración de cadáveres si no se realizara sobre la base de los principios de responsabilidad, prevención y precaución.

la supervivencia humana. En conclusión, les pido que piensen en la Bioética como una nueva ética científica que combina la humildad, la responsabilidad y la competencia, que es interdisciplinaria e intercultural, y que intensifica el sentido de la humanidad”²⁴.

Como complemento o desarrollo del pensamiento potteriano debo traer a colación a la Bioética de Intervención, la que constituye una etapa superior, que va siendo defendida por varios autores latinoamericanos, entre los que se encuentran GARRAFA, KOTTOW y SAADA. Esta tendencia se corresponde con la evolución del pensamiento científico y social, acoge el carácter expansivo de los derechos humanos y permite analizar y conjugar con agudeza transdisciplinaria los múltiples factores que inciden en el ejercicio de los derechos; entre los que se encuentra el que es objeto de estudio. Esta propuesta, sin duda, resulta la más abarcadora pues intervincula la Bioética y los Derechos Humanos sobre el común denominador de la dignidad humana, como mínimo moral, deber perfecto que está presente en los derechos humanos, dentro de los cuales, él que es objeto de las presentes líneas, se inserta²⁵.

De la mano de esta evolución se ha visto el progreso del método a seguir, se va más allá del principalismo angloamericano, a una bioética que busca vincular valor y ciencia, ya sea social o pura, y que no da soluciones a un caso concreto sino que, sobre la base de la libertad y la igualdad de derechos, permite tener en cuenta en los fenómenos objeto de estudio: pasado, presente y futuro; y deja abierta las puertas a nuevos principios, que con fuerza puedan servir de guía en diferentes contextos y puedan fundamentar el ejercicio de los derechos en la diversidad cultural presente. Ello permite ampliar el horizonte

²⁴ RENNELAER POTTER, V.: “Conferencia Bioética Puente, Bioética Global y Bioética Profundar”, *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, diciembre 1998, núm. 7, p. 32. En relación a esta última corriente (que es la que se encuentra en el pensamiento de Potter) ACOSTA SARRIEGO, J.: “Los árboles”, cit., p.130, expresa “(...) el carácter revolucionario para la ética de su legado puede resumirse en los siguientes aspectos: -Ampliación del fin moral de la ética de lo estrictamente humano hacia la biosfera. -Su objeto es tanto la reflexión filosófica, como la aplicación de esos conocimientos abstractos a la solución de problemas concretos. -Acción dirigida al futuro. Consideración de las consecuencias remotas de los actos presentes y los derechos de las generaciones venideras. -Confluencia de los distintos saberes en un nuevo saber que permita el mejor uso del conocimiento alcanzado por la humanidad. -Promoción de una cultura de la supervivencia de la vida”.

²⁵ En este sentido GARRAFA, V.: “Multi-Inter”, cit., p. 163, considera que: “La bioética de intervención defiende la idea de que el cuerpo es la materialización de la persona, la totalidad somática en la cual están articuladas las dimensiones física y psíquica que se manifiesta de modo integrado en las interrelaciones sociales y en las relaciones con el ambiente. Definir la corporeidad como marco de intervenciones éticas se debe al hecho de que el cuerpo físico es la estructura que sostiene la vida social; es imposible la concreción social sin ello. Como vehículo de la existencia física, el cuerpo es el universal obvio”.

bioético, profundizar en los análisis y conjugarlos con las múltiples variantes que puedan estar presentes, considerando la complejidad de los fenómenos.

Esta postura queda consagrada en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de octubre de 2005. La Declaración afirma entre sus objetivos la promoción del respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los individuos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, y reconoce la necesidad de una ética dialógica a partir de un intercambio multidisciplinario y pluralista. También establece como objetivo salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y venideras, y destaca la importancia de la biodiversidad y su conservación como preocupación común de la especie humana.

Además su artículo 3 queda dedicado al tópico de la dignidad humana, centrandó la mirada en su respeto y en el de los derechos humanos. En su apartado 1 éste establece:

“Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”;

Y en el 2 añade:

“Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad”.

A partir de las herramientas de la bioética global y de intervención, pudiéramos definir los derechos humanos como aquellos que se le conceden al individuo *per se*, en atención a la dignidad humana que le es inherente, y que están conformados por aquel conjunto de posibilidades de actuación que se han forjado en el devenir histórico y que admiten una visión holística del hombre en la tierra, en su interrelación con otros hombres y con los ecosistemas, y que se le reconocen en aras de favorecer el desarrollo pleno de su personalidad y dignidad; para propiciar su desarrollo en el marco de una sociedad sustentable, garantizando la supervivencia de la especie humana y los derechos de las generaciones futuras.

Ergo, debo concluir que la Bioética Global y de Intervención guarda una estrecha relación con los derechos humanos, al ser el instrumento que permite una mejor fundamentación de los mismos, sentando principios claves que ayudan a una mejor intelección y más acabada protección de la dignidad

humana; estando inserto el derecho de disposición sobre el cadáver entre ellos y siendo esta postura la más abarcadora a la hora de analizar el fenómeno, con una visión transdisciplinaria y compleja, que apoyado en la epistemología de segundo orden permite tener en cuenta, cómo la cultura, la religión, los factores económicos, la moral, la ética, la filosofía, la psicología, entre otros aspectos, influyen a la hora de ejercitarlo y deben ser tenidos en cuenta a la hora de regularlo jurídicamente.

Lo anterior por supuesto, sin fanatismos ni mistificaciones y sin desconocer lo valioso del método electivo seguido por la escuela bioética cubana²⁶, que permite ponderar en su justa medida y utilizar lo valioso de las diferentes tendencias en el campo de la Bioética, nuevo saber en constante cambio, y aplicarlas en la medida en que la situación lo amerite, pero siempre sobre la base y guía del respeto a la dignidad humana.

²⁶ En este extremo resulta valioso traer a colación las reflexiones de HART DÁVALOS, A.: “La ética en José Martí”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. R. ACOSTA SARRIEGO), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, pp.1062-1063, al decir: “¿Con qué métodos y principios podemos hacerlo? El método electivo de la tradición filosófica cubana, expresado por José de la Luz y Caballero: “Todos los métodos y ningún método, he ahí el método.” Y también se ha dicho: todas las escuelas y ninguna escuela, he ahí la escuela”.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER Y DE SU OBJETO

SUMARIO: I. ¿EXISTE REALMENTE UN DERECHO SOBRE EL CADÁVER?- 1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica que se le puede atribuir a los actos de disposición sobre el cadáver?- 1.1. El derecho de disposición sobre el cadáver y los caracteres de los derechos personalísimos.- II. ¿RECONOCE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?- 1. Sujetos del derecho subjetivo de disposición sobre el cadáver.- 1.1. Capacidad.- 1.2. Sujetos legitimados.- 1.2.1. Cónyuge supérstite y familiares.- 1.2.2. Terceros no familiares.- 1.2.2.1. El Estado.- 1.3. Objeto del derecho subjetivo sobre el cadáver.- 1.4. Contenido del derecho subjetivo sobre el cadáver.

I. ¿EXISTE REALMENTE UN DERECHO SOBRE EL CADÁVER?

Esta es una de las cuestiones que más ha sido tratada por la doctrina privatista, en especial por aquellos consagrados a estudiar los derechos inherentes a la personalidad. Desde el Derecho romano se polemizaba en torno a determinar si la persona tiene o no un derecho sobre sí mismo, y cuáles son sus límites en caso de ser afirmativa la respuesta. Discusión que en mi opinión, peca hoy de bizantina, pues por más que se interpretaran los textos romanos por los glosadores, posglosadores y por la escuela alemana, no se pudo extraer de ellos la idea de un derecho absoluto sobre el cuerpo; más, sí acciones tendentes a protegerlo o a lesionarlo; además de que en la actualidad se reconoce por la mayor parte de las legislaciones un derecho sobre el cuerpo, en beneficio del ser humano y limitado por las costumbres, la moral y la ley; así como que se va abriendo paso el reconocimiento y la consagración de un derecho subjetivo sobre el cadáver, quedando atrás la idea de negarle al individuo esta posibilidad y surgiendo una nueva que la reconoce en sus justos límites.

Coincido plenamente con las tendencias actuales, reconozco la facultad del ser humano, de disponer sobre la suerte de su cuerpo, siempre que no corra peligro su salud y su vida; así como veo con agrado el reconocimiento de un derecho sobre el cadáver, tanto con respecto a su destino final, como al destino de sus partes y su integridad física; al igual que los procedimientos sobre él. No se puede hablar hoy que exista un derecho de propiedad sobre el cuerpo, tanto vivo como muerto, en cambio, sí podemos hablar del reconocimiento de

posibilidades de actuación, tendentes a desarrollar la personalidad y a robustecer la dignidad humana²⁷.

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica que se le puede atribuir a los actos de disposición sobre el cadáver?

Tradicionalmente el hombre se ha preocupado por darle algún destino a su cadáver, este ha sido un hecho constante desde nuestros orígenes y de gran relevancia social, al punto que el Derecho lo acogió en su seno. En un primer momento era regulado por las normas sociales, después por las costumbres, de la mano de las creencias religiosas y finalmente por el Derecho escrito. Si bien se realizaban actos encaminados a determinar la suerte final del cadáver, no es hasta épocas recientes que se comienza a ver con cierta abstracción jurídica, y a teorizar sobre su naturaleza. En el mundo jurídico antiguo y contemporáneo no se hablaba sobre ello, a no ser como obligación moral o religiosa²⁸.

Actualmente, con otra mirada, el debate se centra en determinar la naturaleza jurídica de estos actos, para así decidir dónde ubicarlos y cómo regularlos mejor. Primeramente se discute si se pueden catalogar como un derecho subjetivo o, por el contrario, si se trata de una mera obligación de respeto que impone el Derecho a los demás miembros del entramado social, que deben acatar, en orden a no afectar la salud pública, la moral y las costumbres²⁹. Otra

²⁷ En este sentido me parece muy claro GORDILLO CAÑAS, A.: *Trasplante de órganos: --pietas-- familiar y solidaridad humana*, Civitas S. A., Madrid, 1987, pp. 28-29, al expresar: “Efectivamente, la actuación humana, expresiva de la libertad de la persona, puede proyectarse sobre el triple campo que hoy pacíficamente distingue la doctrina que se ocupa de los derechos de la personalidad: sobre la propia persona, sobre los comportamientos y actuaciones ajenas y sobre las cosas del mundo exterior. En cuanto dicha actuación se mantenga en los límites del lícito ejercicio de la libertad garantizado por el Ordenamiento, será constitutiva de un derecho cuyo respeto resulta exigible. He aquí, pues, la posibilidad en el primero de los campos distinguidos de un auténtico *jus in seipsum*, sin identificación en él— como tantas veces se objetó—de sujeto y objeto. La íntegra e indivisa personalidad no puede ser identificada ni confundida con la singularidad de sus manifestaciones en sus actuaciones libre”.

²⁸ Así se desprende del Digesto según se constata por RODRÍGUEZ DE FONSECA, B., DE ORTEGA, J. M.: *Cuerpo de Derecho Civil*, tomo I, (traducido por B. RODRÍGUEZ DE FONSECA, y J. M. DE ORTEGA), Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramírez y Compañía, Barcelona, 1874, p. 309, en la Ley XLIII. Papiniano, lib. 8 de las Cuestiones se dice: “lo mismo se observa respecto al socio que contra la voluntad de su consocio quisiera inhumar un cadáver en el fundo común, pues, a la razón de pública utilidad, a fin de que no queden insepultos los cadáveres, se une además la razón de estricto derecho, la cual algunas veces se suele omitir en las cuestiones dudosas, en cosa de la religión, pues lo que se hace a favor de la religión, es lo que tiene más razón de ser”.

²⁹ Al decir de CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Introducción y Parte General. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos*

parte de la cuestión se centra en el campo del derecho subjetivo, incluyéndolo dentro de los derechos patrimoniales (específicamente los de propiedad³⁰), o

jurídicos, tomo I, Reus, Madrid, p. 349, “El derecho al cadáver sale fuera, en realidad, de la esfera de los derechos de la personalidad, aunque tenga alguna conexión con ellos. Las posibilidades de disposición sobre cadáveres concedidos, por Derecho consuetudinario, a los particulares, no autorizan a admitir la existencia de un derecho subjetivo al cadáver o sobre él. Dichas posibilidades son muy limitadas. Se tiene en cuenta la voluntad de los interesados, pero esta no es decisiva por sí sola, lo cual excluye la idea de un derecho subjetivo propiamente dicho”. Resulta lógico que a la fecha en la que CASTÁN TOBEÑAS esgrimía estas ideas no existía un desarrollo abstracto de la figura, pero hoy sí se puede hablar de que la voluntad sea decisiva por sí sola, siempre que no vaya en contra de la ley, la moral, las costumbres o el orden público. El derecho a disponer sobre el cadáver tiene sus límites como cualquier otro derecho subjetivo, y ello no es causa suficiente para no considerarlo como tal, puesto que estos no son absolutos, ya que de manera intrínseca ostentan un rasgo positivo (conjunto de facultades, posibilidades de actuación) y otro negativo (deberes, cargas y límites) y los terceros tienen el deber, no moral, sino jurídico de acatar la última voluntad del causante en éste sentido. A contrario *sensu* de la argumentación de CASTÁN TOBEÑAS, tenemos a MARTÍNEZ AMORENA, R. E.: *El cadáver. Naturaleza jurídica*, (disponible en Internet), quien sostiene que: “Existe un derecho personalísimo sobre una cosa futura respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos; cuando se ejercita ese derecho se excluye a los parientes, no se requiere de una expresión solemne por acto testamentario, es unilateral, y solo se admite cuando no tiene carácter oneroso, sino gratuito; agregando que la mayoría de la doctrina le reconoce al hombre un derecho subjetivo sobre el cuerpo, que se extiende hasta después de la muerte, en todo lo referente a la disposición del cadáver, de su destino, cremación y lugar de entierro”. En contra se muestra la SAP, Alicante, 7 junio 1995, (AC 1995, 1280), en la que se vierte el criterio siguiente: “...sin que las posibilidades de disposición sobre el cadáver concedidas a los particulares (y en el caso presente ejercitadas en su día por la que fue su esposa) autoricen a admitir la existencia de un derecho subjetivo al o sobre el mismo”.

³⁰Contrario a esta idea se muestra BORREL MACIÁ, A.: *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 123, quien se pregunta: “¿El derecho de toda persona a disponer de su cadáver, en orden a su entierro, puede considerarse un derecho de propiedad?” y al mismo tiempo se responde: “En realidad se trata de un derecho especial. Con su ejercicio el cuerpo del causante se separa de los bienes del patrimonio del difunto, pero por sí sólo dista mucho de poderse considerar como dominical”. Con el mismo criterio los italianos FADA Y BENZA, citados por CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Derecho Civil”, cit., p. 351, los cuales estiman que nadie puede tener un derecho de propiedad sobre el cadáver y argumentan 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. El destino normal del cadáver, es el de ser dejado a la paz del sepulcro, según conciencia general, bajo aquella forma que la ley del Estado haya fijado, y este destino es absolutamente incompatible con el concepto de la comercialidad del cadáver. Pero si este destino excluye todo derecho patrimonial sobre el cuerpo humano, no obsta, en cambio, a la facultad que el hombre tiene de disponer de su propio cadáver en los límites de su propio destino, la cual en ausencia de la disposición del difunto, puede corresponder a otras personas, y especialmente a los herederos o parientes moralmente gravados con la carga de darle sepultura”. Más recientemente ESPINOZA ESPINOZA, J.: “Derechos de”, Huallaga, Lima, 2001, p. 201, convida que “El derecho sobre el

cuerpo es un derecho humano o de las personas...” y añade a continuación que es un absurdo recurrir a la teoría de los derechos reales y explica que: “El Derecho en forma unánime considera al cuerpo y sus energías como un substrato 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”. En la doctrina jurisprudencial también se pueden encontrar pronunciamientos en contra. La Sentencia No. 162 de 1994 de la Corte Constitucional de Colombia estableció en su día que “(...) en todo caso, el derecho sobre el cadáver no puede fundarse en el concepto de dominio, ni siquiera en el de posesión jurídica. Un cadáver, dice, no es un bien susceptible de apropiación que pudiera ingresar al patrimonio individual. Las leyes han regulado la protección de los cuerpos de las personas fallecidas, pero nunca han reconocido el derecho de dominio sobre los mismos. Esta sola posibilidad repugna a los sentimientos y a los principios de respeto, veneración y culto a los muertos”. En el ámbito de la doctrina jurisprudencial española, ya es reiterado el criterio de que los actos de disposición sobre el cadáver no pueden ser considerados como un derecho de propiedad. La SAP, Alicante, 7 junio 1995, (AC 1995, 1280), estimó que: “...nadie puede ostentar un derecho de propiedad sobre él, cuyo destino normal, según conciencia general, es la de ser dejado a la paz del sepulcro, no siendo susceptible de apropiación alguna, como *«res extra commercium»* sujeta a normas de interés público y social...”. La SAP, Pontevedra, 9 diciembre 1998, (AC 1998, 2483), dispuso con semejante criterio, “Es claro que sobre el cadáver no hay en lo fundamental más margen de lícita actuación que el de proveer a sus honras fúnebres y a su digna sepultura. Ni es derecho de naturaleza real, pues, ni derecho de la personalidad el que se ostenta sobre él. 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”. En igual sentido la SAP, Burgos, 17 enero 2000, (AC 2000, 505), expresa: “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”. Por su parte la SAP, Alicante, de 2 julio 2003, (JUR 2008, 159293), ratifica la del año 1995, y añade: “Y decimos esto para llegar a la conclusión de que el demandante, no es titular de ningún derecho subjetivo a poder exigir, estar más o menos cerca del cadáver de su hija, pues el cadáver como tal no es de su propiedad, es una cosa *“extra commercium”* que en consecuencia no pertenece a nadie”. Esta idea se encuentra recogida también, más recientemente, en la SAP, Cantabria (Sección 2ª), 15 abril 2015 (JUR 2015, 274454), en la que se razona: “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 analógicamente 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”.

dentro de los personalísimos³¹, según la naturaleza que una u otra corriente le conceda al cadáver, que es el bien objeto de este derecho³². Si bien la primera

³¹En este punto me parece interesante el estudio de GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E.: *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, Porrúa, México, 1995, pp. 721, 984, autor bastante polémico en algunos de sus postulados, pero muy claro y directo en otros, incluye entre los derechos de la personalidad el derecho de disposición del propio cuerpo y del propio cadáver. Y señala: “Debo apuntar desde luego, que estimo que el Derecho al cadáver no debe en rigor corresponderle al individuo en sí, pues no puede tener derecho sobre lo que no es aún, y en el momento en que sea cadáver, deja de tener derechos por no ser ya, ser humano”. Y más adelante agrega: “En realidad lo que se trata con este derecho, es de proteger el sentimiento o proyección psíquica del individuo sobre lo que habrá de ser su ahora cuerpo, después de que sobrevenga la muerte, pues siempre se ha tenido un respeto místico, una veneración al cadáver”. Por su parte DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, volumen I, Tecnos, Madrid, 2012, p. 335, son partidarios de considerar estos actos dispositivos como un derecho subjetivo personalísimo y al respecto comentan que “Sobre su cadáver, la persona posee un poder de disposición en orden a establecer tal destino. Por ejemplo, inhumación, incineración, etc. Es admisible igualmente destinar el propio cadáver a fines científicos o didácticos, siempre que se respeten las exigencias del orden público o que el destino establecido resulte conforme con las buenas costumbres y no repudiado por la conciencia social”. También CIFUENTES, S.: “Derechos Personalísimos”, cit., p. 414, es defensor de la corriente personalista, luego, nos explica que “En suma: hay un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos; ese derecho cuando se ejercita excluye el de los parientes, no requiere la manifestación por acto solemne testamentario, es unilateral y revocable, y solo se admite cuando no depende de contraprestaciones en dinero, es decir, cuando no es oneroso”. De igual manera LASARTE, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2015, al hablar sobre los trasplantes de órganos *postmortem* los ubica dentro de los derechos de la personalidad que guardan relación con la integridad física. Del mismo modo ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general* (puesta al día por S. DÍAZ ALABART), Edisofer, Madrid, 2013, pp. 346-347, lo ubica dentro de aquellos que guardan relación con la integridad física y argumenta que “Muerta la persona no puede ya hablarse de derechos de la misma, y su cadáver pasa a ser algo cuya naturaleza examinaré oportunamente. Sin embargo, cabe preguntar si el interesado tiene en vida un derecho de la personalidad que le permita disponer para el futuro del propio cadáver entero o de partes del mismo. La respuesta es que sí, pero la disposición no puede exceder de los límites que autoricen la ley, la moral y las buenas costumbres”. Y añade, “Normalmente se refiere a los funerales o a la forma y lugar de sepultar el cadáver; pero también se puede destinar éste a otros fines (científicos, didácticos, etc.)”. También incluye la extracción de órganos como parte del derecho. Asimismo resultan interesantes las reflexiones brindadas por CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J.: “La Persona, el estado civil y el registro civil (I)”, *Instituciones de Derecho Privado. Personas*, tomo I, volumen II (coord. por J. J. CASTIELLA RODRÍGUEZ), Aranzadi, Navarra, 2015, p. 151, cuando expresa “Aunque la muerte extingue la personalidad, el Ordenamiento jurídico sigue protegiendo la voluntad manifestada del fallecido, por medio del testamento u otra forma válida de disposición mortis causa, en orden a lo que deba hacerse tanto con su patrimonio, convertido en herencia; así como la voluntad manifestada del fallecido, por medio de las llamadas –voluntades anticipadas–, en orden a lo que deba hacerse con su cuerpo, convertido en cadáver”. Más recientemente OLIVA BLÁZQUEZ, F., VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.:

polémica pudiera decirse que ha quedado superada, pues la mayoría de los estudiosos reconocen la existencia de un derecho subjetivo sobre el cadáver, el centro de atención se coloca ahora en torno a la naturaleza patrimonial o no patrimonial del mismo y del bien sobre el cual recae³³.

Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 107-108, ubican los trasplantes de órganos dentro del derecho a la integridad física, pero no hablan de un derecho de disposición sobre el cadáver. Aunque a mi entender el mismo se encuentra implícito. En contra de las anteriores posiciones se manifiesta LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Personas*, volumen II, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 62,63, cuando postula: “No menos dudas acerca de si es o no verdadero derecho de la personalidad plantea el que tenga cada persona sobre su futuro cadáver (o sobre su imagen, su voz grabada o su correspondencia tras su muerte). Onde dice que – para excluirlo de esta categoría es suficiente la consideración de que el cadáver es cosa y no persona (la persona supone el cuerpo vivo) y por ello no puede ser objeto de otra cosa que de un derecho real- -afirmación ésta que parece un poco fuerte, y que no puede admitirse si no es con matizaciones-. Sobre el propio cadáver no cabe, en puridad, un verdadero derecho de la personalidad, y menos, por lo tanto, el homólogo derecho de los familiares respecto del cadáver de su deudo fallecido (en el mismo sentido, Clavería Gosalbez). Sobre un conflicto entre parientes, S. TS. (Sala 3ª) 16 enero 1996; también, AP Pontevedra, 9 diciembre 1998”.

³² Esta posición es recogida por algunos códigos civiles, *verbi gratia* el portugués, el brasileño, el del Estado canadiense de Québec, el peruano y el del Estado Libre y Soberano de Puebla. Por otra parte, no lo reconocen el Código Civil de la Federación Rusa de 12 de agosto de 1994, el de Chile, el de Honduras, el de Venezuela, el de España, el de Ecuador, el de Nicaragua y el de Francia. Tampoco en nuestra máxima ley civil se reconoce el derecho de disposición sobre el cadáver, su anteproyecto de 1982 tampoco lo hacía, sólo se refería en el capítulo 8, artículo 69 al derecho de autor y otros relacionados con la propiedad industrial. El anteproyecto seguía la línea del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1964 que en su artículo 10 preceptuaba: “las personas jurídicas individuales pueden, de acuerdo con la ley, adquirir y poseer bienes personales; tienen el derecho a disfrutar de locales para vivienda y otros bienes; a heredar y testar; a elegir el tipo de ocupación y el lugar de residencia; a ser autores de obras de ciencia, literatura y arte; a hacer descubrimientos, invenciones, proposiciones de racionalización, así como poseer y disfrutar otros derechos de propiedad y derechos personales no relacionados con la propiedad”. Se pudiera colegir que estaba implícito en esta última categoría, al estar vinculado este derecho con las relaciones personales puras, pero al no hacerse referencia expresa queda de la mano de la labor hermenéutica de los operadores jurídicos, con la correspondiente inseguridad que ello acarrea. Lamentablemente éste precepto no llegó al proyecto que finalmente fue aprobado en Cuba.

³³ La Tercera Sala Suprema de la Corte de Justicia de la nación mexicana (Amparo directo 2435/70, 29 de octubre de 1970. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto SOLÍS LÓPEZ) plantea que: “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

En mi opinión, es más acertada la tesis de enmarcar los actos de disposición sobre el cadáver propio dentro de la categoría del derecho subjetivo, específicamente, en los que se refieren a los derechos personalísimos cuando la persona lo ejercita en vida para que surta efectos esa manifestación después de la muerte³⁴. Parto para ello de la definición que brinda muy acertadamente VALDÉS DÍAZ:

“El derecho subjetivo no es más que una situación de poder jurídico que se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico, compuesta por un grupo de facultades unitariamente agrupadas, que se atribuyen a su titular para la satisfacción de determinados intereses abstractamente considerados, dejando al arbitrio de este su ejercicio y defensa”³⁵.

Se le puede sumar a la anterior definición el hecho de la naturaleza especial del cadáver, como objeto interior al ser humano; tema que analizaré más adelante, y que fortalece esta idea.

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”. La tesis sustentada por el alto foro resulta interesante y enjundiosa en argumentación, aunque no la comparto en su totalidad, específicamente en lo que respecta a circunscribir la validez de los actos de disposición sobre el cadáver al negocio jurídico testamentario, pues considero que los mismos pueden tener valor *per se*, con independencia de que se encuentren dentro o fuera del testamento, pues no siempre estaremos en presencia de un acto jurídico de éste tipo cuando manifestemos nuestra voluntad al respecto.

³⁴MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derechos de la Personalidad. Derecho de la Familia. Derechos Reales*, tomo III, (traducida por S. SENTIS MELENDO), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 5, al analizar si los derechos personalísimos son o no verdaderos derechos subjetivos, cuestión que nos resulta útil para defender la idea de un derecho de este tipo sobre el cadáver, expresa: “Que estos derechos carezcan de un objeto exterior a la persona, como señalan algunos, para negarles la figura de derechos subjetivos, no es siempre exacto; y, de todos modos, esto no obsta para concebirlos como derechos subjetivos. Del derecho subjetivo, tienen el atributo principal, o sea el de estar fundados sobre especiales y correspondientes intereses autónomos, los cuales encuentran (al menos en la legislación italiana) protección por sí mismos, que consiste en la atribución, hecha al titular, de poderes, tutelados por verdaderas y propias acciones judiciales civiles, y no solamente por una protección de carácter penal o administrativo, de la que surja indirectamente la mera posibilidad de pedir el resarcimiento del eventual daño, en caso de lesión”.

³⁵VALDÉS DÍAZ, C. del C.: “Relación jurídica civil”, *Compendio de Derecho Civil* (coord. por C. del C. VALDÉS DÍAZ), Félix Varela, La Habana, 2005, p. 86.

Si se realiza una revisión del tratamiento que históricamente se le ha dado a los actos de disposición sobre el cadáver, por legisladores y estudiosos del tema, puede apreciarse con facilidad la evolución favorable que ha tenido su establecimiento. Se constata como van ampliándose los fines a dar al cuerpo y a sus partes, y se teoriza sobre la figura, buscándose su abstracción³⁶.

El hecho de analizar los derechos personalísimos desde la óptica del Derecho positivo, en especial el que tiene la persona sobre su cadáver, ha limitado su consagración normativa y doctrinal y de éste en particular, propugnándose su negación. Sin embargo, si se hace un análisis del mismo en el orden filosófico, y en el entramado de relaciones sociales que se repiten en la vida cotidiana, teniendo en cuenta los múltiples factores que pueden incidir en su ejercicio, y como corolario del respeto a la dignidad humana y posibilidad de actuación de la persona, necesaria para la culminación del desarrollo de su personalidad, se desprende con facilidad la necesidad de su existencia.

Asimismo, una manera segura de afirmar que nos encontramos ante un derecho de esta naturaleza, es analizarlo a la luz de los caracteres, que para clasificarlos, esgrimen los diferentes autores que abordan la temática³⁷, cuestión que seguidamente pasaré a analizar.

³⁶ Siguiendo esta línea argumental GORDILLO CAÑAS, A.: “Trasplante de”, cit., p. 34, sostiene que: “El ámbito de esta disposición –históricamente limitado en lo fundamental a la determinación del modo y circunstancias de la propia sepultura- se ve hoy significativamente ampliado en sus posibilidades y finalidad como consecuencia de la técnica quirúrgica de extracción y trasplante de órganos. La finalidad altruista del socorro a la vida y salud ajenas puede hoy animar el acto de última voluntad sobre el propio cuerpo. Es pacífico que en este punto la voluntad del fallecido es preferente a la de sus familiares: cualquier determinación de éstos supone el silencio de aquél. No vemos dificultades insuperables en considerar este acto de voluntad sobre el destino del propio cadáver como una derivación post mortem del derecho de la persona sobre su propio cuerpo”.

³⁷ Por ejemplo, CASTAN TOBEÑAS, J.: “Derecho Civil”, cit., pp. 367-368, al hablar sobre los caracteres señala los de ser originarios o innatos, derechos subjetivos privados, derechos absolutos o de exclusión, derechos personales o extrapatrimoniales, irrenunciables e imprescriptibles. Por su parte RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., CORRIPIO GIL-DELGADO, M. R.: “Manual”, cit., p.327, esgrime los caracteres de innatos, privados, personalísimos, absolutos o de exclusión, inherentes a la propia persona del titular y es del criterio que esa inherencia se manifiesta en las características de intransmisibilidad, indisponibilidad, irrenunciabilidad, inexpropiabilidad, imprescriptibilidad e insubrogabilidad. Asimismo MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, A.: “Los derechos de la personalidad”, *Curso de Derecho Civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), Colex, Madrid, 2015, pp. 565, 566, 567, habla de que son derechos innatos u originarios, no transmisibles, imprescriptibles, absolutos, extrapatrimoniales, indisponibles e irrenunciables. Interesante resulta también LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Elementos”, cit., pp. 59-60, considera que entre los caracteres se encuentran los de ser derechos innatos, derechos subjetivos

1.1. El derecho de disposición sobre el cadáver y los caracteres de los derechos personalísimos

Examinar el derecho de disposición sobre el cadáver a partir de los principales caracteres que se esgrimen por la doctrina como típicos de los derechos inherentes a la personalidad es un ejercicio que nos ayuda a tomar mejor partido, a la hora de afirmar o negar su inclusión dentro de esta categoría (recordando siempre que ello sólo es posible cuando se habla del derecho ejercitado por la propia persona en vida). En su auxilio me valgo de la sistemática seguida por CIFUENTES en su valiosa monografía³⁸.

La primera característica utilizada por este autor se refiere a que los derechos personalísimos son derechos innatos³⁹. Aplicado esto al derecho sobre el cadáver, pudiera pensarse *prima facie*, que el cadáver no es connatural al ser humano, pues éste en cuanto objeto aparece después de la muerte. Pero, de apreciarlo así, estaríamos simplificando el fenómeno, puesto que con ese razonamiento se obvia una realidad ineluctable; el hombre cuando dispone el destino final de su cadáver, en realidad de lo que está disponiendo es del cuerpo que lo acompañó durante toda su vida, y en atención al aprecio que le tiene a éste, es que procura destinarlo a una u otra suerte. El cuerpo muerto, no es sino un nuevo estado, de lo que fue un cuerpo vivo, que nació con el hombre y a través de él se hubo de manifestar, identificar e interactuar con la sociedad. Piénsese que cuando vemos un cadáver de alguien conocido decimos-éste es el cadáver de Pedro o de María- y cuando no lo conocemos decimos-¿quién es el difunto? o ¿de quién es el cadáver? o ¿de quién se trata?. Ergo, el cuerpo y el cadáver como nuevo etapa de lo que fue el cuerpo vivo, se encuentra íntimamente vinculados entre sí y con la persona que albergaron, por lo que si se le aplicaría el expediente de ser innato.

privados, derechos absolutos o de exclusión, derechos inherentes a la persona por un nexo que puede decirse de naturaleza orgánica, intransmisibles, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inexpropiables e inembargables y no susceptibles de acción subrogatoria. Por último y de data más reciente, PIZARRO MORENO, E.: “Los derechos de la personalidad”, *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona* (coord. F. OLIVA BLÁZQUEZ y L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 105, tipifican como caracteres los de esenciales o inherentes, innatos, extrapatrimoniales y absolutos. Como se puede apreciar, con independencia de que cada autor realice su propia valoración al respecto y sigan una metodología particular, muchos de ellos tienden a repetirse, no obstante ese común denominador que está presente fortalece la idea de que nos encontramos ante un derecho subjetivo que puede ser individualizado en cuanto categoría abstracta.

³⁸ CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., pp. 176-188.

³⁹ CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., p. 176.

También CIFUENTES habla de que estamos ante derechos vitalicios⁴⁰. La persona es principio, desarrollo y fin; la misma nace y necesita desarrollar su personalidad, pero también sabe que un día dejará de existir, por lo que se preocupa estando viva, porque su cuerpo una vez muerto, tenga el merecido descanso, tenga el mejor trato, necesita a mi juicio tener la seguridad a lo largo de su vida, de que cuenta con la posibilidad de determinar este particular. Considero que también el derecho sobre el cadáver tiene una esencia vitalicia; mientras nos acompañe el cuerpo, nos acompañará la idea de que llegado el momento final se le debe dar el destino que mejor se estime. Además el hombre no tiene certeza del momento en el cual va a morir, necesitando de esta posibilidad de actuación, en consecuencia, durante toda su existencia.

Una tercera cualidad es la de ser derechos necesarios⁴¹. En relación con el cadáver, reitero lo mismo que expuse *supra* al tratar de su existencia *ad vitam* y me muestro inclinado a considerar que se trata de un derecho necesario, y agrego que si bien mientras éste exista, lo sigue, con su muerte sus reflejos lo acompañan, puesto que los terceros, familiares o no, tienen un deber de respeto a esa última voluntad, además de existir acciones tendentes a protegerla.

Según CIFUENTES, estas tres particularidades citadas anteriormente, son las imprescindibles para catalogar a un derecho como personalísimo, ya que no la comparten otros derechos. El resto de los caracteres, si bien se usan para diferenciar a éstos, se pueden manifestar en otras situaciones jurídicas de poder⁴², por consiguiente, ya en este punto del análisis, se puede sustentar la tesis, que el derecho que tiene la propia persona sobre su cadáver, es de naturaleza personalísima. A pesar de ello, quisiera hacer un breve análisis respecto a los otros caracteres que cita este autor y su afinidad con el derecho que estoy estudiando.

⁴⁰ CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., p. 179.

⁴¹ CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., p. 180.

⁴² Con una mirada diferente LASARTE, C.: “Parte General”, cit., p. 172, critica algunos caracteres de los derechos personalísimos, entre los que se encuentran los seleccionados por CIFUENTES como imprescindibles para hablar de un derecho inherente a la personalidad. Al respecto afirma que: “En tal sentido entienden algunos autores que los derechos de la personalidad han de caracterizarse también como derechos necesarios, calificación, sin embargo, que debe ser rechazada por imprecisa y redundante, una vez resaltada la inherencia a la persona de tales derechos. Por el contrario, en la línea desarrollada, es acertada la caracterización del maestro J. BELTRÁN DE HEREDIA, al hablar de esencialidad de los derechos de la personalidad”. Y agrega: “La inherencia o esencialidad de los derechos de la personalidad integra dentro de ella la vieja calificación de derechos innatos”. Y termina diciendo: “Con todo, la categoría de los derechos personalísimos es más amplia que la de los derechos de la personalidad. Así pues, todos los derechos de la personalidad son personalísimos, pero no todos éstos son derechos de la personalidad”.

Con respecto a la esencialidad⁴³, el derecho sobre el cadáver también goza de esta naturaleza pues nace con el individuo, y sin distinción de algún tipo, para todos por igual, no deriva de nada ni de nadie pues es intransmisible, connatural a la persona.

Por otra parte al hablar de la naturaleza interior del objeto ⁴⁴, debo decir que el hecho de que el bien asome cuando el sujeto ya no está (el cadáver), no es óbice para considerarlo como no interior, es interior al punto que se trata de algo tan inmanente como el propio sujeto en su manifestación corporal, pues de lo que se dispone es de sí mismo, pero en otro estado, y así se ve en la conciencia de las personas-quiero que me entierren, quiero que me cremen, quiero que aprendan conmigo- además el cuerpo constituye la manifestación de las manifestaciones, porque es a través de él que se manifiesta todo el ser como ya expresé.

Cuando pensamos en la inherencia⁴⁵ como cualidad, el derecho sobre el cadáver también la ostenta, pues es impensable su transmisión, puesto que el bien no se trasmite, el tercero, cuanto más puede ejecutar la voluntad del difunto, o disponer ante la ausencia de ésta, pero nunca como derecho personalísimo, como consecuencia de que se le hubiera derivado esta facultad. Cualquier disposición al respecto no tiene cabida en el ordenamiento jurídico; como es inconcebible que se transmita la patria potestad, ya que ésta es otorgada en virtud de una relación especial entre el titular y el protegido por ella.

En cuanto a su naturaleza extrapatrimonial, debo apuntar que se trata de un bien no valuable económicamente. Este derecho recae sobre el cadáver, que es

⁴³ CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., p. 180.

⁴⁴En este punto es atinado traer a colación la definición ofrecida por CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., pp. 181-182, al expresar que “...con lo dicho se va de la mano hacia la inherencia, es decir, que son inseparables de la persona. Las manifestaciones que comprenden están unidas de tal modo con el sujeto que no es posible apartarlas de él. Porque, en cierto sentido, son sus formas y elementos constituyentes, presuponen el ser. Por otra parte, debe destacarse algo muy especial: la interioridad del objeto. Dado que son manifestaciones de la persona captables idealmente, aunque inseparables por estar unidas con ella, lo que en otras palabras puede decirse: facetas o aspectos que jurídicamente la ponen al descubierto, la dan a conocer, o modos peculiares de su ser, no están separados ni son orgánicamente exteriores a la propia persona. Hay un todo o unidad con distintos semblantes que lo muestran. Estos semblantes pertenecen a aquél; luego, le son inherentes y al tiempo interiores, puesto que se dan en él, están comprendidos en él. No pueden tener por objeto una parte del mundo circundante”

⁴⁵ CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., p.183.

un bien, que pese a tener una esencia material, por lo físico, lo rodea una espiritualidad y un respeto muy grande en cuanto a su valoración, por los sentimientos que lo circundan, que lo sustraen del patrimonio, pues este último, es una categoría lógica, que agrupa bienes valubles sólo económicamente.

La no transferibilidad deriva de la estricta e íntima relación con el titular, porque son bienes que únicamente tienen sentido para los propósitos y necesidades suyas”⁴⁶. El cadáver sólo tiene sentido en un primer momento para el detentador del cuerpo, para la persona, derecho del que no puede disponer, pues se le aplica idéntico expediente que el analizado arriba, en relación con la inherencia.

En cuanto a la no renunciabilidad⁴⁷, cabe argüir que, si no se puede disponer, tampoco se podrá enajenar; puesto que nadie lo ganaría en su favor, nacería en todo caso otro tipo de derecho o potestad, de naturaleza diversa, sólo pudiera renunciar a disponer sobre su cadáver, más esto sólo traería consecuencias indirectas, nunca la transmisión efectiva éste. La posibilidad de actuación que nace en los parientes o en el Estado en ausencia de estos, responde en última instancia al deber moral, sanitario o social, de darle un destino final a los cadáveres, más no a su transmisión por el finado, amén de otros fines que pudieran estar presentes. El derecho sobre el cadáver es *a fortiori*, intransmisible.

La naturaleza inembargable e inejecutable también se le aplica *mutandis mutandi* al derecho sobre el cadáver, el cual carece de toda medida económica. Además, está fuera del comercio, porque la naturaleza del bien, así como la conciencia social, desecha cualquier acto oneroso sobre el cuerpo, y trae consigo su imprescriptibilidad y su insubrogabilidad; por lo que no resulta posible el reemplazo de un titular por otro.

Por último quiero traer a colación el carácter absoluto de los derechos personalísimos, al ser oponibles *erga omnes*. Característica que también le corresponde al que recae sobre el cadáver, dando lugar a que todo el entramado social se vea en el deber de respetar la voluntad del causante; la sociedad en general es titular de esta situación pasiva universal, el cual los familiares, personas designadas por el finado o autoridades están facultados para exigirlo.

Después de este análisis pormenorizado considero que puede vislumbrarse con más claridad la naturaleza personalísima de este derecho y el acierto de la postura que he venido sustentando en estas líneas.

⁴⁶ CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., p.186.

⁴⁷ CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., p.186.

II. ¿RECONOCE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?

Me gustaría discurrir ahora primeramente en derredor de sí a la luz de la legislación cubana se reconoce este derecho y posteriormente, en caso de ser afirmativa la respuesta, cavilar sobre naturaleza jurídica que se le otorga.

Si se parte del examen de nuestra máxima ley civil, *prima facie*, se puede arribar a la conclusión de que no lo acoge, pues solamente hace referencia en el artículo 38 a la protección de los derechos personalísimos, sin enumerar éstos en el resto de su texto⁴⁸, remitiendo a los que están consagrados en la Constitución, pero cuando se dirige la mirada a ésta última, tampoco se observa el citado derecho.

A pesar de ello, si se revisan las normas administrativas, en materia de salud pública y sanidad, aflora el atisbo de lo que pudiera ser un derecho subjetivo sobre el cadáver. Y entonces se pudiera formular la siguiente interrogante: ¿es posible extraer un derecho subjetivo de las citadas disposiciones jurídicas sobre la base del empleo de las definiciones brindadas por la doctrina en torno a esta categoría?

Para dar respuesta a esta cuestión, estimo menester dejar sentadas las bases que van a servir de punto de partida para interpretar nuestra legislación, sobre la base de determinar que voy a entender por derecho subjetivo⁴⁹. El tema de

⁴⁸ Dispone el artículo 38 del Código Civil que: “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”.

⁴⁹ Aunque no todos los autores comparten que sea idóneo analizar los derechos inherentes a la personalidad con el prisma del derecho subjetivo tradicional. Al respecto LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Elementos”, cit., p. 58, afirma que: “Por lo demás, la mayor parte de la doctrina moderna adopta a este respecto posiciones menos rigurosas, señalando que se ha hecho en este tema excesivo conceptualismo cuando ya es muy relativa la propia idea de derecho subjetivo, y cuando ha de reconocerse que los derechos que aquí estudiamos difícilmente pueden ser encasillados en un molde rígido del derecho subjetivo patrimonial (bien claro está que el derecho a la propia imagen o al honor es harto distinto de los derechos de propiedad o crédito clásicos). Por ello, optan por prescindir del esquema del derecho subjetivo como mecanismo de justificación y protección de los derechos de la personalidad...”. Al respecto, considero que el problema no está en emplear la categoría derecho subjetivo en cuanto tal, sino en emplear el molde del derecho de propiedad o de crédito, que están muy enraizadas en la mente de los juristas y les cuesta salir de dichos moldes, pero defiende que la categoría de derecho subjetivo puede gozar de suficiente

la conceptualización de esta figura ha sido harto polémico, partiendo de las concepciones radicales de SAVIGNY y de IHERING, a la aceptación de posiciones intermedias, que pretenden mediante la búsqueda de un equilibrio entre la voluntad y el interés, dar una solución más práctica y omnicomprendensiva de la realidad a la cual esta categoría va dirigida⁵⁰.

Por mi parte, me inclino por una teoría ecléctica, si de esta forma se logra el fin que es proteger al ser humano y permitir el desarrollo de su personalidad, no hay ningún desmérito en ello. Por consiguiente, entiendo el derecho subjetivo como una posibilidad de actuación, que el ordenamiento jurídico concede al individuo, compuesta por una o más facultades que se agrupan en torno a su objeto, y que permiten satisfacer intereses humanos abstractamente

abstracción como para servir de guía e incluir situaciones de poder diferentes a las comentadas.

⁵⁰Sobre el derecho subjetivo dice FERNÁNDEZ CAMUS, E.: *Filosofía Jurídica. Orientaciones Fundamentales*, Cultural S.A., La Habana, 1948, pp. 275-276, comentando a DEL VECCHIO: “de acuerdo con la postura filosófica que asume frente al concepto del Derecho, estudia los elementos que integran el derecho subjetivo. En el derecho subjetivo, expresa, deben existir dos elementos: uno es la posibilidad de hacer o de querer conforme al imperativo y dentro de sus límites, que puede llamarse elemento interno; y, el otro, está constituido por la imposibilidad de todo impedimento ajeno y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual dependa la primera delimitación. Y termina diciendo que el derecho subjetivo es la facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación por parte de otros”. Asume así, a mi juicio una concepción voluntarista. Similar postura sostiene ORGAZ, A.: *Derecho Civil Argentino. Personas Individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, pp. 123 y 124, al afirmar que: “...nosotros no admitimos que la mera tutela de un interés o de un bien jurídico (vida, libertad, honor, etc.) baste para configurar la existencia de un derecho subjetivo. La opinión contraria parte de la conocida definición de IHERING de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, definición incorrecta desde que confunde el derecho con el objeto o fin a que él tiende. Para nosotros el derecho subjetivo es una facultad en cuya virtud el titular de ella puede hacer o querer algo en correspondencia con el Derecho objetivo y exigir de otro sujeto o de los demás el cumplimiento del deber correlativo a aquella facultad: se halla caracterizado por tanto, por la pretensión que existe a favor del titular contra otro sujeto o contra los demás sujetos. Los dos elementos del derecho subjetivo son, en consecuencia, una facultad atribuida por la ley a un sujeto y en conexión con ella un deber a cargo de otro u otros, obligados a una cierta conducta a favor del titular de la facultad”. En otro tono CASTAN TOBEÑAS, J.: “Derecho Civil”, cit., p. 32, argumenta que: “El derecho subjetivo es la facultad o conjunto de facultades, con significado unitario e independiente, que se otorga por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines o intereses, y autoriza al titular para obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente”. Más recientemente ALBALADEJO, M.: “Derecho Civil”, cit., p. 299, ya distanciándose del voluntarismo expresa que: “Por derecho subjetivo entiendo un poder respecto a determinado bien(en sentido amplio, por tanto, bien moral o material, cosa, utilidad, comportamiento, etc.), concedido inicialmente por el Ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección”.

considerados, admitiendo a su titular o a su representante ejercitarlo según su libre voluntad, así como exigir el respeto de su cumplimiento a los terceros, mediante acciones tendentes a ese fin o en sentido más general, contando con garantías que permitan su ejercicio eficaz.

Una vez apuntado esto, me dedico a examinar su posible manifestación en nuestro ordenamiento jurídico. La norma rectora de esta materia en Cuba es la Resolución No. 9 de 3 de febrero 1992 del Ministerio de Salud Pública, en la cual está contenido el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos. De la lectura de su articulado, aunque no todo lo claro y expreso que se precisa, parece vislumbrarse una posibilidad de actuar, representativa de un posible derecho sobre el cadáver. En su artículo 39 se prescribe:

“que podrán solicitar la cremación de un cadáver: a) Todo cubano en vida“;

y en los demás incisos hace alusión a terceras personas. Más adelante recoge en el 59 que:

“la inhumación de cadáveres sólo podrá efectuarse en cementerios legalmente autorizados y en cumplimiento de las disposiciones higiénicas sanitarias dictadas a tales efectos”.

Por lo que de una interpretación *sensu contrario* de este artículo, se derivaría la existencia de un derecho a inhumar. Así como un derecho a ser cremado, del anterior⁵¹.

En este mismo sentido se pronuncia la Ley No. 51 de 1985 del Registro del Estado Civil y su Reglamento, la Resolución No. 157 del mismo año, mostrándose favorables a su reconocimiento. La Ley dispone en el artículo 76 que:

“inscripta la defunción de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el registrador del Estado Civil expedirá la licencia

⁵¹Asimismo la norma precedente, el Decreto Ley 54/1982, que regulaba la cremación, aunque de forma menos expresa, reconocía esta posibilidad en el artículo 59: “la cremación de un cadáver se autoriza, siempre que cuente con el consentimiento de la persona que falleció o de sus familiares, mediante autorización que podrá expedirse cuando existan hornos crematorios autorizados por la autoridad sanitaria competente para la incineración de cadáveres y restos humanos. La autorización será expedida a los administradores o responsables de los cementerios que tengan estas instalaciones”.

correspondiente, para proceder a la inhumación o cremación del cadáver”.

Esto hace pensar en la facultad de ejercicio, incluso de escogencia.

Por su parte la Norma Cubana de Cementerios de septiembre de 1986 dispone en el apartado 10.4.1. que se autoriza la cremación, previa práctica de autopsia; dispone además, todo lo relativo a hornos, autorizaciones para establecerlo y transporte de cenizas o restos incinerados al extranjero. En mi opinión estos preceptos también coadyuvan a la idea de considerar la existencia de un derecho a solicitar estos servicios⁵².

La Resolución Ministerial número 169 de 1977 que instrumenta la posibilidad de que se realice la dación del cadáver para realizar investigaciones científicas; brinda también cierto poder de actuación sobre el cadáver⁵³. Del mismo modo, en el Reglamento de la Ley de Salud Pública, Decreto 139 de 22 de febrero 1988 del Consejo de Ministros, se admite el derecho a donar órganos, sangre y tejidos humanos (a mi juicio una de las manifestaciones más evidentes del derecho de disposición sobre el cadáver reconocida por la legislación cubana)⁵⁴.

⁵² En el apartado 10.4.1. dispone: “Las inhumaciones o cremaciones sólo se efectuarán en cementerios autorizados. Los restos y cenizas de cadáveres después de incinerados resultantes de la cremación y colocados en cajas adecuadas, podrán ser depositados en lugares públicos o monumentos con el previo permiso de la autoridad sanitaria competente. Las inhumaciones sólo se realizarán mediante autorización de las oficinas del Registro civil donde conste inscrita la defunción”.

⁵³ Su texto establece: “Disección de cadáveres humanos y la utilización de los mismos en investigaciones científicas. Primero: Instituto Superior de Ciencias Médicas. Institutos de Investigación Científica adscritos al Ministerio de Salud Pública, Universidades y Centros Universitarios adscritos al Ministerio de Educación Superior. Segundo: requisitos a) que el fallecido tuviera familiares que lo autorizaren. b) que el fallecido fuera extranjero y la reclamación para la inhumación o cremación no fuera presentada por los representantes diplomáticos del país correspondiente dentro de las 72 horas de haber sido notificados del fallecimiento; c) que el fallecido hubiera otorgado expresamente autorización. Quinto: No se autoriza cuando: a) no está identificado el cadáver, b) cadáver que presente putrefacción avanzada. c) cadáveres sujetos a disposición de instructores y fiscales actuantes. d) cadáveres de fallecidos de enfermedad infectocontagiosa, salvo autorización especial de autoridad sanitaria competente”.

⁵⁴ En su artículo 80 prescribe: “la donación de órganos, sangre y tejidos será un acto libre y de expresa voluntad del donante o de quien la presente, según el caso, realizado con fines humanitarios, y se acreditará con el Carnet de Identidad del donante” y, en su artículo 81: “podrán donar sus órganos y tejidos los mayores de 18 años de edad en el pleno uso de sus facultades mentales. Los menores de 18 años de edad no incapacitados podrán donar sus órganos y tejidos con la autorización del padre o la madre, o de su representante legal en ausencia de estos”.

Al parecer, hasta aquí, asoma la faceta interna del derecho subjetivo sobre el cadáver, la de goce o ejercicio⁵⁵.

En correspondencia con lo anterior y siguiendo este estudio, pero enfocándolo ahora desde el ángulo de la facultad o elemento externo del derecho subjetivo; puede decirse que la legislación también la ampara; al reconocer la Resolución 9 de 3 de febrero de 1992, en su disposición final quinta: la posibilidad de que ante las violaciones de lo dispuesto en el Reglamento, se acuda a lo establecido en la legislación laboral, civil y penal vigentes, como medio de sancionar a aquellos que contravengan éste, y por extensión brinda protección a los sujetos titulares del derecho.

El Código Civil en su artículo 38 a pesar de que intenta proteger los derechos personalísimos, termina en una paradoja. Adpero, por la vía de la responsabilidad civil que se regula a partir del artículo 82 y que se apoya en la definición de acto ilícito, brindada por el 81, resulta posible proteger y exigir el respeto de este derecho, ya que todo atentado contra su disfrute sería constitutivo de una intromisión dañosa en la esfera jurídica ajena. La legislación penal solo tutela las exhumaciones ilegales, mientras que la laboral nada dispone.

Los otros dos elementos que integran el concepto del derecho subjetivo, y que son necesarios para completar el análisis que vamos desarrollando: los sujetos y el objeto; también están presentes en mayor o en menor medida en las

⁵⁵ Me parece muy acertada la metodología que utiliza CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil", cit., pp. 32-33, al señalar los elementos que permiten determinar cuando estamos ante un derecho subjetivo y que resulta útil a los fines que persigo. Éste nos dice que: "... la facultad o poder de que se trate tiene, a su vez, dos aspectos: 1.º La posibilidad o facultad de obrar válidamente (elemento interno del derecho subjetivo). 2.º La posibilidad o facultad de exigir de una, varias o las demás personas el comportamiento o deber correspondiente (elemento externo del derecho subjetivo). C) El ordenamiento jurídico, que, como expresión de la voluntad social o suprema, otorga y delimita esas posibilidades concedidas a la voluntad particular (elemento normativo). D) El interés, o fin de la vida, de naturaleza económica o moral, que el ordenamiento trata de proteger (elemento teleológico). E) Los diversos medios coactivos o de defensa-entre los que sobresale, como más importante, el derecho de acción, que el ordenamiento facilita, en la medida de lo posible, para garantizar la efectividad del derecho subjetivo (elemento instrumental)". Por su parte ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español. Parte General*, volumen I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 102, expresa de forma más sintética que: "...el derecho subjetivo consta de varios elementos. Como poder jurídico que es, requiere un titular investido de él, al que denominamos sujeto del derecho subjetivo. Más, como el poder en que este consiste ha de recaer sobre algo, aquello sobre lo que el sujeto ejerce su poder se llama objeto del derecho subjetivo. Por fin, el conjunto de facultades que integran el poder jurídico del sujeto sobre el objeto, constituye el contenido del derecho subjetivo".

normas objeto de estudio. El sujeto es la persona que va a ser cadáver y que en vida puede manifestar su voluntad en torno a la inhumación, cremación, etc. El objeto por su parte lo constituye el cadáver y sus partes, sobre los cuales las personas pueden disponer.

Hasta aquí, me permito afirmar que en Cuba sí reconoce un derecho subjetivo sobre el cadáver, aunque no con la mejor técnica jurídica, por lo que es necesario en la mayoría de los casos, un esfuerzo hermenéutico considerable.

Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica que se le atribuye a ese derecho, la cuestión se torna más difícil, pues no encontramos ningún precepto que permita extraerla directamente; y en consecuencia todo análisis sería fruto de una ardua y hasta polémica solución interpretativa, al punto que pudiera pecar de inadmisibles y finalmente terminar siendo una especulación doctrinal atrevida o ingenua. Mas, es la única vía de darle contestación al fenómeno y no dejar desprotegido el derecho y en consecuencia a la persona.

Comienzo por descartar la idea de que se refrende este derecho como de propiedad, pues colisiona con los fundamentos del sistema socio-político cubano, inspirado en el respeto a la dignidad humana, a los valores espirituales, defensor de la solidaridad y la justicia; además de que va en contra del sentir de los ciudadanos, educados en estos valores. Por otra parte me arriesgo a afirmar que el Ordenamiento lo acoge en su seno como un derecho inherente a la personalidad, si bien no de forma expresa. Tesis que sustentó sobre la base de la interpretación del artículo 38 del Código Civil, en relación con el texto constitucional y con las normas que regulan estos actos y que ya comenté.

Si bien existen lagunas legales, pues cuando se inquiere el texto constitucional no aparece regulado este derecho; con una segunda lectura del mismo y teniendo en cuenta los objetivos que persigue; además de tener presente el hecho de que declara, que hace suyo el postulado de Martí, de querer que la ley primera de la República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre y que, en consecuencia, su artículo 1 expresa:

“...el Estado cubano se organiza para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana”.

Está sentando las bases para que en normas de desarrollo se complemente y se refuerce la personalidad y la dignidad del ser humano. Luego, las normas reguladoras de los actos sobre el cadáver, además de cumplir el mandato constitucional de proteger la salud pública, están resguardando la culminación del desarrollo de la personalidad humana, posibilitándole al individuo, como sujeto de derechos, disponer sobre su cuerpo convertido en cadáver. Por tanto,

me atrevo a decir que en el ordenamiento jurídico cubano se protege el derecho de disposición sobre el cadáver en tanto y en cuanto derecho inherente a la personalidad⁵⁶.

1. Sujetos del derecho subjetivo de disposición sobre el cadáver

Como ya expuse en estas líneas, el hombre es la razón de existir de todo sistema jurídico, a él propende, y en consecuencia es centro de atención del derecho subjetivo también, como concreción individual del ordenamiento jurídico; más de los inherentes a la personalidad, que acentúan la característica subjetiva del mismo *ius*. Por eso, me parece adecuado comenzar a diseccionar la categoría del derecho subjetivo, por lo que considero un *primus* lógico: ¿cuál es el sujeto que lo ostenta, quiénes y en qué casos disfrutan de su titularidad?

Antes de introducirnos en el tema, juzgo necesario hacer una aclaración. Dada la naturaleza especial del bien, objeto del derecho de disposición sobre el cadáver, puede aparecer más de un titular y más de un sujeto legitimado para disponer, pero en posiciones jurídicas diversas, con diferentes tipos de derechos, uno desde adentro, otros desde afuera. Unos cuando existe manifestación de voluntad del causante en vida y otros cuando ésta falta. En vistas de hacer un análisis abarcador de todas las aristas de esta situación de poder jurídico, que den respuesta a las lagunas del sistema jurídico cubano, paso a analizar dos tipos de sujetos, uno el que va a ser cadáver y otro externo, que va a disponer de un cuerpo ajeno a él.

Luego, los titulares del derecho subjetivo de disposición sobre el cadáver podrán ser: la propia persona en vida, y en ausencia de manifestación de

⁵⁶ Quiero reafirmar mi tesis con el criterio vertido por BONILLA SÁNCHEZ, J. J.: *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010, p. 29, cuando sostiene que: “En los derechos inherentes a la personalidad pueden concurrir las cualidades propias de los derechos subjetivos, siempre que el ordenamiento positivo les otorgue un poder jurídico a su titular frente a otras personas, los ponga a su libre disposición y los proteja con una acción judicial. Por eso, hoy es indiscutible que existen determinados bienes de la personalidad, que algunos de ellos son derechos subjetivos y que comportan un deber general de respeto por parte de toda la comunidad”. Y agrega: “El contenido de poder de los derechos sobre la propia persona consiste en las posibilidades de disponer de ciertos aspectos de ella, de impedir cualquier atentado contra la misma y de obtener la reparación del daño causado por el que los ofendió. A la vez, abona la presencia de una obligación negativa a cargo de los otros particulares, es decir, que entraña siempre un deber jurídico de inhibición para otro u otros que hace factible la pretensión del titular. Algunos de estos derechos, como la vida, la libertad personal, o el honor, encierran un compromiso de abstención o respeto que nos concierne a todos, en el sentido de que no podemos quebrantarlos ilegítimamente. El Estado tiene por misión, simplemente, garantizar el cumplimiento de dicha servidumbre por vías coactivas”.

voluntad por parte de ésta, los terceros contemplados en el supuesto de la norma; que pueden ser el cónyuge supérstite, familiares, autoridades, personas jurídicas (instituciones de salud), aquellos designados por el causante, entre otros. De entre estos sujetos, sólo la persona que será cadáver, tiene un derecho inherente a la personalidad.

Ab initio, se debe tener presente que según el tenor literal de los artículos 24, 28 y 29 del Código Civil cubano, las personas se dividen en naturales y jurídicas, las primeras se refieren al hombre jurídicamente concebido, pues la personalidad comienza con el nacimiento, adquiriendo a partir de este instante capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, y fenece con la muerte; mientras que las segundas son entidades que poseyendo patrimonio propio, gozan a su vez de esta aptitud legal para contraer derechos y obligaciones.

Así las cosas, entiendo por sujeto del derecho subjetivo de disposición sobre el cadáver a la persona, sea natural o jurídica, que se encuentra en esta especial situación de poder que el Derecho le ha concedido, gozando no sólo de capacidad de disfrute, sino también de hecho.

Prima facie, por sus características biológicas, los únicos que pueden ser sujetos de este derecho, son las personas individuales, ya que sería impropio o paradójico que una persona jurídica dispusiera de su cadáver, pues su esencia no se lo permitiría; lo que no obsta que pueda disponer sobre un cadáver de una tercera persona, por supuesto, no se puede ver como un derecho inherente a la personalidad, al igual que sucede con otras personas individuales al disponer de uno ajeno.

1.1. Capacidad

Estrechamente unido a los sujetos está el hecho de la capacidad, pues si bien todos somos dignos de adquirir la personalidad jurídica, invariable e inalterable desde el nacimiento, cualidad que nos permite disfrutar de este derecho desde que nuestras madres nos traen a la vida; pero existe una traba natural, que se transforma en jurídica, impidiéndonos ejercitar éste o cualquier otro en las primeras edades. Me refiero a la capacidad natural de querer y comprender nuestras acciones, la cual se traduce al lenguaje de la ley mediante los espacios de edad que la norma establece; así como por situaciones de discapacidad. En consecuencia, la persona no puede actuar siempre por sí misma, colocándose en su lugar otros que como resultado de una relación especial con ésta, adquieran el derecho a disponer sobre ese cadáver, dígase el padre con respecto a su hijo o la viuda respecto al que fuere su esposo, entre otros supuestos.

Al amparo del Código Civil cubano sólo pudieran ejercitar este derecho, aquéllos que hayan adquirido la mayoría de edad (18 años cumplidos) o aquellos menores que por haber contraído matrimonio adquieran la plena capacidad jurídica. Así como los que tuvieran algún impedimento físico, pero que no les impidiera expresar su voluntad de modo inequívoco.

Luego, carecerían de la posibilidad de ejercitar este derecho, por ellos mismos, las personas que se encuentran en los supuestos contemplados en el artículo 30 incisos a), b), c), es decir los que tienen su capacidad restringida, y que sólo están autorizados para realizar los actos jurídicos que satisfacen sus necesidades normales de la vida diaria. El realizar un acto tendente a disponer sobre su cadáver, no sería una necesidad de la vida diaria, pues no es algo que haga un ser humano todos los días. En correspondencia con esto, el menor que cumple los 10 años no puede ejercitar este derecho⁵⁷, tampoco los que padecen de enfermedad mental que no los priva totalmente de discernimiento así como aquellos que padecen de un impedimento físico, que les impide manifestar su voluntad de un modo inequívoco.

En relación con las personas a que hace referencia el artículo 31, incisos a) y b), no podrían ejercitar este derecho bajo ningún concepto, pues tienen limitada su capacidad de modo absoluto; los menores de diez años desde la

⁵⁷ A pesar de lo dispuesto en el Código Civil, discrepo de este criterio, porque considero que si comparamos este acto jurídico con el matrimonio, o con el de votar en las elecciones, así como hacer imputable penalmente a un menor; no difieren mucho en cuanto a su significación, en cuanto a la capacidad necesaria para comprender el alcance y las consecuencias del mismo. ¿no requiere acaso gran capacidad de análisis, meditación y responsabilidad, el hecho de decidirse a unirse a una persona, en una comunidad espiritual y económica, con enormes consecuencias jurídicas, y con posibilidad de formar una familia? ¿No es importante analizar las características de un futuro representante político, para no vernos ante una enajenación de la soberanía, o ante la necesidad de revocar el mandato a causa de su negligencia? ¿No es acaso más grave la atribución de responsabilidad penal, pues supone a un individuo con una conducta desviada, que es capaz de transgredir la norma penal, y asumir sus consecuencias? ¿No estaría al mismo nivel que estas situaciones anteriores la posibilidad de que un menor, que padeciera una enfermedad terminal pudiera disponer el reposo final de sus restos; acaso, el decir yo quiero descansar junto a mi abuela, implica un nivel más elevado de la capacidad de saber y querer, que en los casos anteriores? Y pongo este ejemplo porque ninguna persona a esta edad piensa en que se pueda morir, no obstante, estimo atinado la posibilidad de permitirles ejercitar este derecho. A mi entender el límite de 18 años es muy extremo; se pudiera seguir en este sentido un criterio semejante al que adopta el Reglamento de la Ley de Salud Pública para la donación de órganos y tejidos, permitiendo, que aquellos que hayan arribado a los 16 años ejerciten este derecho, mientras medie la autorización de los padres. Contrario *sensu* a mi valoración, se puede apreciar la postura que cita ESPINOZA ESPINOZA, J.: “Derechos de”, cit., p. 204, al comentar la legislación norteamericana, donde expresa que el primer dispositivo legal que se dio en los Estados Unidos fue el del Estado de Massachussets, por el cual toda persona mayor de 21 años puede firmar ante 3 testigos una declaración, por medio de la cual hace donación de su cadáver y sus órganos. Límite en mi opinión excesivamente restrictivo.

óptica médica y psicológica, no están en condiciones de asimilar en toda su plenitud la noción de muerte y menos el destino final de su cuerpo en la tierra; y por otra parte los enfermos mentales, que hayan sido declarados incapaces, tampoco lo podrían ejercitar. No obstante, aquellos que los tengan a su cuidado y sean responsables de determinar sobre sus cadáveres, podrían escuchar si tienen algo que decir al respecto y si esto no contradice la ley, la moral y las buenas costumbres, pueden tenerlo en cuenta, pero como acto suyo, no de la persona que carece de capacidad. La vida cotidiana, permeada por los afectos y la subjetividad humana es más rica y enrevesada que el mundo del Derecho, por eso es necesario trazar una línea que delimite uno de otro, no pudiendo intervenir el legislador más de lo necesario.

En otro orden de ideas, las personas jurídicas también pueden colocarse como sujetos de este derecho; y necesitan por ende de cierta capacidad para realizar el acto. Se presupone que todas aquellas que gocen de esta facultad lo harán con carácter excepcional, necesitando no sólo la capacidad jurídica general que le reconoce el Código Civil, sino también una especial; precisada en la autorización expresa que le otorga la ley ante determinados supuestos. Como regla general en la mayor parte de los países se faculta a las instituciones sanitarias o asistenciales de la salud, así como a los institutos de medicina legal, para ejercitar este derecho, y no resulta Cuba la excepción.

Seguidamente pasaré a analizar diferentes supuestos de legitimación, lo que responde a la naturaleza especial del derecho sobre el cadáver y al carácter excepcional con que es detentado por terceros.

1.2. Sujetos legitimados

Bajo el nombre de legitimados ubico a aquellos sujetos que pueden disponer de un cadáver, que pudieran ser o no titulares del derecho. El primer caso a estudiar es el de la propia persona, como es lógico. Tal como expresé anteriormente, ésta tiene un derecho inherente a la personalidad sobre su cadáver, derecho intransmisible, y reconocido en todo momento, pues recae sobre un bien, que aunque futuro, pertenece a él, es connatural al desarrollo de su vida. Luego, es el primer facultado para ejercitarlo⁵⁸; sólo debe cumplir los requisitos de capacidad apuntados anteriormente; por ende, una vez expresada

⁵⁸ La mayoría de las legislaciones reconocen el derecho de la propia persona a disponer sobre su cadáver. Por ejemplo: el Código Civil italiano, el peruano, el brasileño, el del Estado de Quebec, el del Estado de Puebla (México). En Cuba, a pesar de no seguir el modelo de otros ordenamientos foráneos, que de modo general reconocen el derecho en sus normativas civiles; y posteriormente lo desarrollan en la legislación especial, si se regula la posibilidad de que la persona pueda disponer sobre su propio cadáver, como quedó demostrado supra, *verbi gratia*: el artículo 39a) de la Resolución 9 de 3 de febrero de 1992 que establece que podrán solicitar la cremación de un cadáver: “a) Todo cubano en vida”.

su voluntad, quedan excluidos los demás individuos que en determinados supuestos de ausencia de ésta, podrían disponer sobre su cadáver.

Dada la naturaleza personalísima del derecho de la persona sobre su propio cadáver, cualquier transmisión de éste sería nula. Más sólo cabría la posibilidad de que a un tercero se le encomendara la ejecución de la última voluntad del causante o su protección. Sin embargo, si a primera vista se puede apreciar de esta forma, no debemos obviar el supuesto en el que el causante en vida designa a una persona como encargada de pronunciarse al respecto y no especifica un fin específico, siendo solamente su intención sustraer a los parientes o a otros terceros de tal posibilidad. Cabría preguntarse si tal actuación sería lícita y si estaríamos ante una transmisión del derecho inherente a la personalidad.

Me parece lo más sensato decir que sería válido tal pronunciamiento ante la ausencia de un precepto legal que lo prohiba, pues estaríamos ante un supuesto en el que es la misma persona y no la norma quien legitima a un tercero para realizar ese cometido y que para el causante representa alguien de su entera confianza⁵⁹. Al tener el derecho civil un carácter esencialmente dispositivo y al estar consagrado el principio de autonomía de la voluntad, resultaría válido tal mandato, toda vez que sería de mayor intensidad o valor tener en cuenta la última voluntad de la persona, que el sistema, que con carácter supletorio estableciera el código civil del país que sea, al igual que sucede en sede sucesoria, donde se protege los deseos del finado por encima de los órdenes sucesorios, salvo excepciones puntuales como la protección a los herederos forzosos.

Otra cosa, es pretender que estamos ante una transmisión del derecho inherente a la personalidad, tal posibilidad sería ilusoria⁶⁰, pero si sería viable

⁵⁹ Muy acertadamente DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 443, explica dos grandes supuestos que dan lugar a la adquisición de derechos por terceros, al respecto explica: “De esta forma podemos distinguir: a) una adquisición legal o *ex lege* de los derechos, en todos los supuestos en que un derecho se adquiere como consecuencia de un hecho o de un acto humano no realizado con ese fin; y b) una adquisición negocial, cuando el derecho es adquirido como consecuencia de un negocio jurídico celebrado con tal objetivo”. Esta última sería la que guarda relación con el supuesto que comento.

⁶⁰ Resulta en extremo interesante la opinión de CARRASCO PERERA, A.: *Derecho Civil. Introducción. Fuentes. Derecho de la Persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 93, que al razonar sobre la transmisibilidad de los derechos dice: “La cuestión sobre la disponibilidad de los bienes de la personalidad no se puede teorizar con carácter general ni hacerla depender de la construcción jurídica de estos bienes. En general, esta cuestión se resuelve con la aplicación de la cláusula de orden público. Es transferible toda posición

que habláramos de que nace en este sujeto designado un nuevo derecho a tal fin, no de naturaleza familiar, no de naturaleza inherente a la personalidad, quizás una potestad, que le permite obrar en función de un interés ajeno y no propio, resguardando la memoria pretérita y su última voluntad⁶¹. Por lo que no puede actuar el nuevo titular con entera libertad, sino mirando aquello que hubiera querido el finado acorde con sus creencias, tradiciones familiares y su cosmovisión particular del mundo.

Al referirme a los terceros designados por el causante, cuando existe una manifestación de voluntad positiva en cuanto a los posibles destinos, nos colocamos en el terreno de lo que la doctrina denomina disposición indirecta sobre el cadáver. Se trata de un mero ejecutor de la voluntad del causante⁶².

jurídica, salvo que la transmisibilidad sea contraria a la moral o a los valores fundamentales de la valoración jurídica social. También ha de considerarse que es intransferible una posición jurídica que no tiene más valor que en las manos de su titular originario, o aquella cuya cesión a terceros comportara un rebajamiento de su titular originario a una condición subjetiva indigna, reprobada por el artículo 10 CE”. Es un argumento que puede servir a estos fines, pero en el caso en cuestión me parece más atinado defender una metamorfosis del derecho, que quizás implica una transmisión, pero no de forma idéntica al derecho del cuál trae causa. Por ello me afilio más al criterio sostenido por DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A. :*Sistema de Derecho Civil I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 385-386, cuando sostienen que: “La regla general en el Derecho moderno es la transmisibilidad de los derechos de naturaleza patrimonial. Los derechos de la personalidad y los derechos de familia son, por lo general, intransmisibles. La regla de la transmisibilidad de los derechos patrimoniales se encuentra consagrada en el artículo 609 C.c., según el cual la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y en el artículo 1.112 C.c., con arreglo al cual todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiera pactado lo contrario”.

⁶¹ BODAS DAGA, M. E.: *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 170, al debatir sobre la defensa post mortem de los derechos de la personalidad, que es otra arista, pero que me parece guarda estrecha relación y pueden existir puntos de contacto, se decanta hacia otra fundamentación al referirse a la naturaleza de la legitimación del tercero no familiar. Al respecto esgrime: “(...) dicha figura no tiene fácil encuadre en las preexistentes en nuestro Derecho y estoy de acuerdo con los autores que consideran que la misma podía calificarse como un fiduciario especial, habida cuenta que no deja de ser un encargo de confianza de la persona titular de los derechos que la LO 1/82 protege para salvaguarda de su memoria”. No comparto esta tesis, a pesar de que reconozco que estamos ante un supuesto que se basa en la confianza y en el obrar en interés ajeno, pero la figura del fiduciario está reservada para la administración de bienes de naturaleza económica, no siendo el caso del cadáver, resultando más pertinente hablar de tercero legitimado que ejerce una potestad como resultado de una manifestación de última voluntad del causante.

⁶² Ya en el Derecho romano se hablaba de personas que tenían este cometido, según constata se constata en RODRÍGUEZ DE FONSECA, B., DE ORTEGA, J. M.: *Cuerpo de Derecho Civil*, tomo II (traducido por A. DE BACARDÍ), Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramírez y Compañía, Barcelona, 1874, p. 307, en el *Corpus Iuris Civile* de JUSTINIANO, en el Código, Ley XIV, Ulpiano. Lib. 25, en el Edicto, se disponía que: “el emperador Marco contestó por

En consecuencia, nunca tendría un derecho propio sobre el cadáver⁶³, más si un deber que no una obligación, de cumplir esa voluntad, una vez que comience a actuar en ese sentido. Pero, la cuestión no resulta tan sencilla, pues en torno al cadáver pueden existir diferentes pronunciamientos y quedar aspectos sobre los que no se haya pronunciado el causante, y estaría por determinar si le correspondería a los familiares o al sujeto designado a tal fin, siendo lo más lógico que fuera responsabilidad de éste último, pues en él, quiso depositar su confianza y por tanto estaríamos hablando de un supuesto en que el legitimado ostenta una potestad en orden a determinar lo no previsto por el causante, defender su memoria, ejecutar sus deseos y escoger un camino alternativo en caso de no ser posible el previsto.

medio de un rescripto, que obra mal el heredero que impide que haga el entierro aquella persona que el testador hubiere elegido al efecto; pero que no obstante no había pena establecida contra él”. Por su parte BORREL MACIÁ, A.: “La persona”, cit., p. 122, apunta que: “El testador, como decíamos, puede disponer, a los efectos indicados, de su propio cadáver, de una manera directa, pero también puede encargarlo a otras personas tales como a los albaceas. Ello constituye un mandato post mortem, que el Derecho romano y a las disposiciones legales modernas han reconocido lícito y eficaz. La voluntad del testador se proyecta para más allá de su muerte. Concede unas facultades al mandatario de que éste se servirá en un momento en que ya no le podrán ser revocadas, y si bien es un deber respetar las directrices que quizá el causante le haya señalado, no obstante, y por lo general, quedará en suficiente libertad para disponer del cuerpo del testador. Si bien quedará en suficiente libertad, el derecho que le otorga el testador lo limita en su actuar, pues se trata de un derecho en orden a ejecutar su voluntad y a protegerla”. Considero atinado en parte su razonamiento, no así en cuanto a catalogarlo como un mandato.

⁶³Al respecto BORREL MACIÁ, A.: “La persona”, cit., pp. 201-202, señala en este sentido el artículo 902 del Código Civil español que dispone: “los albaceas tienen las facultades y atribuciones que por el testador les fueron concedidas; y a falta de tal determinación, les atribuye entre otras la de disponer los sufragios y el funeral de aquél con arreglo a lo por él mismo dispuesto en testamento; y en su defecto, según la costumbre del pueblo. De no existir éstos, y ser los herederos los continuadores de su personalidad como tales deberán ejercer las funciones y atributos que a ser posible a su causante hubiera correspondido”. Por otra parte agrega que el artículo 966 de la ley de enjuiciamiento civil vigente a la sazón prescribe que: “si, en efecto, resultare haber fallecido sin testar y sin parientes de los expresados, el juez procederá a nombrar un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro, exequias y todo lo demás que sea propio de este cargo”. A continuación expresa muy acertadamente este autor que: “a pesar de lo expuesto, parece que si éstos pueden hacer tal manifestación de voluntad es tan sólo como traslado de la voluntad del difunto, ya que difícilmente podría atribuírseles la facultad de disponer, como acto de voluntad propia, el lugar de reposo”. Si bien comparto el criterio anterior, no estoy de acuerdo con que el albacea dativo sea verdadero albacea, pues en mi entender, esta categoría sólo corresponde a aquel que ha nombrado el difunto. Y en consecuencia se trata simplemente de un tercero al que la ley le reconoce el derecho función, ante la ausencia de voluntad del causante y de los familiares. En el caso del artículo 902 el legislador lo incluye entre las funciones del albacea, pero me parece se extralimita cuando obvia a los familiares y sitúa al albacea por encima de ellos cuando no hay manifestación de voluntad del finado al respecto.

La legislación cubana no le reconoce esta posibilidad de actuación expresamente a los terceros o al albacea, pero tampoco lo prohíbe. La persona puede otorgar testamento y disponer en éste el destino final a dar a su cadáver, nombrando a un albacea para que lo ejecute; pero nunca dejándolo a la libre voluntad de éste, porque entonces actuaría como un tercero legitimado y no en cuanto albacea. Luego, a pesar de que la Resolución número 9 de 3 de febrero de 1992 no se refiere a éstos sujetos, se pudiera interpretar el inciso a) del artículo 39 de la siguiente manera: si todo cubano puede expresar su voluntad en un documento escrito, firmado por él y ante dos testigos; nada impide que éste sea el testamento, y que el albacea sea el que lo presente y gestione el asunto, u otro individuo designado en escritura pública distinta a la que contenga el testamento o que esté contenido en el mismo testamento, pero no en cuanto albacea.

El albacea no tiene un derecho función sobre el cadáver o una potestad, sino más bien un deber jurídico de ejecutar el encargo. Él en virtud del nombramiento dado por el causante, tiene derecho a desempeñar el cargo y todo lo que se derive de él, situación que puede defender ante los herederos y ante el Estado. Pero, analizando la figura con respecto a los encargos, tiene el deber de cumplirlos. Lo que no obsta, que de esto se derive el reconocimiento que hace el Estado, como sujeto legitimado, para comunicar la manifestación de voluntad del causante y defenderla. El albacea al aceptar su cargo no tiene sólo un compromiso moral, sino también jurídico, y sólo puede renunciar a éste ante circunstancias excepcionales.

Por otra parte, en relación con los amigos que no son albaceas; estimo que la legislación no tiene por qué reconocerles como sujetos legitimados para disponer sobre el cadáver ajeno, ante la ausencia de voluntad por parte de los familiares y del difunto⁶⁴. No obstante, sí puede crearse una vía que permita a terceros (como los amigos) demostrar, a través de algún medio de prueba, que hubo manifestación de voluntad contraria a lo expresado por los familiares⁶⁵.

⁶⁴ Tampoco considero atinada la posición adoptada por el Reglamento sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, al facultar a los vecinos para solicitar la cremación del cadáver en ausencia de los familiares. ¿Por qué estos van a tener mayor preferencia que los amigos, a los cuales la legislación no acoge? ¿Se trataría de cualquier vecino o del Presidente del Comité de Defensa de la Revolución? El simple fundamento de la proximidad vecinal o las responsabilidades que en el orden de las tareas de vigilancia desempeñan algunos ciudadanos en el barrio o manzana, no me parece suficiente para acoger esta figura, y menos en sede de cremación; puesto que ni siquiera es el acto más común de disposición sobre el cadáver en Cuba.

⁶⁵ Similar criterio acoge la ley uniforme de donaciones anatómicas de los Estados Unidos, según señala ROMERO CASABONA, C. M.: "Los trasplantes", cit., p. 142, ésta en una de sus secciones, en el inciso c) se expresa: "si el donatario tiene información efectiva de indicaciones contrarias por parte del difunto, o de que la donación efectuada por un miembro de determinada categoría es rechazada por otro de igual categoría, el receptor no aceptará la

En el caso de los amigos, no veo otra posibilidad de disponer sobre un cadáver ajeno, que habiendo sido designados por el fallecido o revestidos con el traje de albaceas, cuando en el testamento haya habido pronunciamiento al respecto. Digo esto porque el derecho de disposición sobre el cadáver propio, que ostenta la persona es intransmisible; amén de que el ordenamiento jurídico no reconoce la amistad, al punto de equipararlo a los parientes. Todo esto trae consigo que el amigo no pueda disponer, ni cumplir el encargo por falta de legitimación. Lo que obliga al causante a investirlo de determinada cualidad, pero sólo a los efectos de que ejecute y proteja su voluntad.

En otro orden, a falta de disposiciones especiales de última voluntad del fallecido, ante la incapacidad de éste o ante situaciones excepcionales, la jurisprudencia, las diferentes legislaciones, así como la doctrina o la costumbre han reconocido el derecho del cónyuge supérstite y de los más próximos parientes, y, en su defecto, a determinadas instituciones, para establecer el respectivo destino a procurar al cadáver, siempre dentro de las coordenadas establecidas por la ley, la moral y las buenas costumbres.

En estos supuestos, será un tercero quien determine su destino final, y podrá ser alguno de los siguientes:

1º) El cónyuge supérstite y, o los parientes, tanto afines como consanguíneos, comprendidos en el supuesto de hecho de la norma.

2º) Personas jurídicas e individuales, que por razón de su cargo o por las funciones que desempeñen, están legitimados para, en ausencia de los primeros o en situaciones excepcionales, disponer sobre un cadáver.

La situación de poder que ostentan estas personas constituye un derecho subjetivo, que no clasifica dentro de los derechos personalísimos⁶⁶, pues aquí

donación". Aquí me parece que hacen uso de una solución salomónica, más allá de debatirse en el elemento probatorio, típico del pragmatismo que impera en los Estados Unidos de América.

⁶⁶ En este sentido CIFUENTES, S.: "Derechos personalísimos", cit., p. 414, expresa con todo rigor que: "...el derecho sobre los cadáveres ajenos ya casi nada tiene que ver con los derechos personalísimos, porque el cuerpo se ha convertido en un objeto y sólo se trata de establecer su destino, utilización y reposo final. El Proyecto de 1936 lo resolvió determinando las personas a quienes se les concede facultades, en el art. 1979: -no habiendo disposiciones del causante, relativas a su cadáver, las adoptará el cónyuge supérstite si lo hubiere, y, en su defecto, los descendientes y ascendientes por el orden en que son llamados a la sucesión. Podrá modificarse este principio si concurriesen motivos especiales, que apreciará el juez-".

lo que está en juego es el destino final de un cadáver ajeno, y se otorga por el ordenamiento jurídico a personas naturales que han tenido algún vínculo de sangre o amistad con el fallecido rodeado del halo de la confianza⁶⁷, o a alguna institución o persona jurídica dada sus funciones. A tenor de esta razón, cabe analizar cada uno de ellos por separado.

1.2.1. Cónyuge supérstite y familiares

En relación con el devenir natural de la humanidad, el sentido común nos indica que el Derecho debe priorizar al cónyuge supérstite y a los familiares, y reconocerles determinadas situaciones jurídicas de poder sobre los despojos de su ser querido. El ordenamiento jurídico debe recoger las líneas de afectos relacionadas con este fenómeno, pues éstas, vistas desde la óptica societaria, son las que nos podrían dar una respuesta, lo más justa y precisa posible, a la hora de reconocer el derecho de los familiares o del cónyuge supérstite a la hora de determinar sobre el cadáver del ser querido⁶⁸. Regla que reconozco,

⁶⁷ En este tenor, en la sentencia del 29 de octubre de 1970 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana se dispuso: “el derecho a la disposición sobre el cadáver es de carácter familiar, que se desplaza del orden común de las relaciones jurídicas para constituir un derecho *sui generis*, cuyo contenido es de carácter moral y afectivo, y que compete a los parientes que por lazos de estimación, afecto, respeto y piedad, estén más vinculados con el difunto y, en el caso a estudio tales vínculos no pueden ser otros, más fuertes, que los establecidos, naturalmente, entre madre e hijo, a más de que, en justa correspondencia a las obligaciones y deberes que a los padres impone la patria potestad (como es el derecho de guarda que implica el deber de velar sobre el cuerpo y la memoria del hijo después de su muerte, y de regular las exequias y sepultura de este), se encuentra la obligación del hijo (artículo 411 del Código Civil), de honrar y respetar a sus padres, cualquiera que sea la edad y condición de aquel, y esa obligación de honrar y respetar a sus padres, cualquiera que sea la edad y condición de aquel, debe entenderse que se prolonga aún después que estos mueren; obligación que solo se puede cumplir cabalmente reconociendo al hijo el derecho (a falta de disposición expresa del difunto como ocurre en el caso) de escoger el lugar en que ha de ser sepultado su progenitor pues solo así puede cumplir con esa obligación y, correlativamente, ejercitar el derecho cuya exteriorización es una suerte de tutela sobre el destino de los restos de la persona fallecida, orientada a la mejor conservación de los mismos, y especialmente destinada a perpetuar su memoria y a mantenerla viva en el seno de la familia y la sociedad.

⁶⁸ En relación con los afectos BORREL MACIÁ, A.: “La persona”, cit., pp. 113-114, adopta una postura muy convincente cuando expresa: “...a una persona determinada, no le unen los mismos vínculos con cada uno de los demás hombres, sino que nacido de otro hombre y mujer, con éstos le atan unos afectos, sentimientos y deberes muy superiores a los que ha de tener con aquellos seres humanos con los que tan sólo posee en común la unidad de origen, como hijos de nuestros primeros padres, y un mismo destino ultraterreno; pero además el hombre, por instinto de que fue dotado por su Creador, se une a una mujer, y fruto de tal unión aparece la familia y con ésta los hijos, que, continuadores de la personalidad de sus padres, conservan a través de los siglos aquellos rasgos, aquellos temperamentos, aquella manera de ser que, viviendo en ellos, no se extinguen con la muerte de sus

no es infalible, pero brinda una solución práctica, y la mayoría de las legislaciones la acogen con una que otra diferencia, con más o menos acierto, con mejor o peor técnica jurídica.

El derecho de los familiares, al recaer sobre un cadáver ajeno, sale fuera de la sede de los derechos personalísimos. Entonces se nos presenta la disyuntiva de considerarlo como de familia, o como patrimonial. La segunda posibilidad la descarto de antemano, partiendo de la propia naturaleza del cadáver; mientras que me decanto por la primera⁶⁹.

El derecho sobre el cadáver, a mi modo de ver, responde a un fin moral especial: no dejar desatendido el cuerpo de un ser querido, que tiene un vínculo tan estrecho y valioso con nosotros como es la sangre, o la proximidad de los afectos en los afines. Es el resultado de una relación que se ha forjado y

progenitores(...)las relaciones entre los componentes de esta primera célula social las regula el Derecho de Familia, que no busca compensación de prestaciones, sino el desenvolvimiento de un amor y cuyo contrato tipo no es el de compraventa, sino la donación. Los deberes de los padres cerca de sus hijos, hasta cierto punto, van más allá de la misma muerte. Si existe un parentesco de la sangre que, al correr de las generaciones va aflojándose, también existe otro parentesco: el de la amistad, el de la gratitud. Éste une a unos hombres con otros, con afectos y estimación, a veces más intensa que los de la propia sangre”.

⁶⁹ En este punto me parece muy esclarecedora la distinción ofrecida por ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho, objeto del derecho*, tomo I, volumen I (revisado por H. CARL NIPPERDEY, traducido, comparado y adaptado a la legislación y jurisprudencia españolas por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER), Bosch, Barcelona, 1934, pp. 308 y 309, sobre los derechos patrimoniales y los de familia, al respecto dicen: “...los derechos que se dirigen a algo exterior a la propia persona, los dividimos en derechos patrimoniales y derechos de familia. La opinión dominante cree hallar la característica diferencial en que los primeros permiten ser estimados en un valor pecuniario, mientras que los segundos no son estimables en dinero y se dirigen a las relaciones de autoridad y subordinación basadas en los vínculos familiares. Los derechos de familia se fundan además en un fin moral especial. Deben fomentar y asegurar ciertos deberes morales impuestos al titular frente aquel contra quien el derecho se dirige; sólo son derechos en razón a estos deberes especiales del titular y se dirigen a una relación duradera con otro ser humano. Los derechos de familia son, por tanto, derechos relativos a una relación duradera de vida con otra persona y se conceden al titular en razón a los deberes morales impuestos al mismo hacia esa otra persona. Su esencia consiste en que se imponen deberes morales al titular frente a otro y que, en razón a estos deberes, se le dan derechos a una relación duradera de vida contra este otro, a base de los cuales puede cumplir aquellos deberes morales”. Con similar línea argumental señala DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho Civil I. Introducción al Derecho Civil. Derecho de la Persona*, tomo I, volumen II, v. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 31, al hablar de la clasificación de los derechos subjetivos que: “...un tercer grupo de derechos, que recaen, como los de crédito, sobre una persona, es el de los derechos de familia: los derechos de los cónyuges entre sí, la patria potestad, el derecho del tutor. Se distinguen de las obligaciones por su fin: son relaciones constantes de la vida, basadas en un deber moral”.

mantenido a lo largo de la vida ¿qué relación más duradera que la de la madre y los hijos, o la de dos personas que se unieron en matrimonio compartiendo sus vidas? Es además el fruto de un deber ético con respecto a esa persona, deber de cuidado, agradecimiento, consideración, estimación y respeto; como un último adiós. Ello me lleva a plantear que se trata de un derecho de carácter familiar que nace *ex novo*⁷⁰.

⁷⁰ Sobre la justificación de esta legitimación, aunque referido a otro ámbito, pero del que se pueden extraer ideas muy útiles, BODAS DAGA, M. E.: “La defensa”, cit., p.173-178, al comentar la posición de diferentes autores expone: “Dicho ello, hay que señalar que, en cuanto a la justificación de dichas legitimaciones, son varias las opiniones vertidas al efecto. Así, decía Perreau en el año 1909 que –como los derechos de la personalidad son extrapatrimoniales, la jurisprudencia, inspirándose en la distinción propuesta por Furgole, admite su transmisión a los parientes y no a los herederos o legatarios, es decir, a aquellos que estaban unidos al difunto por un vínculo de solidaridad moral y no a los que recibirán sus bienes. Ejercitan esos derechos como miembros de la familia y no como sucesores de los bienes de ellos-. Sin embargo, indica Blondel que como se trata de una transmisión especial de los derechos del difunto en favor de determinados familiares, el derecho no es el mismo, sino que se transforma restando sólo las prerrogativas de protección y no las de disposición”. Criterio este último que no considero atinado en sede de derecho de disposición sobre el cadáver. Y más adelante añade: “De ahí que esté de acuerdo con Rivero cuando señala que –estamos aquí, ante un caso de atribución *ope legis*, más que de transmisión *iure successionis*- y creo que en ese sentido se expresa el Tribunal Constitucional, aunque sea en sede de sucesión procesal”. Si me parece más acertado este punto de vista, pues el derecho nace en virtud de la Ley. También me parecen valiosas las conclusiones a las que arriba VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos de Imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de los derechos de imagen*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 478,490, al hablar sobre prelación, familiares, legitimación y transmisión del derecho en el caso de la defensa de la memoria pretérita y dice: “(...) no obstante, el mandato constitucional de protección de la dignidad humana exige una protección post mortem de la personalidad, de manera que el ordenamiento reconoce a aquella persona designada por el fallecido o, en su defecto, a sus familiares una posición jurídica dirigida a defender la personalidad pretérita. Se trataría, así, de una posición jurídica nueva y distinta a la que ostentaba el titular en vida, de ahí que los familiares obtienen esta posición jurídico-subjetiva con independencia de su condición de herederos. Sin embargo, no es claro el mecanismo de adquisición de esta posición jurídica; y, sobre todo, su relación con el fenómeno transmisivo admitido por la propia jurisprudencia en relación con los intereses patrimoniales (...)”. Y adiciona más adelante que: “De esta manera, la persona legitimada se convierte, efectivamente, en un curador de la memoria del fallecido, de manera que el ejercicio de las acciones de defensa se realiza-si bien, *iure proprio*- desde la protección de un bien ajeno: la defensa de la memoria de otra persona. Así, la actuación de esta persona (a pesar de estar delimitada por su poder de autodeterminación) debe estar encaminada, en todo momento, a garantizar el respeto a la personalidad pretérita del fallecido”. Cuestión esta última que me parece debe estar presente en el caso de los familiares que disponen del cadáver de su pariente y por qué no en todos los terceros, el obrar velando y respetando la memoria de aquel, lo que pudo haber querido, sus costumbres, sus creencias religiosas, aunque no se hubiera pronunciado expresamente al respecto en un documento público. Por su parte DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: “Sistema”, cit., p. 335, 336, 411, al hablar del derecho sobre el cadáver en el caso de los familiares son del criterio que: “A falta de disposiciones

En otro orden de ideas, pero estrechamente unido a lo que vengo tratando, es lo referente a la enumeración legislativa que se hace del cónyuge supérstite y de los parientes de las personas que han fallecido, así como la preferencia y la forma de dirimir los conflictos que entre ellos se susciten alrededor del cadáver; con respecto a quien tiene preferencia para su ejercicio.

En aras de lograr armonía en el entramado social, la mayoría de las legislaciones le reconocen un derecho al viudo o viuda y a los familiares más próximos para disponer de los restos de sus parientes, estableciéndolo en un orden prelativo y *numerus clausus* o solamente enunciándolos pero sin fijar preferencias y con un número cerrado. En la doctrina y la legislación que he consultado, se pueden visualizar dos técnicas a la hora de tratar este fenómeno. La primera opta por atribuirle el derecho a la esposa o esposo sobreviviente y a los

especiales de última voluntad del fallecido, la jurisprudencia ha reconocido el derecho de los próximos parientes (cónyuge e hijos) para establecer el respectivo destino, siempre igualmente dentro de las coordenadas de la conciencia social y de las buenas costumbres. Debe considerarse que en ningún caso son admisibles contratos con prestaciones económicas que tengan por objeto el futuro cadáver de la persona”. Y más adelante reflexiona sobre la legitimación y valora la pertinencia de que un tercero ejercite las facultades de disposición que corresponden a un titular: “El poder de disposición es una de las facultades integradas en el contenido del derecho subjetivo. El hecho de que excepcionalmente la disposición sea realizada por una persona distinta del titular no cambia la cuestión, sino que se reconduce a un problema de legitimación. Como veremos inmediatamente, en ocasiones el ordenamiento jurídico legitima a persona distinta del titular para llevar a cabo los actos de ejercicios del derecho subjetivo”. También puede verse a CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J.: “La Persona”, cit., p.152, cuando reflexiona sobre el cadáver y los legitimados y dice: “En nuestra cultura el cadáver se considera *res extra commercium* y en él se respeta al ser humano al que sirvió en vida. Por esta misma razón se respeta, en cuanto al destino a dar al mismo, la voluntad manifestada del propio fallecido”. Y apunta más adelante: “En un ámbito posterior y más amplio, en defecto de tal voluntad del fallecido sobre su propio cuerpo después de la muerte, se atiende a la voluntad de los parientes más próximos en lo referente al cuidado y destino a dar al cadáver. Aunque tanto la ley como el reglamento del Registro Civil aluden, como único destino del cadáver; a la inhumación, es lo cierto que existe un derecho constitucional a disponer del propio cuerpo, a través de las voluntades anticipadas, sin más límite que la dignidad de la persona de la que fue sede física y, en ese contexto, resulta tan admisible la inhumación como la incineración...”.

parientes según el orden sucesorio⁷¹, mientras que la segunda lo dispone según los afectos, sin acudir a las normas en materia de sucesión *abintestato*⁷².

⁷¹En este sentido el artículo 116 del Proyecto de Reformas al Código Civil Argentino prescribía que: “si la persona nada ha expresado, dispone en primer lugar el cónyuge no separado judicialmente, y en su defecto los parientes según el orden sucesorio”. También en el borrador para discusión, de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, en su versión de marzo de 2003 se estipulaba en su artículo 22 que: “a falta de una declaración hecha en vida sobre el modo de manejar y disponer del cadáver, corresponde decidir sobre el asunto, en primer lugar, al cónyuge o a la pareja de hecho de la persona fallecida, luego, a sus descendientes, ascendientes u otros herederos en el orden sucesorio”. Por su parte el Código Civil de Quebec dispone en su artículo 42 que: “*a défaut de volontés exprimées par le défunt, on s'en remet à la volonté des héritiers ou des successibles. Dans l'un et l'autre cas, les héritiers ou les successibles sont tenus d'agir; les frais sont à la charge de la succession*”. No comparto este método, porque es limitado, ya que todos los parientes no son llamados a la sucesión, por la vía *abintestato*, es una solución que varía y puede complicarse, según las normas de cada nación. Además esto implicaría que se le pudieran aplicar las incapacidades para heredar, que no tienen que ser necesariamente compatibles en la sede del derecho sobre el cadáver. Por ejemplo, si este fuera el sistema acogido por nuestra legislación cabría preguntarse: ¿le sería aplicable el impedimento que atiende al abandono definitivo del país? No me parece apropiado, pues la incapacidad para suceder por éste motivo tiene un carácter esencialmente patrimonial, no así el derecho sobre el cadáver.

⁷²Así lo dispone el Código Civil peruano en su artículo 13: “a falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes”. También la ley uniforme de donaciones anatómicas norteamericana de 1968, recoge este espíritu en su sección 2 inciso b): “cualquiera de las personas siguientes, en el orden de prioridad establecido, cuando las personas de las categorías anteriores no estén disponibles en el momento de la muerte y en ausencia de observación efectiva de indicaciones contrarias por fallecimiento, u observación efectiva de oposición por un miembro del mismo o una clase precedente, puede dar todo o alguna parte del cuerpo del difunto para cualquiera de los fines especificados en la sección 3: 1. la esposa, 2. Un hijo o hija adultos, 3. cualquiera de los padres, 4. un hermano o hermana adultos, 5. el tutor de la persona del difunto en el momento de su muerte, 6. cualquier otra persona autorizada o bajo obligación de disponer del cuerpo”. Ésta se puede consultar en ROMERO CASABONA, C. M.: “Los trasplantes”, cit. p. 142. Por otra parte, en la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. T-162-94, se señalan algunos de los inconvenientes del método contrario al referirse al derecho de inhumación e ilustra la posición más acertada que se sigue en materia de trasplantes de órganos y tejidos, en la misma se expone: “...el orden sucesoral no es un recurso adecuado para dar contestación al interrogante enunciado. Esto se pone en evidencia si se tiene en cuenta el hecho de que el cónyuge sobreviviente, que desde luego es una de las primeras personas llamadas a decidir sobre la inhumación, sólo tiene la calidad de heredero cuando no existen descendientes legítimos, caso en el cual concurre con otras personas. Además, la simple separación de cuerpos no elimina el derecho del cónyuge a participar en la herencia del difunto. A partir de estas consideraciones se desprende que el derecho que asiste a las personas para enterrar a sus familiares, no puede ser explicado bajo los parámetros del derecho de propiedad, ni siquiera de la posesión jurídica. De otra parte, el decreto 1172 de 1989, reglamentario de la ley 9 citada, consagra un conjunto de normas relativas a la “disposición de órganos o componentes anatómicos y trasplantes”. El artículo 19 de dicha legislación resulta útil para solucionar el problema planteado al inicio de este apartado. Dice

Por mi parte apoyo la solución que establece una enumeración taxativa, sin acudir a la categoría de heredero ya que si bien la regulación sobre los *abintestato* se ordena según los afectos, esta difiere entre los países, llegándose a tornar demasiado complicada, en dependencia del sistema sucesorio y la forma de llamar a la herencia que se adopte, además de que estamos ante un derecho y un bien de carácter extrapatrimonial y por tanto excluido de la sucesión hereditaria.

A mi juicio es más práctico enumerar aquellas personas que según los vínculos de sangre y de proximidad están en la realidad extrasocial, más cerca del difunto. Además de las cuestiones de indignidad, que no necesariamente deben ser las mismas que en materia sucesoria, así como un orden de prelación y alternativas para solucionar los conflictos que se presenten entre parientes de igual grado, cuestiones estas últimas que presentan en muchos países una evidente orfandad legislativa, teniendo que ser suplidas esas carencias en algunos casos por la analogía, los principios generales del derecho o la costumbre⁷³.

1.2.2. Terceros no familiares

la norma que: (...) cuando quiera que deba expresarse el consentimiento, bien sea como deudo de una persona fallecida o en otra condición, se tendrá en cuenta el siguiente orden:1. El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos 2. Los hijos legítimos o naturales, mayores de edad.3. Los padres legítimos o naturales.4. Los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad.5. Los abuelos y nietos (...). Cuando quiera que a personas ubicadas dentro del mismo numeral de este artículo, corresponda expresar su consentimiento, en ausencia de otras con mayor derecho dentro del orden allí señalado, y manifiesten voluntad encontrada, prevalecerá la de la mayoría. En caso de empate se entenderá negado el consentimiento. Para efectos de donación formal o para ejercer el derecho de oponerse a que se refiere el inciso 2° del artículo 4° de este decreto, serán tomados en cuenta los deudos que se presenten y acrediten su condición dentro del lapso de seis horas contemplado en los artículos cuarto y noveno del mismo".

⁷³ Es el caso de Cuba, donde el juez puede verse imposibilitado de dar solución al asunto ante la ausencia de norma jurídica que lo regule. Así puede verse la 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, donde se expresa: "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(...)". Razonamiento que llevó a que el tribunal determinara que la demanda fuera sin lugar.

Ahora bien, en relación con los terceros no familiares, se dificulta más el análisis, debido a la ausencia de respuestas por parte de la doctrina. Este es un tema que los estudiosos del derecho sobre el cadáver acarician, pero dejan pasar, si bien reconocen la posibilidad de actuación de ellos sobre él⁷⁴.

Entre los terceros legitimados, que no comparten los afectos, se encuentra una variada gama de sujetos, tanto individuales, como colectivos, a los cuales la ley les otorga prerrogativas. No tengo dudas de que el derecho de éstos en orden a disponer sobre el cadáver, se aparta del ámbito de los inherentes a la personalidad y de los de familia. Y me siento obligado a situarlo en otra categoría: ¿pero cuál?

En las clasificaciones de los derechos subjetivos, brindadas por los diferentes tratadistas, y que he podido consultar para la realización de esta obra, se hace mención únicamente a los patrimoniales y a los personales; incluyendo entre los personales los de familia y los personalísimos. Descartada la naturaleza personalísima, familiar o patrimonial del derecho de terceros, atendiendo a la naturaleza del cadáver y a su vínculo con él, parecería que nos quedamos ante un vacío, sin respuesta para este fenómeno. Adpero, no es así, pues no podemos perder de vista que la realidad extrajurídica es más rica que la jurídica, estando obligada la ficción del derecho a adaptarse a la realidad social y buscar respuesta; si no en sus textos, creándola a través del trabajo intelectual de los juristas; y nunca resignarse a una solución forzada dentro de las instituciones preexistentes.

En consecuencia, hay un grupo de estudiosos del Derecho que hablan de la naturaleza ilimitada de los derechos subjetivos, según los fines e intereses que se tutelén⁷⁵; al tiempo que otros comentan de la existencia de derechos función, que no se ejercitan en interés propio, sino de alguien o de la colectividad⁷⁶. Por aquí, pienso que se abren las puertas para alcanzar una

⁷⁴ De entre ellos, puedo citar a CIFUENTES, autor argentino, que en su excelente monografía sobre los derechos personalísimos, al tratar el cadáver, deja escapar este aspecto. También tenemos a BORREL MACIÁ en la doctrina española.

⁷⁵ Al respecto DABIN, J.: *El Derecho Subjetivo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 205, argumenta que: "Las cosas interesan al hombre desde el punto de vista de la satisfacción de sus necesidades de toda clase, en una palabra, los intereses susceptibles de pertenencia en provecho de un sujeto, persona física o persona moral, son en efecto innumerables, infinitamente variados; y por eso, más allá de los derechos subjetivos nominados se extiende la zona sin límites de los derechos subjetivos innominados, cuya determinación se deja a la prudencia del intérprete, y en los que la dificultad está menos en discernir el interés que en juzgar sobre la pertenencia: ¿en qué condiciones la cosa que interesa al sujeto podrá ser referida a él como suya propia, y por tal título garantizada con la protección jurídica?"

⁷⁶ En este sentido explica ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M.: "Tratado de", cit., p. 309, aunque en sede de derecho público, pero aplicable a la propuesta que esgrimo, que:

respuesta, valiéndonos de una nueva categoría o de un análisis diferente, que ampare el derecho de los terceros sobre el cadáver.

Hablaríamos entonces, de una nueva categoría, los derechos subjetivos función, o más bien de una potestad⁷⁷; puesto que su cometido consiste, en actuar, ya sea en el ámbito privado o en el público, en favor de un tercero con el cual no se tiene vínculo de parentesco alguno, cuyo objeto recae sobre bienes como el cadáver, u otro tipo de bienes de naturaleza extrapatrimonial, sin que sea necesaria una relación de vida con el causante; y desenvolviéndose en la esfera de las relaciones personales puras. Institución, que estimo se pudiera utilizar, para legitimar la situación jurídica en que se encuentran estas personas con respecto al cuerpo del difunto.

Se trataría de una posibilidad de actuación, de naturaleza no económica, pero distinta a los derechos inherentes a la personalidad. Es además un poder deber, que sobrepasa el interés de su titular para acercarse al interés de la colectividad, o de aquel individuo al que pudiera beneficiar y respetando siempre la memoria pretérita del finado. Situación jurídica de poder que si bien tiene un fin público, no necesariamente tiene que tener una naturaleza pública. Por lo que

“...existen también derechos que sólo tienen su razón de ser en un deber moral, e incluso tal es la regla general; pero falta el otro requisito del concepto de los derechos de familia, la relación duradera de vida con otro ser humano”.

⁷⁷ Me parece enriquecedor para este trabajo traer a colación algunas valoraciones sobre las potestades. LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Elementos de”, cit., p. 75, al definir la potestad expresa: “La potestad es un poder jurídico de tal naturaleza que la autoridad que comporta se usa, no al arbitrio de su titular, sino para cumplir ciertas finalidades en interés o beneficio ajeno, y entonces debe ser ejercitada cuando el caso lo requiera”. Y sigue en el mismo párrafo: “La potestad comporta, por ende, tanto un poder como un deber. Es una situación de derecho-deber. El titular desempeña una función, una especie de cargo u oficio de Derecho privado, para cuyo ejercicio se le confieren las facultades necesarias”. También LASARTE, C.: “Parte General”, cit., pp. 101-102, al tratar sobre las potestades expone “(...) poder concedido por el Ordenamiento jurídico a una persona individual para que lo ejercite en beneficio de los intereses de otra u otras personas”. Y más adelante añade: “El concepto técnico de potestad despliega sus efectos tanto en el Derecho privado cuanto en el Derecho público, pues es relativamente frecuente en ambos ámbitos que determinadas personas tengan atribuidas autoridad, competencias, funciones o cargas con vistas al cumplimiento de intereses generales que excedan de su propio ámbito de libertad o decisión”. Por su parte DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: “Sistema de”, cit., p. 404, es del sentir que: “Potestades son los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona no para que ésta realice mediante ellos sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otra persona, de suerte que su ejercicio y su defensa no son libres y arbitrarios, sino que vienen impuestos en atención a los intereses en cuyo servicio se encuentran dados (p. ej., potestad paterna, potestad administrativa)”.

perfectamente pueden existir derechos subjetivos función públicos⁷⁸ y derechos subjetivos función privados⁷⁹. O lo que es lo mismo potestades públicas o privadas.

Después de haber dejado sentado mi criterio en relación con el derecho que ostentan los terceros no familiares, cabe hacer un aparte para referirnos al Estado.

1.2.2.1. El Estado

Muchas veces en la literatura y en las legislaciones nos encontramos con la referencia que éste u otro derecho pertenece al Estado⁸⁰, cuestión que no considero del todo acertada, incluso en Cuba dado su particular sistema socioeconómico y político. Digo esto, porque el Estado no es un ente tangible, sino una ficción jurídica que se manifiesta a través de órganos, instituciones y personas jurídicas, y el ordenamiento jurídico le atribuye situaciones jurídicas de poder, no a él, sino a los entes a través de los cuales se manifiesta, y que conllevan a la realización de los fines públicos, las administraciones públicas, y las personas jurídicas que le pertenecen a éstas.

Por eso en vez de hablar del Estado como detentador de la potestad de disposición sobre el cadáver, debemos hablar de aquellas personas jurídicas de naturaleza pública, legitimadas para ejercerlo. Dígase hospitales públicos, institutos de medicina legal, autoridades sanitarias, etc., los cuales mediante personas individuales, que obran en su representación, están autorizados para actuar en un sentido u otro, respecto al cuerpo humano muerto.

En la Resolución N° 9 de 3 de febrero de 1992 se otorga esta posibilidad a diferentes sujetos. *Verbi gratia*, en su artículo 6, inciso g), se legitima a disponer sobre el cadáver a la institución hospitalaria⁸¹ en el caso de no haberse presentado familiar alguno después de las 24 horas de haber sido notificado el

⁷⁸ Es el caso de instituciones de carácter público, como sucede en Cuba con los hospitales e instituciones de medicina legal y sus dependencias, así como otras dependencias administrativas o la propia autoridad judicial, cuando dispone la exhumación de un cadáver.

⁷⁹ Es el caso de instituciones hospitalarias de carácter privado y de otros individuos, que al ser personas individuales pueden disponer porque los autorice la ley, sobre determinado cadáver.

⁸⁰ Ejemplo de ello, es el artículo 23 del proyecto elaborado para discusión por la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, en su versión de marzo de 2003, que empleando una mala técnica jurídica, adjudica el derecho sobre el cadáver al Estado. Su texto dice: “el Estado puede disponer del cadáver no identificado ni reclamado por una persona con interés, sin menoscabo de su dignidad, de conformidad con la ley”.

⁸¹ En Cuba no existen instituciones médicas de carácter privado.

fallecimiento, o en el de las 72 horas que permiten la conservación correcta del cadáver. El artículo 7 lo reafirma y establece:

“En relación con lo dispuesto en el artículo anterior la Sección de Admisión queda obligada a informar a los familiares o allegados que dejen encargado a la unidad hospitalaria la disposición del cadáver, que la dirección del hospital se reservará el derecho de darle el destino que entiendan de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 inciso f) y g), del mismo Reglamento”.

Igualmente su artículo 65 dispone que:

“cuando no exista reclamación familiar del cadáver, ni interés científico o docente, se puede disponer por el director del centro asistencial su traslado hacia la fosa común del cementerio que corresponda, previo el cumplimiento de los trámites legales pertinentes con la Oficina del Registro del Estado Civil”.

También en el artículo 39 del citado Reglamento se plantea que podrán solicitar la cremación de un cadáver:

“c) Los representantes de misiones diplomáticas e instituciones extranjeras acreditadas en el país. d) Los funcionarios del Gobierno y del Estado, así como representantes de las organizaciones políticas, sociales y de masa, en el caso que les compete”

En el inciso b) al referirse a los allegados incluye a los representantes de organizaciones sociales, de masas; así como de instituciones de asistencia social; al igual que a vecinos y en el e) menciona a las autoridades sanitarias.

Después de lo analizado anteriormente, vale preguntarse: ¿es realmente la posibilidad de actuación que se le otorga a estos sujetos un derecho? Me parece que más que un derecho, se trata de una potestad, pues los artículos analizados *supra* le dan cierto marco de actuación, cierta posibilidad de escogencia, pudiendo reaccionar ante su violación; pero en función de un interés ajeno y principalmente de la sociedad en lo que respecta a la protección de la salud pública.

No es posible negar que estas personas jurídicas tengan un deber jurídico de actuar en algún sentido, porque en última instancia son los responsables de que el cadáver no quede desatendido, como representantes del interés colectivo. Sin embargo, hay otros supuestos, en que se trata no de una situación jurídica de poder, sino de un deber jurídico; puesto que el marco de actuación es muy estrecho e inexorable; por ejemplo, ante un cadáver que presente manifestaciones de alguna enfermedad de gran contagio, estarían obligadas a cremarlo.

En síntesis, estos titulares ostentan un derecho función o potestad sobre el cadáver, que les permite su disposición, ante la ausencia de manifestación de voluntad del difunto y de los familiares, al igual que sucede con el ministerio fiscal en algunas legislaciones⁸², cuestión que no previó la cubana.

1.3. Objeto del derecho subjetivo sobre el cadáver

Al decir de VALDÉS DÍAZ:

“...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”⁸³.

⁸²BODAS DAGA, M. E.: “La defensa”, cit., p. 185, al hablar de la legitimación del ministerio fiscal en la defensa post mortem de los derechos de la personalidad razona que: “Ahora bien: ¿cuál es el fundamento de la legitimación activa del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de protección cuando se ataca la memoria del que fue, si ésta no es un derecho de la personalidad ni un derecho fundamental- argumento STC 231/88, caso Paquirri-¿ ¿Defiende un interés público? Quizás si bien no lo hace, estoy de acuerdo con Ysás Solanes en que su actuación -es para evitar la desprotección y porque la sociedad en general no puede permitir que se atente impunemente contra la memoria de sus miembros, cuando no exista otra persona legitimada para hacerlo-. Por lo tanto, podría decirse que el Ministerio Fiscal defiende un interés social, ya que, como dice Alonso Pérez, -una sociedad sana tiene que ser respetuosa con el buen nombre de quienes nos han precedido en el decurso de la Historia y ha de exigir que no se difame o injurie la memoria de los muertos”. Esta reflexión se pudiera llevar *mutatis mutandi* al campo objeto de estudio. Igualmente resulta interesante lo planteado por HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: “La protección post mortem de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido. Fundamento de la legitimación de terceros, en relación con la L.O 1/82”, *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de profesores de derecho civil*, (coord. Asociación de profesores de Derecho Civil), Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2008, p. 113, 124, cuando observa: “Y ello pasa, necesariamente, por legitimar para su ejercicio (y esa es la opción del legislador) a la persona que el fallecido haya designado, a los familiares (y no a los herederos), con fundamento en el -deber recíproco de protección existente entre los miembros de la familia-, y, en defecto de todos ellos, al Ministerio Fiscal, pues, en última instancia, el respeto a la dignidad subsistente de la persona, es predicable de todas las personas, con independencia de que hayan previsto su defensa o de la existencia de familiares que la actúen”. Y agrega que: “La legitimación extraordinaria del Ministerio Fiscal (que, recordemos una vez más, interviene siempre en los procesos de amparo de derechos fundamentales) se fundamenta en que la ley considera de interés público la tutela de los derechos de la personalidad y, consiguientemente, la personalidad subsistente de las personas fallecidas. Por eso se posibilita su intervención (en ausencia del titular del derecho y de otros legitimados) como parte, no para defender un interés privado, sino en defensa del interés público, en suma, en defensa de los intereses de la sociedad”.

⁸³ VALDÉS DÍAZ, C. del C.: “Relación jurídica”, cit., pp. 89- 90. Con similar criterio LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Elementos”, cit., pp. 1, 3, expresa que: “En sentido amplio se llama bienes

Esta definición resulta apta para ser omnicomprendensiva de la multiplicidad de bienes de la realidad extrajurídica, que tienen trascendencia para el Derecho. Luego, simpatizo con la idea de entender como bien jurídico a todo aquello que tiene alguna utilidad para el hombre, regulado por el Derecho, tenga o no, naturaleza económica. Por lo tanto, las cosas valuables patrimonialmente serían una especie dentro de los bienes⁸⁴. Y por consiguiente, el cadáver estaría incluido dentro de ese concepto general, pero como bien jurídico de naturaleza especial; convirtiéndose en un posible objeto de derechos.

Pero, para sostener esta tesis es necesario además razonar sobre la naturaleza jurídica del cadáver, en aras de que la misma pueda sostenerse con suficiente

a todos los posibles objetos del derecho subjetivo e incluso, más allá de él, a los atributos personales”. Y agrega más adelante: “Objeto del derecho es, según se apuntó ya, la realidad social y jurídica sobre la que recae el poder o posibilidades de actuación del sujeto. No puede confundirse con el contenido del derecho subjetivo (las formas o posibilidades de actuación reconocidas al sujeto). Si ese contenido es contingente, cambiante, el objeto es permanente, necesario, como materia sobre la que actúa el poder del sujeto. Es la permanencia de su base objetiva la que da estabilidad al derecho subjetivo a través de sus diferentes vicisitudes”. También DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: “Sistem”, cit., p. 81, son del criterio que: “Constituyen objeto de derechos subjetivos todas aquellas realidades que pueden ser sometidas al poder del titular o idóneas para satisfacer los intereses suyos”. Pero más ilustrativo y agudo me parece ALBALADEJO, M.: “Derecho Civil”, cit., p. 302, cuando dice que: “Objeto del derecho es la entidad o parte de la realidad sobre la que recae el poder concedido al sujeto. En principio, puede serlo todo aquello (por ejemplo, una cosa corporal, una persona, una conducta humana, una idea, etc.) sobre lo que de alguna forma o en algún sentido sea posible tener un poder jurídico; sin que ello quiera decir que necesariamente deba quedar sometido en todos sus aspectos al señorío del sujeto. No se debe pensar que estimar la persona como objeto de derecho o, en general, de cualquier poder o facultad es algo que repugna a la dignidad humana. Lo es, sí, el admitir que sobre ella recaiga, por ejemplo, un derecho patrimonial (dominio: un hombre-esclavo- es objeto de la propiedad de otro). Pero hay otros poderes que concordemente con la dignidad humana, recaen sobre la persona: piénsese en la patria potestad como se indica en el texto, o en la tutela, o en el que recíprocamente tiene cada cónyuge respecto del otro”. Y añado yo, y el derecho sobre el cadáver.

⁸⁴ En su momento CASTAN TOBEÑAS, J.: “Derecho Civil”, cit., p. 582, al analizar la relación entre cosas y bienes expresaba: “Las cosas, en cuanto son susceptibles de prestar utilidad, tienen razón de bien, y se denominan bienes. En sentido general –dicen los economistas-, son llamados bienes todas cuantas cosas sirven para satisfacer nuestras necesidades (económicas o no) y contribuyen directa o indirectamente, próxima o remotamente, a la indicada satisfacción, y en sentido más restringido son bienes económicos aquellos cuya obtención requiere el ejercicio de la actividad económica. Pero aún en este último sentido, el concepto económico de bien resulta más amplio que el concepto jurídico de cosa en su significación más técnica, pues abraza tanto los bienes materiales, que prestan una utilidad incorporada a un objeto de la naturaleza (cosas propiamente dichas), como las inmateriales, cuya utilidad se halla incorporada a los actos humanos (servicios, prestaciones)”.

fuerza. Para ello, quiero comenzar comentando las diferentes posturas filosóficas que he encontrado y que guardan relación con el estatuto ontológico de la persona, y a tal fin establecer un paralelismo en la medida de lo posible entre uno y otro, dándole de esta forma el correspondiente respaldo ético, filosófico y jurídico. Pues, a partir de la toma de postura que se haga en torno a la persona, debe ser la línea argumental que se siga hacia el cadáver, toda vez que existe, a mi juicio, una unidad dialéctica entre vida y muerte, y entre cuerpo humano vivo y cadáver, que otorga sentido y significación al actuar humano.

Si bien resulta pacífica la idea de que el cadáver puede ser objeto de derechos, no es tan sosegada la polémica en rededor de su naturaleza jurídica. El debate acerca de la condición del cuerpo humano muerto se ha centrado en torno a alguna de las siguientes posturas: los que consideran que el cadáver es una semipersona⁸⁵, y los que lo asimilan a una *res*, incluyéndose en este último grupo aquellos que discuten si su comerciabilidad tiene carácter relativo o

⁸⁵ Cuando se lee a ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M.: "Tratado de", cit., p. 206, se aprecia que entre los seguidores de esa idea se encontraba DEMONGUE, para quien "los muertos pueden ser considerados semipersonas, por eso hay normas que protegen su memoria y que castigan las profanaciones de las tumbas". Por otra parte GIERKE y KIPP decían que el cadáver es un resto de la personalidad sujeto a la decisión de los deudos". Similar criterio sostenía CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil", cit., pp. 384,385, que expresaba: "Con esto se relaciona la cuestión del llamado derecho al cadáver, que sale fuera, en realidad, de la esfera de los derechos de personalidad, aunque tenga alguna conexión con ellos. La persona-como escribe DE CUPIS- exige precisamente la fusión de un elemento espiritual con un elemento corpóreo, y la muerte pone fin a esta fusión y, consiguientemente, a la persona. El cadáver no es más que un residuo de la personalidad". Desde otro de punto de vista pero con similar enfoque, DE SANTIAGO Y GONZÁLES, M.: *Los Albores de la Bioética en el Magisterio de S.S. Pío XII* (disponible en internet) señala que "(...)El cadáver ya no es, en el sentido propio de la palabra, sujeto de derecho, porque se haya privado de la personalidad, única que puede ser sujeto de derecho(...) es necesario denunciar un juicio moralmente erróneo que se forma en el espíritu del hombre y que influye habitualmente en su comportamiento exterior: consiste en situar al cadáver humano en el mismo plano que el de un animal o el de una cosa.(...) El cadáver humano, en efecto, merece que se le considere de otro modo muy distinto. El cuerpo era la morada de un alma espiritual e inmortal, parte constitutiva especial de una persona humana, cuya dignidad conividía; en el todavía queda algo de aquella dignidad (...)". En la SAP, Alicante, 7 junio 1995 (AC 1995, 1280), se recogía el criterio defendido por CASTÁN TOBEÑAS, en ella se razonaba que: "...no resulta ocioso recordar la doctrina jurídica que determina que el cadáver, como mero residuo de la personalidad, queda fuera de los derechos relacionados con la misma...".

absoluto⁸⁶; o por el contrario, si está totalmente fuera del comercio⁸⁷. Mientras que en el otro extremo, se encuentran los que le otorgan una naturaleza especial, ajena a la categoría de cosas objeto de los derechos reales⁸⁸.

⁸⁶Contrario a considerarlo una semipersona se muestra COVIELLO, N., *Doctrina General del Derecho Civil* (revisada por L. COVIELLO, traducida por F. DE J. TENA, y concordada por R. BERRON MUCEL), Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pp. 331, 332, pero a favor de que sea una cosa, y de que haya una comerciabilidad relativa, al respecto expone: “Más importante prácticamente es la cuestión de la incomerciabilidad de los cadáveres, cuestión que se ha hecho posible por la decadencia de los sentimientos de religión y de delicadeza, y por la predominancia de un espíritu industrial y mercantil. Pues bien, nosotros creemos que si repugna a las conciencias pías y religiosas reputar comerciables los restos mortales del hombre, que todas las creencias circundaron de respeto, esto nos parece conforme con los principios legislativos. Más por otra parte precisa reconocer que existen límites a la comerciabilidad abstracta del cadáver. Desde luego, pensamos que no todas las personas tienen derecho a disponer de un cadáver; este derecho corresponde a la persona que un día será cadáver, no a sus herederos. El vivo puede disponer de su cadáver, porque éste, cuando aquél haya muerto, tendrá una existencia impersonal, y pudiendo producir una utilidad cualquiera para fines industriales o científicos, será una cosa en sentido jurídico, y de él puede disponer tanto a título gratuito, como a título oneroso: la disposición a título oneroso no nos parece inmoral, desde el momento en que se admite la comerciabilidad del cadáver. Pero si la persona muere sin haber dispuesto de él, estimamos que puede hacerlo el heredero; el heredero es el sucesor en todas las relaciones patrimoniales que pertenecían al difunto al tiempo de su muerte; más si el difunto no había contraído ninguna relación patrimonial con respecto al cadáver, y éste por otra parte se vuelve cosa solo después de la muerte, puesto que en el momento de la muerte no era tal, formando parte integrante de la persona, es claro que el heredero en tal calidad no tiene ningún derecho patrimonial sobre el cadáver del difunto, el que por esto quedará por completo sometido a las reglas generales de orden público concernientes a la policía de los cementerios”. También MESSINEO, F.: “Manual de”, cit., pp. 19, 20, lo considera cosa y defiende su comerciabilidad relativa, no obstante reconoce que la mayoría niega esta posibilidad, y explica que “a base de los principios, el cadáver se considera cosa, ya que, con la muerte, el cuerpo deja de ser persona y se convierte en objeto; de ahí su comerciabilidad. Sin embargo, se considera por la mayoría que, del cadáver (o de sus partes), puede disponer (se entiende con efecto futuro y a los solos fines científicos o didácticos, permitidos por la legislación sanitaria) la persona, pero no su heredero, puesto que el cadáver no es objeto de derechos patrimoniales de la persona misma y, por consiguiente, no corresponde al heredero”. En contra de la comerciabilidad se manifiestan DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: “Sistema de”, cit., p. 351, quienes razonan “una vez producido el fallecimiento, los restos de una persona, desaparecida la personalidad, si bien, sí quedan impregnados por la dignidad de persona, lo que introduce importantes limitaciones en orden a su disposición y destino. Debe considerarse que en ningún caso son admisibles contratos con prestaciones económicas que contengan por objeto el futuro cadáver de la persona”. Con un criterio similar LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Elementos de”, cit., pp.4, 5, plantea que “El cadáver está relativamente fuera del comercio mientras entra en el concepto de tal, y luego en tanto conserve los derechos de la personalidad pretérita. Por tanto, el esqueleto de un soldado romano encontrado en una excavación puede, evidentemente, ser objeto de tráfico”. Más recientemente CARRASCO PERERA, A.: “Derecho Civil”, cit., pp. 82, 83, defiende que “Tras la muerte, el cadáver constituye una cosa en sentido jurídico, aunque la realización de negocios jurídicos sobre él, o sobre partes suyas, no sea absolutamente libre

(así, la legislación reguladora de los trasplantes y de la extracción de órganos no permite que se pueda recibir compensación económica alguna por la donación de órganos: art. 2 de la Ley 30/1979)". Lo más corriente es que la persona fallecida haya manifestado en vida su voluntad de que su cadáver sea inhumado o incinerado y, en el primer caso, que haya especificado el lugar donde desea, llegado el día, ser sepultado (*ius eligendi sepulchri*). No obstante el carácter esencialmente personal de esta decisión, que puede manifestarse a través del documento de instrucciones previas contemplado en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la ausencia de voluntad expresada por parte del fallecido tendrá que ser suplida por sus familiares más directos, quienes decidirán sobre el destino final del cadáver".⁸⁷ Es de este tenor CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.: "Instituciones de", cit., p. 92, cuando expone que "Al fallecimiento, el cuerpo, sede física de la persona, deja de serlo y se convierte en una cosa: cadáver, pero diferenciada del resto de las cosas por el destino pretérito indicado, y por tanto, sometida a un régimen jurídico específico, que varía según el nivel cultural y las creencias religiosas de cada pueblo en relación con el más allá, desde el culto al cadáver de la cultura egipcia, con la sofisticada técnica en el mantenimiento del mismo mediante la momificación, hasta la absoluta falta de respeto, o sentido de la apropiación de la fuerza o características del fallecido vencido, manifestada en la antropofagia, pasando por las actitudes intermedias de incineración o inhumación. En nuestra cultura el cadáver se considera *res extracommercium* y en él se respeta al ser humano al que sirvió en vida. Por esta misma razón se respeta, en cuanto al destino a dar al mismo, la voluntad manifestada del propio fallecido". En tanto CIFUENTES, S.: "Derechos Personalísimos", cit., pp. 406, 407, al comentar a otros autores apunta que "La *communis opinio* acepta que el cadáver es cosa pero no comercializable, aunque cierto tipo de disposiciones gratuitas sean posibles por parte de la persona viva para después de su muerte. GAREIS, quien se refería a la *res nullius* que admite la apropiación (*aneignung*), pero que se le puede aplicar el ordenamiento que regula la cosa (*sachenrecht*), decía que las farsas de dar dinero para que se dejen los despojos en un gabinete anatómico es prueba de inmoral codicia; no se puede permitir que se descuente el propio cuerpo como una letra de cambio antes del vencimiento. En tanto para DE CUPIS, así como es cosa la parte separada del cuerpo vivo, también lo es el cadáver, pero la muerte produce una completa mudanza en la sustancia y en la función del cuerpo entero, el cual no es más un elemento de la persona. Produciéndose la extinción no subsiste un derecho, pues no hay persona o sujeto. La muerte elimina los bienes inherentes y los correspondientes derechos de la personalidad. Sin embargo, en vida, la persona tiene un poder jurídico sobre el futuro cadáver, y después, ese poder de disposición -limitado a ciertos actos- le corresponde a los parientes supérstites". Semejante criterio sigue DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Compendio de", cit., p. 217, para quien los restos no son ya cuerpo humano, sino cosa mueble de una naturaleza especial (cadáver). De igual manera para ENNECERUS, L., KIPP, T., WOLF, M.: "Tratado de", cit., pp. 548 y 597, cuando discurre que "si bien, el cuerpo del hombre vivo no es una cosa, ni tampoco un objeto. A él pertenece también aquello que en las concepciones del tráfico es considerado como miembro o parte de la personalidad humana (por ejemplo, el pelo, dientes orificados). Mientras que con la muerte, el cuerpo (el cadáver) se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero (como lo revela también el deber de enterrar) ni sea susceptible de apropiación". Agregando más adelante, que "...la imposibilidad en que se hallan estas cosas para ser objeto del tráfico, es sólo una consecuencia de no poder recaer sobre ellas los derechos privados o de tener contenido limitado esta posibilidad, y, por tanto, no alcanza a más de donde llega la no susceptibilidad jurídica. Por consiguiente, es mejor hablar de cosas no susceptibles de derecho o de susceptibilidad jurídica limitada, es decir, de cosas sobre las cuales no puede recaer ningún derecho privado o sobre las cuales sólo pueden recaer derechos privados limitados, que correlativamente no pueden ser objeto tampoco del tráfico

del derecho de cosas”. En el orden legislativo, resulta de singular importancia La Ley General de Salud de México de 1984 pues es una de las pocas que se refiere a la naturaleza del cadáver; en su artículo 336 dispone: “los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración”. La misma puede consultarse en VARGAS-ALVARADO, E.: *Medicina Forense y Deontología Médica. Ciencias Forenses para Médicos y Abogados*, Trillos, México, 1991, p. 257. En la jurisprudencia española es criterio reiterado el considerar al cadáver fuera del comercio. La SAP, Burgos, 17 enero 2000 (AC 2000, 505) plantea categóricamente que: “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”. La SAP, Alicante, 2 julio 2003 (JUR 2008, 159293), y afirma al referirse al derecho del demandante sobre el cadáver de su hija que: “...el cadáver como tal no es de su propiedad, es una cosa *extra commercium* que en consecuencia no pertenece a nadie”. Más recientemente en la SAP, Cantabria (Sección 2ª), 15 abril 2015, (JUR 2015, 274454), 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”. En la jurisprudencia cubana, aunque no tenemos un pronunciamiento expreso en este sentido, si se puede colegir similar postura sobre la base de lo razonado en la 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. En ella se expresa: “...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...”.

⁸⁸ En este sentido BLANCO NÁJERA, F.: *Derecho Funeral. Comentario Canónico Civil al Lib. III, Tít. XII, De sepultura eclesiástica* del *Codex Juris Canonice*, Reus, Madrid, 1930, pp. 31-33, argumenta que “en la común estimación de los hombres el cuerpo del hombre difunto no puede equipararse a las demás cosas inanimadas, sino que por su propia naturaleza exige aquel respeto y veneración que debemos a los vivos, ya que el cadáver humano, sobre todo cuando aún no está descompuesto, representa a la persona a la cual perteneció como parte esencial o elemento constitutivo de la misma; es una imagen más fiel; guarda relación trascendental con el alma, a la que estuvo íntimamente unido; en aquellos rígidos miembros no podemos menos de reconocer el instrumento de las nobilísimas y heroicas acciones del ser a quien la muerte arrancó de nuestro lado... , aquel cuerpo muerto tiene, sobre todo para sus padres, el valor de los sufrimientos, trabajos, desvelos y lágrimas que costaron su existencia. Ciertamente que el cuerpo muerto no es ya persona, y por lo tanto, ha dejado de ser absolutamente inviolable, y de la misma manera que los miembros se subordinan en vida al bien de todo el cuerpo, de tal modo que es lícita y aun necesaria su mutilación cuando la salud del hombre así lo exija, también el cuerpo de un hombre difunto se subordina al bien común de los demás hombres, y por razones de utilidad común puede lícitamente mutilarse o destruirse. Pero, salvo esta subordinación, los restos humanos son algo sagrado que debemos mirar con respeto y piedad. ¿Qué significan, si no, el silencio que todos guardamos en la cámara mortuoria donde yace el cadáver, y el saludo al paso del fúnebre cortejo? ¿No

es un culto a los muertos?”. Asimismo CIFUENTES, S.: “Derechos personalísimos”, cit., pp. 406-409, es categórico al expresar: “si bien ha desaparecido la persona y ya no es posible hablar de una especie de continuación residual de la personalidad, concepto difuso, impreciso e inexacto, tampoco resulta apropiado cosificar el cadáver en tal medida que se lo lleva a la noción de objeto material susceptible de tener un valor (art. 2311, Cód. Civil argentino). Es un bien material que en principio, está fuera del comercio, pero que, como los demás bienes personalísimos, puede ser objeto de relaciones jurídicas determinadas, y hay, si se quiere, una posibilidad de disponer dentro de ciertos límites. Aún más, el ser vivo está en condiciones de resolver sobre el futuro de su cadáver, de la misma manera que se admiten actos jurídicos sobre objetos futuros, pero no en igual extensión. El cadáver no es cosa porque si por la facultad de darlo a determinadas destinaciones beneméritas, con atribuciones legales que van señalando su excepcionalidad, a su vez le otorgáramos cuantificación económica, lo colocaríamos en una categoría patrimonial que abriría las puertas a todos los negocios jurídicos dinerarios, que es lo que todavía está preservado. La jurisprudencia ha descartado que sean aplicables a los muertos las normas legales sobre cosas y sujetos de derecho, acudiendo, en cambio, a los principios generales del derecho”. Por su parte ALBALADEJO, M.: “Derecho Civil”, cit., p. 356, al referirse a las cosas pone como una de sus características que sean susceptibles de dominación patrimonial y señala aquellas que no son cosas en sentido jurídico: “Ciertas otras cosas en sentido vulgar, como el cadáver o restos humanos (mientras que no se pueda estimar, según las concepciones sociales, que han pasado a ser cosas sin relación con la persona a la que sirvieron de base), sobre los que, aun siendo posible, en su totalidad, el señorío del hombre, sin embargo, el Derecho no lo admite, por diferentes razones, como el respeto a la persona en lo que fue su base corporal, o consideraciones religiosas, o de orden moral, etc. Por eso, sobre ellas es posible un poder de mero hecho (pero ni siquiera constitutivo de posesión-y no ya de propiedad- jurídicamente hablando), en el cual el Derecho no solamente no protege a la persona, sino que puede dar lugar a que se le impongan sanciones. No pasa a ser propiedad de los herederos o parientes, sino que, libre de señoríos sobre él, está destinado a reposar en el sepulcro, existiendo-al menos normalmente- un deber de enterrar, y sanciones, incluso penales, para –el que faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violase los sepulcros o sepulturas o practicase cualquier acto de profanación de cadáveres-(C. penal, art. 526)”. Por último quiero traer a colación el criterio de BUSTOS PUECHE, J. E.: *Manual sobre Bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 110, que si bien no considera que el cadáver sea un bien de la personalidad, no deja de reconocer lo complejo del tema y que es algo más que una cosa. Al respecto esgrime: “Finalmente, en el caso de personas fallecidas no cabe hablar de bienes de la personalidad, en sentido propio. El cadáver es una cosa para el Derecho. No es fácil construir una argumentación jurídica para explicar y justificar limitaciones o restricciones en el uso de los cadáveres: ya no hay persona; tampoco pueden reconocerse derechos sobre aquéllos a sus parientes o amigos; tampoco al Estado. Sin embargo, forma parte de las creencias universalmente aceptadas y vividas la del respeto a los muertos: fácilmente comprensible desde una perspectiva religiosa trascendente, lo es mucho menos, si se prescinde de esta fundamentación. En todo caso, aquí lo que nos importa es la explicación jurídica, no otra. Tampoco es cuestión que haya de abordarse en este momento. Sea como fuere, bien se reconozca ese respeto-traducido en restricciones importantes sobre la libre disposición del cadáver- en homenaje a la persona que fue, bien se desplace la argumentación hacia los sentimientos de quienes fueron sus familiares o amigos, lo cierto es que hay acuerdo en dispensar un trato especial al cadáver -al menos, respecto del que se presentan familiares o amigos en reclamación de respeto, que lo diferencia de la cosa-y que, como digo, se manifiesta en limitaciones sobre su libre disponibilidad”.

Soy del criterio de que al cadáver no se le puede considerar como persona, semipersona o residuo de la personalidad; pues persona, al igual que personalidad son categorías jurídicas que se le atribuyen al hombre en cuanto ser vivo, por lo que resulta un contrasentido, así como una falta de rigor técnico jurídico y filosófico, adjudicarle esta naturaleza al cadáver. Si bien este último se protege en atención a la memoria pretérita del difunto y como respeto al sentimiento de los familiares, esto no lo hace depositario de estas cualidades.

Para determinar adecuadamente la naturaleza jurídica del cadáver se debe tomar partido en cuanto a lo que vamos a defender como estatuto ontológico de la persona. Respecto a él han polemizado y derrochado tinta diferentes autores, tanto en el campo de la filosofía como en el de la Bioética, con criterios dispares, que van desde establecer una división entre hombre y persona, a aquellos que lo consideran una unidad, con independencia de su capacidad para interactuar con el medio. A modo de ejemplo quiero reproducir a dos exponentes de peso en el campo de la Bioética, cuyos postulados son representativos de dicho debate y representan a la vez el sentir de dos importantes corrientes de pensamiento, con indudable trascendencia teórico-metodológica y práctica.

En primer lugar tenemos a ENGELHARDT con sus cuatro definiciones de persona, a su juicio:

“Existe una acepción de persona como agente moral, a la que hemos denominado ser una persona en sentido estricto (persona1), que contrasta con una acepción social de persona a la cual se le otorgan prácticamente todos los derechos de las personas en sentido estricto, como puede ser el caso de los niños (persona2). Se asigna también un sentido social de persona a los individuos que una vez fueron personas, pero ya no lo son, y que todavía son capaces de realizar una interacción mínima (persona3). También asignamos un sentido social de persona a las personas que nunca han sido ni nunca serán personas en sentido estricto (persona4), como es el caso de los retrasados mentales profundos y de las personas dementes. Hay quien incluso asignaría un sentido social de persona a ciertos seres humanos que sufren graves lesiones

(esto es, personas que se encuentran en estado de coma grave o permanente) y que no son capaces ni siquiera de actuar en relaciones sociales mínimas. El concepto aparentemente unitario del ser humano como persona o agente moral se resquebraja”⁸⁹.

En segundo lugar y en el extremo contrario se sitúa PALAZZANI, la que expone:

“Son tres los elementos constitutivos de la persona: la sustancialidad, la individualidad y la racionalidad. La sustancialidad indica la subsistencia, o sea, el acto de ser que tiene en sí mismo la causa del propio ser y la presencia de un sustrato ontológico que trasciende la mera agregación extrínseca de las partes y que permanece durante el contingente devenir de los actos (el todo es más que la mera suma de las partes o de los actos); la individualidad especifica el principio de distinción de todo ser existente (el cuerpo, o mejor, el código genético único e irrepetible); la racionalidad se refiere a una característica esencial del hombre en cuanto tal, independientemente de la capacidad actual de su ejercicio. De esto se sigue que el hombre es persona sólo por el hecho de 'ser' un 'ser humano', prescindiendo de su capacidad de ejercitar determinados comportamientos o de ejercitar actualmente unas funciones específicas como la perceptividad, la racionalidad o la volición”⁹⁰.

En mi opinión la segunda tesis es la que resulta más acorde con el respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos, y se encuentra a tono con la Declaración Universal de Derechos Humanos y Bioética. La misma es la más omnicomprendensiva de la esencia del fenómeno humano y de la persona. Ergo, soy del criterio de que esa misma realidad ontológica que ostenta la persona y su indivisibilidad e integridad, *mutatis mutandi* se pudieran traspolar al cadáver, que aunque “no ser”, le conferiría una naturaleza especial, haciéndolo digno de respeto tanto en su integridad física como moral y por tanto fuera del comercio de los hombres; guiándose esta transformación por la máxima del respeto a la memoria pretérita y a la dignidad de aquel que estuvo en ese cuerpo como huésped y que perteneció a la familia humana. Existe a mi modo de ver una comunión entre persona y cadáver, en cuanto realidades, en tanto ser y “no ser”; contornos a la vez iguales y diferentes de un mismo fenómeno: la vida y la muerte.

Desde luego, esto me lleva a no ver con agrado la idea de considerarlo como una *res*, sea o no susceptible de comercializarse; pues estaríamos haciendo uso de categorías, construidas por la doctrina jurídica para englobar bienes susceptibles de valoración económica, y por tanto de propiedad. Además de

⁸⁹ ENGELDHARDT, T.: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1995, pp.170-171.

⁹⁰ PALAZZANI, L.: “La fundamentación personalista en bioética”, *Cuadernos de Bioética*, 1993; núm. 14, p. 51.

que parece un intento fácil y poco creativo de darle respuesta a un fenómeno tan complejo, a lo que se adiciona la importante consideración atribuida al propio cadáver, y que lo ha rodeado en el devenir de la humanidad⁹¹.

También quisiera hacer un aparte en torno al tema y reflexionar en derredor a la teoría de considerarlo como *res nullius*. En el año 1992 se publica en Cuba el artículo “Enfoque Jurídico de la Muerte Encefálica”, el que inspiró el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, norma rectora de esta temática en nuestro país, y en el que su autor PARETS GÓMEZ, reflexiona sobre la naturaleza jurídica del cuerpo humano y del cadáver y termina por considerarlo como *res nullius*⁹².

Este autor en dicho trabajo manifiesta lo que para él era en aquel momento una tesis jurídica “novedosa”⁹³ y en tal sentido afirmaba:

“Tratar de despejar tales incógnitas exige que dejemos sentado nuevamente que el cuerpo humano vivo, por ser la persona o sujeto de derecho mismo, y no un objeto apropiable, no es propiedad de la persona: es ella misma. Consiguientemente, el cuerpo humano no es un bien o cosa que se halle en el patrimonio propiedad del sujeto encarnado en ese cuerpo mientras vive. Por ello, al no estar en el patrimonio de la persona al morir, su cadáver no es

⁹¹MARTÍ, J. :“27 de Noviembre”, *Obras Completas*, Tomo 1, Ciencias Sociales, La Habana, 1975, p. 84, apuntó al respecto en su momento: “Y bien hicieron en sepultarlos en la tierra sin término y sin límites; sólo ella es digna de recibir cuerpos que la energía hacia nobles, que la muerte hizo tan grandes. (...) porque los cuerpos de los mártires son el altar más hermoso de la honra”. En igual sentido MARTÍ, J.: “La Meschianza”, *Obras Completas*, Tomo 2, Ciencias Sociales, La Habana, 1975, p. 170, comenta: “Militares de España hubo en la guerra cubana y volverá a haber, que lloraban de amistad y respeto ante el cadáver de sus propias víctimas, que ofrecían la fuga a sus prisioneros con riesgo de su vida y de su honor, que endulzaban con cuidados caballerescos el calabozo y la capilla, que rompían su espada, y pedían la licencia absoluta, antes que herir la libertad en los pechos cubanos. Militares de España ha habido que velaban al enfermo insurrecto con fraternal angustia; que lo sepultaban con la ternura de sus manos”. También, MARTÍ, J.: “Cuaderno 18”, *Obras Completas*, Tomo 21, Ciencias Sociales, La Habana, 1975, p. 425, se cuestionaba hasta dónde era moralmente lícito o necesario que el hombre interviniera para incidir o modificar un cadáver, al referirse a las momias decía: “La momia! El hombre no tiene derecho a convertir lo bello en feo, ni a detener el curso de la naturaleza. La momia es una usurpación. Lo más cuerdo sería dejar podrir el cuerpo. Pero eso daña a los demás. Razonar esto. Derecho y necesidad del hombre de intervenir en la naturaleza?”

⁹² PARETS GÓMEZ, J.: “Enfoque jurídico de la muerte encefálica”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 6, 1992, pp. 79-93.

⁹³ Pongo entre comillas “novedosa”, toda vez que ya en la doctrina científica se hablaba de los derechos personalísimos y había códigos civiles que reconocían el derecho sobre el cadáver en cuanto tal. Véase el artículo 5 del *Codice Italiano* de 1942 y el Código Civil Peruano de 1984.

heredable o transmisible por causa de muerte a sus herederos como sí ocurre con los bienes que integraban su patrimonio en vida. Entonces, si no es heredable, carece de titular, propietario o dueño; es lo que en el antiguo Derecho Romano se denominaba *res nullius* o cosa sin dueño; y resulta que en diversos ordenamientos legales se dispone que los bienes sin dueño son propiedad del Estado, es decir, de todo el pueblo y es el Estado y sus órganos de gobierno y de administración de los servicios públicos quienes pueden disponer del cadáver y de sus órganos y tejidos. Así resulta en Cuba a virtud de lo dispuesto en el artículo 137 del Código Civil vigente al referirse a las formas de propiedad que: Son igualmente de propiedad estatal todos los bienes que existen en el territorio de la República que no son propiedad de alguna otra persona natural o jurídica”⁹⁴.

Sin dudas, esta proposición presenta algunas fragilidades que impiden que pueda ser universalizable como criterio de interpretación de nuestras normas, en sede de derecho de disposición sobre el cadáver y que, por tanto, no pueda compartirla para argumentar la naturaleza jurídica del cadáver. Si bien resulta atinado el razonamiento del autor al ubicar a la persona y considerar la importancia del cuerpo humano, en cuanto sujeto y no en cuanto cosa, sobre la base del respeto a la dignidad humana y por tanto no susceptible de propiedad; por otra parte, propugna una división ontológica, que no comparto, a tenor de lo que he analizado *supra*, al concebir al cadáver como cosa fuera del comercio y por otro lado susceptible de ser propiedad del Estado o de sus organizaciones.

Desde un punto de vista técnico jurídico, el análisis arroja más luz, toda vez que este autor por una parte considera que el cuerpo humano no puede ser heredable al no ser propiedad de la persona y que el cuerpo humano muerto puede ser objeto de derechos, que es una cosa, pero que se encuentra fuera del comercio. No obstante, incurre en el error técnico y ético de considerarlo como *res nullius*, lo que quiere decir cosa sin dueño, que no tiene propietario y al mismo tiempo le otorga esa propiedad al Estado.

Siguiendo un argumento *a fortiori*, si el cadáver no puede ser objeto de propiedad por parte de los herederos, pues el cuerpo humano no es un bien patrimonial y por tanto no se transmite por causa de muerte, con mayor razón tampoco podrá ser del Estado, pues se encuentra fuera del patrimonio y del comercio. Nunca será una *res nullius*, su naturaleza es otra, el hecho de no ser transmisible por causa de muerte no lo convierte en propiedad de otro; amén de que objeto del derecho de propiedad solo pueden ser aquellas cosas valorables económicamente, estando el artículo 137 del Código Civil diseñado para atribuirle la propiedad al Estado sobre bienes que tengan esa naturaleza,

⁹⁴ PARETS GÓMEZ, J.: “Enfoque jurídico”, cit., p. 91.

lo que resulta en una contradicción insalvable al defender el precitado autor que el cadáver se encuentra fuera del comercio de los hombres y no es equiparable a dinero.

Dicho razonamiento resulta contraproducente al no tener en cuenta la riqueza del derecho ni su capacidad para dar respuesta a la vida material, mediante la creación o el empleo de nuevas figuras jurídicas. Igualmente vulnera el principio de autonomía y el respeto a la memoria pretérita del fallecido, al utilizar categorías construidas por la doctrina jurídica para dar respuesta a fenómenos patrimoniales, aplicándolas a fenómenos que no lo son y concederle el derecho al Estado con preferencia a la voluntad del fallecido y de la familia.

El Derecho debe establecer nuevas categorías e instituciones, para dar cobija a una realidad social cambiante, más rica que la jurídica, pues este es su cometido, no el de petrificarse en instituciones ya preestablecidas, que no estén acordes para dar solución a la naturaleza de nuevas figuras, como es el caso. Me parece más atinado con su naturaleza, la idea de considerarlo como un bien especial, extrapatrimonial.

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 personalísimo⁹⁵. Si trasladamos 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, y sustraerlo

⁹⁵ En este sentido resulta muy pertinente la reflexión kantiana que trae a colación CASAS MARTÍNEZ, M. de la L.: “La experiencia del cuerpo propio”, *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, cuando expone“(…) 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”. Sin embargo, si usamos otro enfoque al tratar el tema, sobre el prisma de los derechos inherentes a la personalidad, pienso que sería consecuente con esta idea la posibilidad de disponer sobre el cuerpo humano vivo o muerto, dentro de sus justos límites.

del tráfico económico. Igual tratamiento se les debe otorgar a los órganos, tejidos⁹⁶ y a las cenizas.

Por otra parte PARETS GÓMEZ se ve también limitado en su argumentación al no tener en cuenta la existencia de los derechos personalísimos ni de derechos

⁹⁶ Al respecto de la naturaleza jurídica de los órganos y tejidos ABBOUD CASTILLO, N. L., PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Las donaciones”, cit., p. 726, nos dicen: “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”. Con una posición intermedia sobre la comerciabilidad de las partes del cuerpo CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Derecho Civil”, cit., p. 383, expone: “La propiedad y la comerciabilidad de las partes separadas sólo tiene lugar en tanto que la ley y las buenas costumbres no se opongan... No se puede dar un criterio general”. Con una postura más extrema ENGELDHARDT, T.: “Los fundamentos”, cit., p.179, 202, considera que sí puede existir propiedad sobre el cuerpo humano y sobre los órganos, siempre que la persona de su consentimiento: “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”. Y más adelante añade 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)...” Similar enfoque defiende GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E.: “El patrimonio”, cit., pp.985, 986, 991, 992, al argumentar: “Por mi parte estimo que el cadáver es definitivamente una cosa, como las que se estudiaron en el apartado 26 y siguientes, y sólo una consideración de tipo místico, religioso, es la que aún hace a los tratadistas dar pasos titubeantes ante tal pensamiento, y estimar que el cadáver se debe mantener como algo especial, como cosa “sui generis”- y si fuera “cosa sui generis” la haría dejar de ser cosa- y que debe merecer sólo un trato especial destinado a su entierro, cremación o aprovechamiento, pero hasta ahí. Por mi parte, soy plenamente partidario de la validez de los contratos que una persona celebre para el aprovechamiento de lo que será su cadáver, y que ese contrato sea a título oneroso o gratuito. Creo que se puede denominar a este tipo de contratos como “contratos relativos al cadáver”, para evitar esas posibles torcidas y hasta cierto punto descomedidas interpretaciones de la expresión. Reconozco que gramaticalmente es lo mismo decir “Contrato cadavérico” que “contrato relativo al cadáver”, pero siento que hay menos posibilidades de choteo, o falta de respeto con la segunda denominación que con la primera”. Me veo obligado a disentir de éstos dos últimos autores, pues sitúan a la persona como medio y no como fin en sí misma. Además considero que el componente místico o religioso no es el que determina el respeto que debe profesarse a los cadáveres o determina qué tipo de actos deben realizarse, aunque reconozco que han incidido en ello, pero hoy debemos hablar de un mínimo de sentido común, de un referente ético que se debe seguir sobre la base del respeto a la dignidad humana y por el hecho de pertenecer a la familia humana.

familiares que pueden ser útiles a la hora de hablar de disposición sobre el cadáver y sus partes, diferentes del derecho de propiedad. En este sentido defiende la tesis de que el derecho de disposición sobre el cadáver es de carácter personalísimo cuando es ejercitado por la persona en vida, naciendo en los familiares después de su deceso un derecho familiar que permite tutelar la voluntad del fallecido y su memoria pretérita o disponer del cadáver cuando no existió manifestación de voluntad por parte de éste. En defecto de las personas anteriores nace a favor de determinados sujetos de derecho público o privados en función pública, una potestad que permite disponer sobre el cadáver y sus partes dentro de innegables límites y seguido por determinados principios éticos; pero nunca un derecho de propiedad, no siendo posible aplicar el expediente de la *res nullius*.

En otro orden de cosas, quisiera puntualizar también qué debe entenderse por naturaleza jurídica del cadáver, toda vez que el propio autor antes citado, en su artículo dejó sentada una definición que no resulta acorde desde el punto de vista jurídico y pudiera ser susceptible de crear cierta confusión, además de ser trascendente, pues en su momento informó el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos de 1992. Al respecto de la naturaleza jurídica del cadáver expresaba PARETS GÓMEZ:

“(…) se impone previamente definir lo que entendemos por una importante institución médico-legal de gran aplicación: el status legal o naturaleza jurídica del cadáver”⁹⁷.

Y más adelante añade:

“En un sentido amplio, puede definirse el status legal del cadáver como el conjunto de disposiciones legales vigentes tanto de derecho interno como de Derecho Internacional, en las cuales se sustentan todas las actuaciones médico legales u otras relativas a la manipulación del cadáver”⁹⁸.

En primer lugar, este autor brinda una definición reduccionista de lo que se entiende por naturaleza jurídica del cadáver, circunscribiéndola al ámbito médico legal. La naturaleza jurídica de cualquier institución constituye una categoría que es cimiento, base, punto de partida en torno a la cual se generan determinadas relaciones jurídicas y se establecen determinadas normas. Es lo que define y distingue esa institución y sienta los principios que irradian su posterior regulación. El cadáver es un bien jurídico extrapatrimonial, de naturaleza especial, que solo puede ser objeto de relaciones personales puras.

⁹⁷ PARETS GÓMEZ, J.: “Enfoque jurídico”, cit., p. 89.

⁹⁸ PARETS GÓMEZ, J.: “Enfoque jurídico”, cit., p. 89.

El Código Civil, al ser la norma encargada de regular a la persona en sus relaciones privadas, en un plano de igualdad, con carácter dispositivo y con alcance general y supletorio, le corresponde establecer cuándo comienza y termina la persona, qué es el cadáver y cuáles son las relaciones jurídicas que lo pueden tener como huésped. Igualmente el Código Civil tiene como objeto de regulación las relaciones personales puras. Este sería el punto de partida, donde nace el río, donde queda establecida la naturaleza jurídica y a partir de ahí y siguiendo los mismos principios, puede ser regulada acorde con los intereses administrativos, médico legales, de salud pública, entre otros.

De ahí que no comparta el criterio de que el status legal o la naturaleza jurídica del cadáver es una institución médico legal y que se entiende como el conjunto de disposiciones legales vigentes en las cuales se sustentan todas las actuaciones médico legales u otras relativas a la manipulación del cadáver. Por el contrario, la naturaleza jurídica del cadáver o el estatus legal del mismo debe entenderse como la situación ontológica del “no ser”, a partir de la cual levantar velas para regular las actuaciones sobre el mismo, tanto médico legales como civiles. Es el punto de mira, el referente mínimo desde donde legislar.

1.4. Contenido del derecho subjetivo sobre el cadáver

En este punto me parece acertado comenzar definiendo que entender por contenido del derecho subjetivo. A este fin me gustaría reproducir la definición brindada por VALDÉS DÍAZ, la que expone que:

“(…) éste representa el poder que puede ejercer el sujeto sobre el objeto del derecho, o sea, todo el conjunto de facultades que posee el titular en virtud del derecho que se le atribuye por el ordenamiento jurídico, por ello puede decirse que éste conforma la sustancia misma del derecho, lo que precisamente distingue unos derechos de otros. Considerados en abstracto, todos los derechos subjetivos tendrán ese conjunto de facultades concedidas al titular y, además, los derechos y deberes que correlativamente se derivan de él, así como las cargas que dicho derecho impone. También forma parte del contenido del derecho la especial protección que jurídicamente este recibe, que se traduce en la posibilidad de ejercitarlo y defenderlo mediante acciones, excepciones, medidas de seguridad que la ley concede, entre otras”⁹⁹.

Como se puede apreciar el contenido encierra un conjunto de aspectos que con carácter general deben estar presentes en todos los derechos subjetivos, y

⁹⁹ VALDÉS DÍAZ, C. del C.: “Relación jurídica”, cit., pp. 90-91. En este mismo sentido agrega DABIN, J.: “El Derecho”, cit., p. 209, que el contenido de un derecho es aquello que lo delimita en su modo y en su extensión: incluye tal prerrogativa o haz de prerrogativas. El objeto del derecho es aquello sobre lo que actúa el derecho así delimitado.

que pasaran a tener fisonomía propia cuando se hable de una especie en particular. A los fines de ésta obra sólo me detendré a analizar aquel que tiene que ver con las facultades que le son consustanciales a su naturaleza.

Cuando se estudia la figura del derecho de disposición sobre el cadáver en abstracto, desligado del tipo de sujeto que pueda ser titular de él en determinado momento y la cualidad jurídica que pueda ostentar, saltan a la vista dos grupos importantes de facultades, las dispositivas y las defensivas¹⁰⁰. En el caso de la facultad dispositiva, se abre un diapasón de posibilidades de actuación, en dependencia de lo que desee hacer con él y en relación al cadáver visto como un todo o en cuanto a sus partes. Ergo, la posibilidad de disponer va a abarcar las siguientes aristas:

1. En orden a determinar el destino final del cadáver como un todo, que incluiría:

- a) Inhumación,
- b) Cremación,
- c) Realización de investigaciones científicas o con fines docentes,
- d) Realización de ritual funerario,
- e) Determinación del lugar de reposo final,
- f) Exhumación,
- g) Destino de las cenizas,
- h) Inmersión en el mar.
- i) Criogenización.

2. En orden a determinar sobre la integridad física del cadáver, que incluiría:

- a) Autopsia,
- b) Embalsamamiento y otras técnicas de preparación del cadáver.

3. En orden a determinar sobre partes del cadáver, que incluiría:

- a) Donación de órganos, tejidos y otras piezas anatómicas con fines de trasplantes para salvar vidas humanas.

¹⁰⁰Al referirse al contenido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Derecho Subjetivo. Negocio Jurídico*, volumen III (puesto al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA), Dykinson, Madrid, 2000, p. 82, es del criterio que "... no sólo queda configurado desde su perspectiva o lado activo (lo que el sujeto puede hacer), sino también desde el lado pasivo (lo que otros tienen que respetar, o incluso lo que les es exigible: deberes jurídicos), y aún por los medios de defensa que garantizan la efectividad de las facultades que lo integran. Tres vertientes, pues, tiene el contenido del derecho subjetivo: las facultades jurídicas que competen al titular, los deberes jurídicos que vinculan o afectan a ciertas personas situadas en el lado pasivo de la relación, y la protección jurídica que se le dispensa". Y separa la protección de las facultades, criterio que no comparto, pues aquí no hablamos de deberes o cargas, sino de verdaderas situaciones jurídicas de poder que desencadenan todo el arsenal defensivo, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones y la exigencia de otras garantías.

b) Donación de órganos, tejidos y otras piezas anatómicas para fines docentes o de investigación científica.

El derecho que ostenta el finado en vida, en cuanto derecho personalísimo, va a estar integrado por ambas facultades. Sin embargo, debo apuntar, que aunque goza de las dos, la que puede ejercitar en vida es la que se refiere a la faceta dispositiva, en cualquiera de sus aristas, todas vez, que cuando el sujeto actúa en vida el derecho, se está pronunciando sobre un evento futuro, que tendrá lugar después de muerto y no será hasta entonces que se pueda valorar si se respeta o no esa voluntad y si es necesario poner en marcha el mecanismo defensivo.

Se pudiera decir que existiendo una manifestación de voluntad del causante en uno u otro sentido, nace en los terceros un derecho o potestad que irá encaminado a proteger esa última voluntad, buscando que sea respetada y en caso de que no sea interesar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios de ser pertinente.

El derecho o potestad que nace en los terceros, variará en cuanto a su contenido, en dependencia de si el fallecido manifestó en vida algún tipo de voluntad respecto del destino final a dar a su cadáver, sobre su integridad física o sus partes y su amplitud vendrá dada sobre la base de aquellos aspectos sobre los que haya existido o no pronunciamiento. Además, será necesario indagar sobre la última voluntad del causante para dilucidar cuál va a ser la configuración específica y definitiva del derecho de los terceros, ya no en abstracto, sino en su dinámica específica.

Aquí, sería discutible para algunos, el hecho de establecer como regla general que los terceros disfruten de facultades positivas, de alternancia o escogencia entre las distintas variantes, o si sólo deben ostentar la posibilidad de defenderlo y pronunciarse únicamente sobre su inhumación¹⁰¹. ¿Sería

¹⁰¹ En otro tema, que no idéntico, pero con el que pudieran existir algunos puntos de contacto, VENDRELL CERVANTES, C.: "El mercado", cit., pp. 505, 507, 508, expresa que algunos autores consideran que la actuación de los legitimados en la defensa de la memoria del fallecido no incluyen facetas positivas, más solo defensivas y cita: "(...)Bodas Daga, concluye que –no debería permitirse que, sin el consentimiento en vida del que fue, terceras personas- aunque lo otorgue alguno de los legitimados, ex art. 4.2º -puedan prestarlo por lo menos cuando afecte, por decirlo de alguna manera, al "aspecto moral" de los derechos que el muerto tuvo en vida (...)-. A la misma conclusión llega Palazón Garrido, quien niega que la legitimación post mortem prevista en la LO 1/1982 pueda comprender el ejercicio de facultades positivas. Constituyen, en cambio, una afortunada excepción las reflexiones de Grimalt Servera, que admite con naturalidad el consentimiento –en el caso de las personas fallecidas(sic)-; o las de De Verda y Beamonte en relación con el consentimiento de los familiares en la intromisión en la intimidad del autor o destinatario fallecido de cartas que

atentatorio contra la memoria del causante? ¿Acaso nos estaríamos extralimitando si permitiéramos que los terceros se pronunciaran en cuanto a posibilidades de actuación diferentes a la inhumación, como la donación de órganos y tejidos, ante el silencio del *decius*?

Soy del criterio de que no resulta atinado limitar esta situación jurídica de poder, si bien existe un deber de darle un destino final a los restos mortales de una persona, ya hoy no se puede circunscribir éste al deber de inhumar, pues como ya se ha analizado, el desarrollo de la civilización ha permitido el nacimiento de un derecho, derecho que trasciende a terceros, ya sean o no familiares, y que la vida diaria demuestra como ya no es tan clara la existencia de una única costumbre, y como se interrelación visiones particulares del mundo, creencias religiosas, tecnológicas, motivaciones altruistas, y limitarlo negaría la evolución del pensamiento y la riqueza y complejidad del entramado social y de las interacciones sociales que tienen lugar, ya sea entre parientes o con instituciones.

También, además de existir un derecho con contenido variable en el caso de los parientes, considero que hay presentes en ellos un deber moral¹⁰². Hablo

contienen datos íntimos de este”. Y más adelante sostiene: “Y, en este sentido, cabe resaltar que, por un lado, la concesión de un régimen protector para la memoria del fallecido no se compone simplemente de un conjunto de acciones represivas de las eventuales intromisiones, sino que también debe contar con instrumentos dispositivos por medio de los cuales los titulares de dicha posición defensiva puedan prevenir, contener o controlar dichas intromisiones. Por otro lado, la posición jurídica reconocida por el ordenamiento a las personas legitimadas para defender la memoria del fallecido se caracteriza, lógicamente, por la titularidad de una facultad de prohibir una serie de usos y que, en definitiva, no difiere demasiado de la que tenía en vida el titular originario o, en general, de la de cualquier titular de un derecho subjetivo absoluto. Y, de esta manera, las personas legitimadas-a pesar de contar con una posición jurídica dotada de unas facultades que siguen siendo irrenunciables e intransmisibles (arg. Ex art. 1.3 LO 1/1982)- pueden excluir la ilicitud de una conducta que tiene por objeto la publicación de la imagen o de los datos de la vida privada del fallecido mediante el ejercicio válido del consentimiento o autorización para la intromisión en derechos e intereses jurídicos subjetivos”.

¹⁰² En este sentido, también KIPP, citado por Borrel MACIÁ, A.: “La persona”, cit., p. 201, es partidario de la idea, y señala la vía de la carga modal, como forma de hacer jurídica la obligación. Éste expresa: “se trata de un derecho concebible como personal de los sobrevivientes para disponer del cadáver; y que si bien aquéllos deben respetar la voluntad del difunto, ello es en virtud de una obligación de carácter moral, no jurídica coactiva; y para ello, para que la disposición del causante sobre su inhumación pueda tener eficacia jurídica debe hacerse en forma de modo como carga a quien se beneficia de la herencia (heredero, legatario)”. Ide, que si bien pudiera ser una vía de asegurar la ejecución de la voluntad por parte del causante, choca con la dilación del trámite sucesorio y la prontitud con que debe tratarse al cadáver. Su planteamiento no es nuevo para el derecho, según se constata en RODRÍGUEZ DE FONSECA, B., DE ORTEGA, J. M.: “Cuerpo de”, cit., p. 305, algo similar se

de un deber de esta índole, y no jurídico, porque los mismos afectos que reconoce la ley son los que llevan a una persona a responsabilizarse por la disposición del cadáver y si éstos, desde el punto de vista social fallan, la norma nada puede hacer; sólo sentar pautas, que permitan a los familiares ejercitar estos derechos y ante su negativa¹⁰³, crear un mecanismo supletorio.

Por otra parte, con respecto a los terceros no familiares cabría decir que la potestad que éstos ostentan puede estar conformada por ambos grupos de facultades (ya sean instituciones de salud, u otras personas que autorice la ley, pero vinculados a través de la labor que desempeñan). Éstos ante el silencio por parte del difunto o ante la inacción de los familiares, les correspondería determinar el destino final del cuerpo muerto y de sus partes, disponer sobre su integridad física, así como actuar en su defensa. El ejercicio del poder por parte del finado y de los parientes los excluye, teniendo su actuación un marcado carácter supletorio. Además, es preciso enfatizar que en éstos el deber de carácter residual no es de índole moral, sino jurídico y están compelidos a brindarle un destino final al cadáver siempre que los anteriores no lo hayan hecho.

regulaba en el Código, Ley. XII. Ulpiano. Lib. 25 en el Edicto: “corresponde que el funeral sea hecho por aquel que el moribundo hubiere elegido; pero si este no lo efectuare, no tendrá pena alguna, a menos que se le hubiere legado algún emolumento para ello; pues en este caso, si no obedeciere la voluntad del difunto, se le excepcionará por ello, pero si el difunto no hubiese dispuesto acerca de este particular, ni confiado a nadie este encargo, corresponde esto a los herederos escritos; y si no hubiese herederos escritos, a los legítimos y a los parientes, cada uno según el orden con que sucedan. Los gastos del funeral se regulan según los haberes y dignidad del fallecido”.

¹⁰³ Nadie puede obligar a una persona a que se encargue del destino final del cadáver de un padre que lo abandonó de pequeño, o que intentó matarlo, etc. Son cuestiones de la realidad extrajurídica, que forman parte de las relaciones personales, de los sentimientos y que tienen mucho que ver con la psicología, o la personalidad de cada individuo.

CAPÍTULO III

REFLEXIONES EN TORNO AL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER EN LA REALIDAD CUBANA SOBRE LA BASE DEL ESTUDIO DE LOS FACTORES, PROBLEMAS ÉTICOS, CONFLICTOS DE VALORES Y PRINCIPIOS ÉTICOS QUE LO CINRCUNDAN

SUMARIO: I. FACTORES QUE INCIDEN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.- 1. La Religión.-2. Las costumbres.-3. El espacio geográfico.-4. Condiciones económicas y materiales.-5. El medio ambiente. 6.- Desconocimiento de la norma jurídica y cómo instrumentarla.-II. PROBLEMAS Y CONFLICTOS DE VALORES QUE ACONTECEN A LA HORA DE EJERCITAR EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER EN CUBA.- 1. No se puede velar el cadáver cuando se haya solicitado la cremación y no se pueden velar las cenizas.- 2. No se diagnostica la muerte según criterios neurológicos.-3. No se consulta a los familiares la práctica de la necropsia clínica.-4. Orden de preferencia a la hora de disponer sobre un cadáver.-III. PRINCIPIOS ÉTICOS QUE GUARDAN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.-1. Presencia y ausencia del componente axiológico en las normas cubanas que disciplinan la materia.

I. FACTORES QUE INCIDEN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER

El ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver, así como su regulación positiva revisten tal complejidad, que si lo miramos solo con el prisma de la racionalidad clásica y de la necesidad de una adecuada regulación jurídica de la que depende su plena realización, quedaríamos a medias en el camino recorrido y el resultado sería infructuoso. Sólo sobre la base de un análisis bioético se puede incursionar en el entresijo que reviste ese derecho he intentar una adecuada configuración positiva del mismo. Ello parte de tener en cuenta los múltiples factores que inciden en su ejercicio.

El hombre realiza sus actividades de la vida diaria en un espacio geográfico limitado, con determinado conjunto de fijos y con una específica intensidad en los flujos; espacios que pueden estar en zonas luminosas o en otras opacas y que de hecho repercuten en su proyección. Igualmente, ese lugar en el que se desarrollan las interrelaciones humanas de los individuos tiene una cuota importante de historia heredada, de tradiciones que le preceden, cultura, modos de vida, creencias; además de la proyección individual de cada persona que, sin duda, va a estar influenciada por su medio y por los contactos sociales que establece, por su cosmovisión particular del mundo, por su proyecto de vida y por los complejos mecanismos psicológicos de regulación y autorregulación de la conciencia, en el que las creencias religiosas pueden jugar

un papel importante al igual que las normas morales, y lo que como persona considera como justo o deseable.

Al ser la muerte un hecho cultural y social¹⁰⁴, la disposición del cadáver también se ve afectada por ello. Existen distintos aspectos que, como la cultura, las costumbres, la religión, los factores económicos, los espacios geográficos, la concepción particular del mundo de cada persona, los factores medioambientales, la salud pública, la ética, la moral, el desconocimiento de los derechos y la existencia o no de una adecuada legislación y aplicación de la misma, entre otros, determinan la naturaleza multifactorial del fenómeno que analizo.

1. La Religión

En cuanto a la religión se puede decir que a pesar de ser nuestro país un estado laico, las creencias religiosas forman parte de la vida de muchos cubanos, ya sea por una cuestión de fe o de tradición, incidiendo sin dudas en la disposición sobre el cadáver y en el ritual funerario¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Resulta ilustrativo lo expuesto por YOUNGNER S. J.: “The Definition of Death, en STEINBOCK, B., editor: *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, University Press; 2007; p.298, al hablar de la definición de muerte según criterios neurológicos: “This examination will lead us to conclude that death itself is a social construct and that, in a pluralistic society such as ours, a conclusive definition of death or determination of the moment of death is out of the reach of both medical science and philosophy. However, death is a social construct. Medical science can better illustrate (or complicate) the biological context in which it takes place. Philosophy can present more or less cogent arguments to choose one loss of function as conceptually more important than another. But culture and context will always be the final arbiter. Brain death may have been ‘grandfathered’ into American culture, but a look at other modern societies illustrates that belief in and acceptance of brain death are not inevitable”.

¹⁰⁵ Al respecto me permito traer a colación a FONTI, D.: “Morir en”, cit., p. 62-63, cuando expresa: “El elemento históricamente más significativo son los rituales y cultos relativos a los muertos. Xabier PIKAZA sostiene que probablemente el fenómeno entero de la religión ha surgido de la experiencia violenta y final de la muerte. Toda una serie de ritos y gestos se elaboraron en torno a este fenómeno, muchos de los cuales ritual o simbólicamente permanecen aún hoy: la antropofagia ritual (gesto ambivalente de dominio y veneración), el enterramiento, la noción de “viaje” (protocolo extendido desde las marítimas culturas normandas hasta los enterramientos de los aborígenes sudamericanos), y la cremación (ritual que asocia el fuego al alma misma y su purificación)”. Igualmente se manifestaba en MARTÍ, J.: “Cuaderno 18”, cit., p. 414, el que profesaba la fe católica, y en una época en que la Iglesia no permitía la cremación se preguntaba: “Y mis dos problemas,-mis tres problemas: ¿Qué se ha de hacer con el cadáver? ¿Quemarlo? ¿Enterrarlo?”. La Iglesia Católica ha mantenido una preocupación constante con respecto al destino final a dar los cadáveres, procurando el respeto al cuerpo humano muerto, prefiriendo la inhumación y que las actuaciones distintas a ésta, que sobre el cadáver se hagan, no estén amparadas en motivos contrarios a la fe. Recientemente se publicó la Instrucción *Ad resurgendum cum Christo*, de la Congregación para

Cuando se conversa con el personal de servicios necrológicos en Cuba, se aprecia la preocupación por parte de los empleados de funeraria ante la ausencia de un espacio para que aquellas personas con creencias religiosas puedan manifestarlas y rendirles tributo a sus deudos. Esto a la vez constituye una preocupación de las personas que solicitan el servicio en la funeraria a la vez que un reclamo, sintiéndose limitados en su duelo y en la manera de manifestar su individualidad, ya sea en cuanto creencia o costumbre, en torno al fenómeno de la muerte o en cuanto derecho. Al no estar permitido, depende de la voluntad de los coordinadores y administradores de estos establecimientos, que se permitan tales prácticas o rituales.

En las Normativas Técnicas para el Trabajo en las Funerarias, dictado por el Departamento Independiente de Servicios Comunes, perteneciente al Ministerio de Economía y Planificación, en diciembre del año 2007, en su artículo 144 se prohíbe expresamente la realización de actividades religiosas en esas instalaciones. Este precepto establece:

“En las funerarias no se permitirán actividades religiosas, bebidas alcohólicas, música, o cualquier otra manifestación ajena al normal desenvolvimiento del servicio que prestamos”.

la Doctrina de la Fe, de fecha 15 de agosto de 2016 y en la misma se sientan importantes pautas para los creyentes, que inciden indefectiblemente en la suerte a dar a los cadáveres, específicamente en materia de cremación y destino de las cenizas. En la misma se expresa: “Si por razones legítimas se opta por la cremación del cadáver, las cenizas del difunto, por regla general, deben mantenerse en un lugar sagrado, es decir, en el cementerio o, si es el caso, en una iglesia o en un área especialmente dedicada a tal fin por la autoridad eclesiástica competente”. Y más adelante se añade: “Por las razones mencionadas anteriormente, no está permitida la conservación de las cenizas en el hogar. Sólo en casos de graves y excepcionales circunstancias, dependiendo de las condiciones culturales de carácter local, el Ordinario, de acuerdo con la Conferencia Episcopal o con el Sínodo de los Obispos de las Iglesias Orientales, puede conceder el permiso para conservar las cenizas en el hogar. Las cenizas, sin embargo, no pueden ser divididas entre los diferentes núcleos familiares y se les debe asegurar respeto y condiciones adecuadas de conservación. Para evitar cualquier malentendido panteísta, naturalista o nihilista, no sea permitida la dispersión de las cenizas en el aire, en la tierra o en el agua o en cualquier otra forma, o la conversión de las cenizas en recuerdos conmemorativos, en piezas de joyería o en otros artículos, teniendo en cuenta que para estas formas de proceder no se pueden invocar razones higiénicas, sociales o económicas que pueden motivar la opción de la cremación”. Considero que la misma es muy atinada, al llamar a la reflexión y tratar de poner coto a determinados comportamientos que han llevado a denigrar el valor y significado de las cenizas en cuanto unidad indivisible (en un sentido ideal) de lo que fue el cuerpo humano, vulgarizándose su uso o custodia, ya sea por convertirlas en piezas de joyería o pretender dividir las entre la familia. Aunque, en cuanto a la posibilidad de esparcir las mismas, no comparto del todo el criterio vertido en la Instrucción cuando ésta se realice por motivos que no sean contrarios a la fe.

Ello, sin dudas, choca con una visión del fenómeno desde la complejidad y lo reduce o simplifica, provocando un divorcio entre la espiritualidad del acto y la corporeidad del cadáver, y entre la norma y la realidad social y cultural.

También este artículo es cuestionable desde el punto de vista ético al equiparar las cuestiones religiosas al consumo de bebidas alcohólicas y a escuchar música, desconociendo la diversidad cultural que caracteriza al pueblo cubano. Este precepto da al traste con las costumbres o creencias de los parientes y con la memoria pretérita del fallecido. Además, dicha normativa debió puntualizar que se entiende por el normal desenvolvimiento del servicio, toda vez que estamos ante un derecho humano que se ejercita cuando la persona no está y es un deber de los familiares defenderlo en atención al respeto de su memoria pretérita.

Contrario *sensu* a lo dispuesto en esta norma y muy atinado desde el punto de vista ético, está el Proyecto de Decreto Ley sobre los Servicios Necrológicos que en su artículo 10 establece:

“Los actos cementeriales de carácter privado y público se regularán en los reglamentos de acuerdo con las tradiciones funerarias del lugar de modo que se respete el derecho de los dolientes”.

Lo anterior da cabida tanto a la práctica de creencias religiosas en torno a la muerte, como a determinadas actuaciones que se puedan realizar en la localidad, que constituyan tradición o característica distintiva del ritual funerario. También contempla con su regulación la protección a la memoria pretérita del finado y a la autonomía de su familia por medio del respeto a los afectados, conjugando tradiciones y derechos.

Además, en su artículo 11 establece que las actividades turísticas y comerciales que se realicen en los cementerios no deben obstaculizar la función social de los mismos, ni interferir con los objetivos higiénicos, sanitarios, religiosos y conmemorativos. Y por su parte el artículo 13 establece los mínimos que deben estar recogidos en el reglamento interno de los cementerios, entre los que se incluyen los actos cementeriales religiosos.

Este Proyecto de Decreto Ley, con una visión desprejuiciada, rescata y reconoce la importancia del componente religioso, de la diversidad cultural y de las tradiciones y su incidencia en la disposición sobre el cadáver, reconociendo así su naturaleza multifactorial¹⁰⁶. No obstante, se le puede

¹⁰⁶ Demostrativo de ello resulta lo dispuesto en su artículo 3: “A los efectos del presente Decreto-Ley se entiende por Cementerio al lugar destinado a la inhumación de cadáveres y

criticar que no da respuesta a la problemática explicada en líneas más arriba, toda vez que no prevé tal posibilidad para las funerarias. Y esto último resulta reprochable, al ser una norma encaminada a regular los Servicios Necrológicos en todo el país¹⁰⁷; el que es prestado, entre otras entidades, por el sistema de funerarias. No existe justificación desde el punto de vista ético y teleológico para establecer una distinción entre el servicio que se presta en ambas entidades, siendo dos momentos del mismo fenómeno y ejercitándose el mismo derecho.

En el ámbito del Derecho Comparado se aprecia la incidencia del componente religioso en el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver. La Resolución número 29 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de mayo de 1978, cuyo título es “Armonización de las legislaciones de los Estados Miembros sobre las extracciones, los injertos y los trasplantes de sustancias de origen humano”, establece en su artículo 10 apartado 1:

“No se debe efectuar ninguna extracción cuando hay una oposición manifiesta o presunta del difunto teniendo en cuenta sus convicciones religiosas o filosóficas”¹⁰⁸.

Y en el plano ético la Conferencia Internacional de Colegios de 1983 exige la ausencia de contraindicación ligada a las convicciones religiosas del difunto, independientemente del consentimiento dado o no por sus parientes, lo que es aplicable a las distintas facetas de la disposición sobre el cadáver, entre ellas la autopsia¹⁰⁹.

2. Las costumbres

Cuando se comienza a discurrir sobre la incidencia de las costumbres en este fenómeno, se puede apreciar la metamorfosis operada en las tradiciones en

a la conservación de restos humanos y cenizas. Son espacios de paz y recogimiento y portadores de la cultura y la historia de cada localidad”.

¹⁰⁷ En su artículo 8 al establecer los servicios que presta el cementerio incluye en su apartado 5: “la capilla religiosa o funeraria”. En el resto de su articulado hace mutis a igual posibilidad para las funerarias.

¹⁰⁸ En Consejo de Europa-Organización Panamericana de la Salud: “La salud y los derechos humanos. Aspectos éticos y morales”, Organización Panamericana de la Salud, Washington DC., 1999, no 574, pp. 137-143, se pueden consultar los análisis de casos en relación con el tema objeto de estudio y los diferentes puntos de vista desde las distintas morales religiosas, desde la ética y desde el derecho, vinculado con el respeto a las creencias religiosas, al cadáver y a la autonomía. Ejemplificativo de ello son las fichas 10 y 11, pp. 137 a la 144; y las fichas 21 a la 23, pp. 172 a la 181.

¹⁰⁹ *Idem*.

torno al cadáver. El Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos en su artículo 61 establece un plazo mínimo de seis horas posteriores al fallecimiento para poder proceder a la inhumación. Ello guarda relación, sin dudas, con un momento de la historia en que no existía total certeza del diagnóstico de la muerte y no era posible, acorde con la tecnología, diferenciar los estados de coma de aquellos en que existía un cese irreversible de las funciones encefálicas y por tanto, en ambos casos, la persona se consideraba como fallecida. Ello trajo consigo el surgimiento de los velorios y la existencia de complejos mecanismos para que el fallecido pudiera solicitar auxilio en el caso de que el diagnóstico fuera errado, pues en la realidad se veían casos de personas que aparentemente resucitaban.

Con el paso del tiempo el velorio fue perdiendo su naturaleza inicial y pasó a convertirse en tradición familiar, en muestra del respeto a la memoria pretérita del finado y como forma de rendirle tributo, y más recientemente en un derecho. A la par que fue evolucionando la ciencia y la tecnología aplicada a la medicina y los diagnósticos médicos se hicieron cada vez más certeros, se fue transformando el sentido de las exequias, propugnándose como un derecho de la persona o de la familia, siendo cada vez menos necesario el tiempo mínimo de espera para inhumar a un cadáver o proceder a hacer efectivo el destino final dispuesto; sin embargo, en Cuba la prohibición persiste en la norma.

En la práctica cubana algunos familiares manifiestan a los empleados de la funeraria su deseo de proceder a inhumar de inmediato el cadáver de su pariente, pues se encuentran inconformes con tal limitación. Ello ha llegado a tal extremo, en el que los funcionarios que prestan el servicio les exigen una renuncia por escrito a ese tiempo mínimo, con el propósito de quedar exonerados de responsabilidad y proceder a inhumar dada la exigencia de la familia, violando así lo dispuesto en la norma.

Ello resulta improcedente, toda vez que nos encontramos ante un precepto de carácter prescriptivo, no dispositivo, que responde a intereses superiores, aunque no estén a tono con la evolución de la conciencia social, las costumbres, la ciencia y la tecnología aplicada a la medicina; siendo lo correcto proceder mediante una modificación de la norma que lo establece y no mediante esa renuncia. Empero, a pesar de existir este sentir y suscitarse esta problemática, no es intención del legislador incluir esta propuesta de modificación en el nuevo proyecto de Decreto Ley sobre los Servicios Necrológicos, lo que provoca un divorcio entre la realidad y la norma y continuará dando lugar a la práctica no legal, pero en este extremo si legítima, de la citada renuncia.

También lo anterior resulta ilustrativo de cómo el morir humano ha cambiado, la metamorfosis de las costumbres y de la moral, apreciándose la medicalización del morir humano, la despersonificación de los individuos, la rapidez del mundo moderno y la simplificación de los fenómenos.

3. El espacio geográfico

En otro orden, se debe tener en cuenta que el derecho de disposición sobre el cadáver se ejercita en determinado espacio geográfico¹¹⁰, con determinada intensidad en sus flujos, con una historia heredada, con ciertas costumbres y moral predominante, con determinado conjunto de relaciones sociales que se desarrollan e interactúan con determinado conjunto de fijos¹¹¹ existentes; que hacen más atractivo o menos el ejercicio del derecho, pero que sin dudas

¹¹⁰ Sobre la definición de espacio geográfico SANTOS, M.: *Metamorfose do espaço habitado*, (traducido por G. M. VARGAS LÓPEZ DE MESA, revisión, corrección y composición por S. MARTÍNEZ RIGOL), Hucitec, São Paulo, 1996, pp. 28-29, expresa: “El espacio no es ni una cosa ni un sistema de cosas, sino una realidad relacional: cosas y relaciones juntas. Por esto su definición solo puede situarse junto a otras realidades: la naturaleza y la sociedad, mediatizadas por el trabajo. Por lo tanto, no es, como las definiciones clásicas de geografía, el resultado de la interacción del hombre y la naturaleza bruta, ni siquiera de una amalgama formada por la sociedad de hoy y el medio ambiente”. Y continúa diciendo: “El espacio debe considerarse como el conjunto indisociable del que participan, por un lado, cierta disposición de objetos geográficos, objetos naturales y objetos sociales, y por otro la vida que los llena y anima, la sociedad en movimiento. El contenido de (la sociedad) no es independiente de la forma (los objetos geográficos); cada forma encierra un conjunto de formas, que contienen fracciones de la sociedad en movimiento. Las formas, pues, tienen un papel en la realización social”. Por su parte INIGUEZ ROJAS, L.: *Geografía y salud en Cuba. Tendencias y prioridades*, (disponible en Internet), aunque refiriéndose a la geografía de la salud, nos dice: “Estas acepciones pueden resumirse en la consideración del espacio como: Contexto, síntesis de lugares, productor y producto de diferencias sociales, ambientales, donde se expresan las relaciones entre componentes y procesos que deciden la vulnerabilidad a la producción de uno u otro problema de salud, y se organizan las necesarias respuestas para su área o polígono, donde se localizan puntos y líneas, o se asignan datos de enfermedad, muertes, riesgos, determinantes, o recursos infraestructurales o humanos en salud”.

¹¹¹ Para entender mejor que son los fijos y los flujos comparto la explicación de SANTOS, M.: “Metamorfose do”, Hucitec, São Paulo, 1996, p.75, que razona: “El espacio está siempre formado de fijos y flujos. Tenemos cosas fijas, flujos que provienen de esas cosas fijas, y flujos que llegan a esas cosas fijas. Todo este conjunto es el espacio” (...) “Los fijos nos muestran el proceso inmediato de trabajo. Los fijos son los propios instrumentos de trabajo y las fuerzas productivas en general, incluyendo la masa de hombres. Es por esta razón que los diversos lugares, creados para ejercitar el trabajo, no son idénticos y su rendimiento está relacionado con la adecuación de los objetos al proceso inmediato de trabajo. Los flujos son el movimiento, la circulación y por lo tanto también nos explican los fenómenos de la distribución y del consumo. De ese modo las categorías clásicas, es decir, la producción propiamente dicha, la circulación, la distribución, y el consumo, pueden estudiarse por mediación de esos dos elementos: fijos y flujos”.

inciden en él. Esos espacios geográficos generan desigualdades sociales, que no inequidades.

En el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos del año 1992, se reconoce por igual la posibilidad de cremar a todos los ciudadanos, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad o lugar de residencia; sobre la base del respeto a la dignidad humana. Sin embargo, los fijos que permiten la cremación (los hornos crematorios) se encontraban ubicados en la Provincia de La Habana (tres en el año 2013). Aunque estaba prevista la implementación paulatina de otros en las provincias de Santa Clara, Camagüey, Holguín y Santiago de Cuba.

Ello me obliga a reflexionar a raíz de los problemas éticos que se suscitaban y que quizás aún tengan lugar. En primer lugar, la cuestión de determinar dónde comenzar a prestar el servicio, dónde ubicar los hornos crematorios debe responder a un estudio basado en las condiciones objetivas y subjetivas del lugar, teniendo en cuenta el principio de justicia y de procurar el mayor bienestar al mayor número de personas. De no ser así se causa un perjuicio a las personas, que no tiene respaldo en el orden moral. Entre los aspectos que debieron ser tenidos en cuenta para tomar esta decisión se pueden citar las circunstancias materiales de existencia, cantidad de personas que puedan resultar beneficiadas, personal técnico capacitado para operar los equipos y darle mantenimiento, protección del medio ambiente y de salud de las personas, entre otros.

También el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos debió haber previsto en su texto que la posibilidad de cremar sería implementada paulatinamente, y no crear de esta forma un daño de orden psicológico o moral, al establecer expectativas que no tenían un respaldo material. Téngase en cuenta que en el año 1992 las cremaciones se hacían en el Instituto de Medicina Legal y más de 20 años después solo existen en todo el país tres hornos crematorios principales y quizás en el momento que se escriben estas líneas ya sean 7. También resulta contradictorio que la cremación sea una de las posibilidades de disponer sobre el cadáver que se encuentre mejor regulada desde el punto de vista técnico-jurídico y sin embargo no cuenta con un respaldo material suficiente.

En segundo lugar habría que cavilar y fundamentar si todos los ciudadanos, pues es un derecho que se reconoce por igual a todos, tendrían derecho a solicitar el traslado de cadáveres a la capital a fin de ser cremados o no. La respuesta *prima facie* debe ser que no, pues por una cuestión de sentido común, la capital con tres hornos crematorios no daría abasto a la demanda que ello representaría, no contando el país con suficientes recursos para el traslado y

conservación de los cadáveres; pues sin dudas demorarían excesivamente las solicitudes y aunque se buscara la justicia, no sería beneficioso para nadie, traería consigo más perjuicios que beneficios, otros problemas y dilemas éticos (como hechos de corrupción, tráfico de influencias, etc.), existiendo evidentemente un límite material en el ejercicio del derecho.

En las Normas y Procedimientos para la Incineración de Cadáveres, elaboradas por un grupo de especialistas de los Servicios Necrológicos, el Instituto de Medicina Legal, la Dirección Provincial de Salud Pública y la Dirección Provincial de Justicia, de fecha 8 de septiembre de 2009, en su ordinal tercero se establecía:

“este servicio se ofertará solamente a personas fallecidas con residencia en Ciudad de La Habana, a tenor de lo aprobado por el Ministerio de Economía y Planificación hasta el presente. Excepcionalmente se incinerarán otros casos sin residencia en Ciudad de La Habana, lo que será previamente aprobado por la Dirección Provincial de Servicios Necrológicos”.

Ello desde luego resulta lógico, pero no está exento de críticas y de examen, tanto en el orden ético como jurídico.

En efecto, dicha norma establece la prohibición como había dicho, pero resulta insuficiente, toda vez que está restringiendo un derecho que está reconocido para todos con carácter general en el artículo 39 de la Resolución número 9 del año 1992, contentiva del Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, y es dable señalar que a la hora de limitar un derecho se debe ser muy cauteloso y cumplir determinados principios.

Al respecto se puede argüir que las normas objeto de estudio no son las adecuadas para restringir un derecho; dicha prohibición, siguiendo el principio constitucional del paralelismo de las formas, debe realizarse por una norma de igual rango que la que creó el derecho; la presente constituye una norma de procedimiento, que no irradia a todo el país, siendo igualmente contradictorio que sea capaz de oponerse al reglamento, que está contenido en una Resolución, que es una norma de mayor jerarquía y en sus disposiciones finales no autoriza pronunciamientos en ese sentido. También esta limitación debe estar debidamente fundamentada y ampara en criterios de igualdad, necesidad y proporcionalidad. En este caso se estaría ante un condicionamiento económico-material que conculca con el derecho de disposición sobre el cadáver en lo que a esta faceta se refiere.

Por último, la excepcionalidad que se establece debe estar bien cimentada, debiéndose precisar qué se entiende por excepcional, cuáles son los casos que

se contemplan y que desde luego estén amparados en principios éticos que sean capaces de ser universales. También resultaba obligatorio establecer el procedimiento que habría de seguirse, evitando con ello la arbitrariedad y la corrupción, toda vez que es una entidad administrativa, no representativa la que toma la decisión y por tanto no admite la consulta popular. Ello deja en estado de indefensión a las personas y abre interrogantes en cuanto a quiénes otros les pudiera corresponder.

A modo de ejemplo, ¿Sería justo que personas que residieran materialmente en la provincia de La Habana pero no tuvieran en ella su domicilio oficial, pudieran solicitar el servicio en caso de fallecimiento? o aquellos que se encuentren de tránsito y la muerte les sorprenda en la capital. Estas son algunas de las incógnitas que pueden plantearse y que debió haber previsto esta norma para evitar así un posible daño moral y un perjuicio a los ciudadanos.

A tenor de lo anterior se puede decir que es, sin dudas, el espacio geográfico con sus fijos y sus flujos, determinante a la hora de ejercitar este derecho; tratándose en este caso si se cumple con los criterios a que he hecho referencia, más de una desigualdad que de una inequidad. Pero se debe evitar a toda costa que esa desigualdad se convierta en inequidad¹¹².

Relacionado con lo anterior y con la marcada influencia del espacio geográfico en el ejercicio de este derecho es que uno de los actos de disposición sobre el cadáver más solicitados en La Habana es la cremación, que es sin dudas el que menos tradición histórica tiene en nuestro país. Sin embargo, coincidentemente aquí es donde se encuentran ubicados tres hornos crematorios, lo que pudiera ser la causa de este comportamiento, de la interrelación entre los fijos y la intensidad de los flujos.

También el espacio geográfico puede incidir en otros sentidos, como puede ser en la donación de órganos, en el hecho de realizar o no el velatorio en el

¹¹² Al respecto de la distinción entre desigualdades espaciales e inequidades nos dice IÑIGUEZ ROJAS, L.: “Desigualdades espaciales en Cuba: entre herencias y emergencias”, AA.VV.: *Heterogeneidad social en la Cuba actual* (coord. por L. IÑIGUEZ ROJAS y O. E. PÉREZ VILLANUEVA), Centro de Estudios de Salud y Bienestar Humano, La Habana, 2004, p. 34, razona que: “Entendemos la desigualdad espacial o territorial, como diferencias en los componentes espaciales, que pueden ser medidas objetivamente, construidas histórica o súbitamente en los procesos particulares de evolución de la sociedad. Distinguimos entre ellas las inequidades espaciales, como aquellas desigualdades moralmente injustas, evitables. La desigualdad inherente a la condición humana se constata, y detecta, mientras que la inequidad se evalúa según criterios de justicia de imparcialidad, de igualdad de ánimo. Aunque no podemos considerar la existencia de igualdad espacial o territorial *per-se*, si puede aspirarse a la igualdad espacial de oportunidades de desarrollo de la base productiva, de la dotación de servicios básicos, de seguridad ciudadana y otros”.

domicilio o en acompañar el cortejo fúnebre hasta el cementerio (cuestiones éstas últimas más propias de la vida fuera de la capital).

Los derechos tienen límites, no son absolutos, pues son múltiples los factores que inciden en su ejercicio; no obstante, es responsabilidad del Estado, de las instituciones y de los ciudadanos trabajar en pos de lograr su garantía y el respeto a la dignidad humana.

4. Condiciones económicas y materiales

A partir de lo analizado en el epígrafe que precede, se ha podido apreciar cómo las condiciones económicas y materiales inciden en el ejercicio de este derecho de manera significativa, ya sea porque no existen hornos crematorios en todo el país y por consiguiente la mayor parte de los cubanos no puedan materializar el ejercicio de este derecho, o porque no existan suficientes neveras que posibiliten esperar un turno para cremar y de esa forma conservar el cadáver y sustraerlo de los procesos de putrefacción.

A modo de ejemplo, debo citar que en el año 2013 sólo existían ocho neveras destinadas a la conservación de los cadáveres en la provincia de La Habana, las que se encontraban ubicadas en la funeraria “La Nacional”, pero que en el orden administrativo pertenecían a la funeraria de “Calzada y K”. Ello constituye una limitante en el orden material que impide el ejercicio pleno del derecho, pues no brinda respaldo suficiente ante roturas de los hornos crematorios, espera de familiares que se encuentren en el extranjero y deseen estar presentes en el velorio, o peor aún, que sean los sujetos legitimados para disponer sobre el cadáver¹¹³, no siendo viable que otras personas se subroguen en su lugar. También es importante tener en cuenta, que esas neveras son de conservación y no de congelación (por lo que el tiempo durante el que puede permanecer el cadáver es reducido). Por otro lado, no se prevé la posibilidad de utilizar neveras de congelación que existen en otras instituciones del país, como alternativa en aras de respetar la autonomía y la memoria pretérita del

¹¹³ Téngase en cuenta que estamos ante un derecho inherente a la personalidad, por tanto no patrimonial y por ende no puede ser objeto de confiscación, al igual que sucede con las relaciones de familia; siendo muy frecuente en Cuba que los hijos vivan en el extranjero por haber emigrado o por otra parte se encuentren en funciones de trabajo. Ya sea en el primer caso o en el segundo, ambos mantienen sus derechos de carácter familiar y hay que tenerlos en cuenta. Lo anterior se agudiza a partir de las nuevas modificaciones en el orden migratorio, donde el cubano puede permanecer en el extranjero hasta veinticuatro meses y le es mucho más factible asentarse en otros países pero sin romper los vínculos jurídicos que lo unen a Cuba, lo que impide sostener actualmente cualquier tesis respecto a que haya perdido sus derechos o no se deba tener en cuenta.

fallecido y dar solución a estas problemáticas; y hacer uso así del principio de solidaridad conjugado con el de responsabilidad.

Igualmente, relacionado con el factor económico, al examinar la Normativa dictada el 8 de diciembre del año 2010 por el Vicedirector de la Dirección Provincial de Servicios Necrológicos de Ciudad de La Habana, con el visto bueno de la Directora, se aprecia que en ella se prohíbe velar el cadáver de una persona cuando la manifestación de voluntad haya ido encaminada a disponer la cremación. Dicha proscripción se amparaba en el factor económico, dado por la necesidad de ahorrar combustible, previendo que no existan espacios vacíos entre uno y otro fallecido para aprovechar al máximo el calentamiento de los hornos.

A mi modo de ver, con ello se coarta una de las facetas del ejercicio del derecho, la posibilidad de velar al difunto y de realizar el ritual funerario; limitación cuestionable desde el punto de vista ético y jurídico, que da lugar a un problema que puede desembocar en un dilema ético

Si bien es cierto que el factor económico incide, en ocasiones se trata más de prejuicios, barreras mentales y políticas esquemáticas que no tienen en cuenta el elemento espiritual que está presente. En Cuba la cremación es un servicio que se paga y que para el cubano promedio resulta costoso: \$ 340.00 pesos cubanos. Además, el hecho de velar a una persona no debe incidir en el funcionamiento de los crematorios, pudiendo preverse mecanismos alternativos que no vulneren el derecho ni la memoria pretérita del finado, consiguiendo adelantar al que se encuentre próximo en la lista, o dándole a la persona la posibilidad de determinar la hora de cremar; por citar algunos ejemplos a modo de solución.

En las Normas y Procedimientos para la Incineración de Cadáveres elaboradas por un grupo de especialistas de los Servicios Necrológicos, el Instituto de Medicina Legal, la Dirección Provincial de Salud Pública y la Dirección Provincial de Justicia, de fecha 8 de septiembre de 2009 en su ordinal octavo, se prevé la posibilidad de la ocurrencia de problemas técnicos que impidan la cremación de un cadáver, con el debido deber de informarlo previamente. Pese a ello, no propicia alternativas, contraviniendo con el respeto a la voluntad de la persona, de la familia, a la memoria pretérita del fallecido y al principio de responsabilidad.

Es cierto que se trata de un imponderable de orden material, pero ello no obsta a que se brinden alternativas por parte del personal que presta el servicio; y se haga valer el principio de autonomía conjugado con el de responsabilidad por parte de los funcionarios que intervienen y de la familia implicada, garante de

cumplir con la última voluntad del fallecido, y explorar opciones, como la conservación, preparación del cadáver, y sólo en última instancia, dejar de cumplir la voluntad del fallecido.

Sin dudas, los elementos materiales y el factor económico juegan un importante papel, pero lo material no puede tener preeminencia sobre lo moral, no se puede estudiar este hecho desde un punto de vista minimalista, como una cuestión de capricho o de hacer cumplir a ultranza la autonomía de la voluntad. No puede ser más importante para la conciencia social que un heredero se adjudique el inmueble que fuera propiedad de su causante o que no quede desprotegido un conviviente o que se pretenda impugnar aún sin razón un testamento (por no estar entre los llamados a la sucesión el que lo impugnó), al proporcionar esto una utilidad para el sujeto; y no se le de igual importancia al hecho de no poder cremar un cadáver y dañar la memoria pretérita del fallecido, no tomando las medidas necesarias a tal fin, al no existir un beneficio material para el implicado, al no resultar provechoso en el orden patrimonial y al no poder defender el fallecido sus derechos por sí. A mi modo de ver, en este último caso, sería más importante cumplir esa voluntad a ultranza, dentro de lo racional, pues se estaría actuando deontológicamente y no de forma utilitarista.

Amén de que el sistema de Servicios Necrológicos funcione como una empresa presupuestada en Cuba, no debe primar el pensamiento economicista, sino que se debe tener bien presente el alto contenido espiritual y ético de la labor que realizan, que son los responsables de garantizar un derecho humano que el Estado reconoce; y que en torno al fenómeno de la muerte giran costumbres, tradiciones, elementos culturales, que son tan válidos respetar como el derecho a la herencia o a la convivencia en determinado domicilio. Además, el Estado al reconocerlo está en la obligación de crear las condiciones materiales que permitan su materialización.

Si se aplica a lo anterior problemática la escala de valores propuesta por SCHELER, se distingue fácilmente cómo el respeto a la memoria pretérita del difunto estaría entre aquellos valores que se encuentran más altos en la escala, y por tanto, moralmente deben ser preferidos; sin embargo, los que se encuentran más alto en la escala son los que tienen menos fuerza, siendo más intensos aquellos que se acercan más al eje horizontal (por ejemplo aquellos que tienen que ver con lo sensible), pues los valores no son simbólicos, sino que parten de la experiencia material del hombre. Resultando así más sensible y atractivo disfrutar de determinados bienes, que emprender la defensa de intereses que no reporta ningún beneficio, más allá de cumplir con un deber moral o profesional, situación que lamentablemente caracteriza los tiempos en

que vive el hombre moderno y que es necesario cambiar¹¹⁴. Para defender el derecho de disposición sobre el cadáver se necesita una alta entereza moral y un alto sentido de la responsabilidad; tanto por parte de la familia, como de los profesionales, empleados y funcionarios que intervienen en el proceso.

Por último, quiero añadir que no solo la posibilidad de cremar está marcada por el factor económico, sino que igual pudiera acontecer con el trasplante de órganos y tejidos y las dificultades que pudieran suscitarse al existir una limitación material de recursos y no contarse con el equipamiento tecnológico necesario: medicamentos, materias primas; que si bien es una tarea priorizada por parte del Estado en Cuba, no está exenta de limitaciones. Igualmente puede ocurrir con la disponibilidad y variedad de ataúdes o con la cantidad de coches fúnebres y las flores que se dedican a los finados.

5. El medio ambiente

Cuando se analiza el factor medioambiental, su repercusión se puede percibir desde el espacio que se destina a funcionar como cementerio, las características que debe reunir, la necesidad de que se encuentre a cierta distancia de la Ciudad, entre otras normas higiénico-sanitarias, hasta el lugar donde se ubicarán los crematorios; resultando obligatorio para el funcionamiento de ambos la concesión de una licencia medioambiental, para de esta forma prevenir posibles daños a la salud humana y al entorno no humano.

En las Normas y Procedimientos que se establecen para el funcionamiento del Incinerador de Cadáveres y la Cremación de los Fallecidos, de agosto del 2009, dictado por la Dirección Provincial de Servicios Necrológicos, estaba previsto, en su disposición décimo novena:

“Se realizará un monitoreo semestral de las emisiones que al Medio Ambiente tribute el Incinerador en coordinación con la Delegación Provincial del CITMA”.

Sin embargo, las Normas de Procedimientos de septiembre del 2009 no lo tuvieron en cuenta, lo que resulta contrario al principio de responsabilidad, como preocupación de las consecuencias de los actos presentes con respecto a las futuras generaciones.

Acorde con una postura bioética holística y de intervención, deben conjugarse los principios de autonomía con el de precaución, el de responsabilidad, el de prevención y el de prudencia, a fin de garantizar el respeto a la dignidad

¹¹⁴Sobre la propuesta de SCHELER puede consultarse a ACOSTA SARRIEGO, J. R.: “Los árboles”, cit., p. 44.

humana, sobre la base del respeto a los derechos humanos y a los derechos de las futuras generaciones; debiéndose tener en cuenta los peligros que puede entrañar para el ser humano y para el medio ambiente no humano, a mediano, corto y largo plazo la implementación de los hornos crematorios, más si se predice que serán implementados en todo el país.

También se percibe la preocupación medioambiental, relacionado con la salud pública en el artículo 59 del Reglamento sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, este expresa:

“Las inhumaciones de cadáveres sólo podrán efectuarse en cementerios legalmente autorizados y en cumplimiento de las disposiciones higiénico sanitarias dictadas a tales efectos”.

6. Desconocimiento de la norma jurídica y cómo instrumentarla

El desconocimiento y la inadecuada aplicación de las normas en la materia vienen dado por la ausencia de una cultura jurídica sobre el tema, tanto por parte de los profesionales implicados en la toma de decisiones sobre el cadáver como respecto a aquellos que tienen el deber de asesorarlos y por parte de la población. Esto limita las opciones de las personas y colisiona con cualquier consentimiento que se pueda brindar al respecto, dejando al ciudadano indefenso o a merced de las costumbres, no teniendo armas para protegerse ante posibles agresiones en el ámbito moral.

Desde mi punto de vista, no resulta ético no estar suficientemente preparado para dar respuesta a esta demanda, jugando un papel importante los principios de responsabilidad y de profesionalidad. El notario debe educar en valores al realizar la función asesora y transmitirlos con su actuar, además de propiciar que la persona se familiarice con el fallecimiento, con la cultura de la muerte y con las posibilidades de actuación que a razón de ella puede emprender.

No puede limitarse el testamento a ser el reservorio para disponer sobre los bienes patrimoniales y el amor y preocupación por lo material; en estos tiempos de profunda crisis moral que atraviesa Cuba, se deben rescatar los valores, educarnos a través de ellos, y tender a cumplir con la labor tuitiva y profiláctica que desarrolla la institución notarial, protectora de la dignidad humana y de los derechos humanos, demostrando con ello la necesidad y el valor de lo espiritual aunque no exista contraprestación económica.

Es necesario que el derecho de disposición sobre el cadáver se conozca más y se divulgue por los medios de difusión masiva y mediante el uso de las nuevas tecnologías, como se hace con los temas de herencia, constitución de

sociedades, seguros o protección a los convivientes, que como ya analicé, resultan más atractivos por el contenido patrimonial que revisten; invirtiéndose de esta forma la escala de valores en cuanto a la importancia o al peso que se le otorga a la cuestión. A la par, urge incrementar y fomentar la preparación y superación del personal de servicios necrológicos, con un enfoque multi-inter y transdisciplinario.

En éste punto me plantearía la siguiente interrogante: ¿Es el problema normativo el único factor que afecta el ejercicio eficaz de este derecho? y me veo obligado a responder que no, pues estamos ante un fenómeno que urge de un escrutinio desde la complejidad y por ende necesita de un enfoque transdisciplinario, pues su naturaleza es multifactorial. Las reflexiones que he acompañado a la hora de analizar los anteriores aspectos que guardan relación con el ejercicio del derecho, refuerzan mi tesis de que solo mediante un análisis bioético, desde la perspectiva holística y de intervención será posible que el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver sea pleno, acorde con la tutela de la dignidad humana, sentando las bases de lo que pudiera ser una nueva legislación que permita desde la flexibilidad y el diálogo, tomar en cuenta los múltiples factores que inciden en su desenvolvimiento.

II. PROBLEMAS Y CONFLICTOS DE VALORES QUE ACONTECEN A LA HORA DE EJERCITAR EL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER EN CUBA

Todo derecho a la hora de ejercitarse puede encontrar obstáculos en su camino, los cuales en algunos casos pueden constituir problemas éticos y en otros llegar a ser verdaderos conflictos de valores, lo que obliga a los bioeticistas a un análisis continuo en aras de ofrecer soluciones que favorezcan a las personas.

El derecho de disposición sobre el cadáver en especial, se ve inmerso en esta situación, dada la sensibilidad que caracteriza su ejercicio, las múltiples aristas que giran en torno a él, la multiplicidad de personas que intervienen a la hora de ejecutarlo, así como el hecho de que la persona ya ha fallecido cuando corresponde materializarlo; siendo terceros los que se encargan de ello, además de la prontitud con que se debe actuar ante el fenómeno de la muerte, dado los procesos de descomposición del cuerpo que se desencadenan.

No siempre las personas actúan conforme al deber ser y en cumplimiento de los principios éticos, y en muchas ocasiones la vida o las normas los ponen a escoger entre dos principios o valores. A continuación quiero reflexionar sobre algunos problemas y dilemas éticos que han marcado la realidad cubana a la hora de ejercitar este derecho en las últimas décadas.

1. No se puede velar el cadáver cuando se haya solicitado la cremación y no se pueden velar las cenizas

Hasta el año 2014 aproximadamente existió la prohibición de poder velar el cadáver cuando el destino a darle fuera la cremación o de velar las cenizas resultantes, situación que sin dudas constituye un problema ético, que se da porque se viola un derecho humano, amparado en la legislación cubana; yendo en contra del principio de autonomía, del respeto a la memoria pretérita del fallecido y de los familiares que ejecuten esa voluntad o lo pidan por sí en relación con el cadáver de su pariente.

Estaba en vigor la Normativa de fecha 8 de diciembre del año 2010, dictada por Lorenzo Cruz Victores en su condición de Vicedirector de la Dirección Provincial de Servicios Necrológicos, de la antigua provincia Ciudad de La Habana, con el visto bueno de la Directora Mercedes Costa Rodríguez, y en la que se disponía:

“-Por la presente se establece que no se brindará servicio de velatorio a los fallecidos que se le solicite la cremación por parte de los familiares, amigos o instituciones que lo representen.-Cuando se realice al coordinador de la funeraria la solicitud de incineración se le explicará al solicitante que el finado irá directamente hacia el crematorio a la espera del horario en que se producirá la cremación.-De igual manera se ratifica la decisión de no brindar servicio de velatorio de cenizas en ninguna instalación funeraria. Ningún compañero podrá tomar iniciativas o disposiciones unilaterales que se opongan a la presente normativa”.

Como se puede apreciar dicha preceptiva constituye una violación flagrante de un derecho, que genera un problema ético y da lugar a cuestionarse la legitimidad moral de dicha norma; pues la misma debe estar amparada en la moral y en los principios éticos, y no constituir un simple mandato prohibitivo interno que irradia indebidamente a toda la sociedad.¹¹⁵

¹¹⁵Al respecto es muy pertinente traer a colación la reflexión realizada por CORTINA, A.: *Ética Mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 104, la que es en extremo diáfana y encierra un pensamiento que demuestra la orfandad del proceso legislativo en Cuba y de las decisiones que unilateralmente toman muchos de los funcionarios, dictándose disposiciones jurídicas en múltiples facetas de la vida jurídica del país, que causan daño al ciudadano lejos de protegerlo, toda vez que en el proceso de discusión y aprobación se obvia totalmente lo que esta autora plantea. CORTINA afirma: “Ciertamente que las leyes existentes no siempre expresan la autonomía de los ciudadanos en su conjunto, sino intereses de clases y grupos. En este sentido es necesario prevenir la confusión de exigir obediencia moral para leyes grupales. Sin embargo, esta misma afirmación indica que poseemos un canon moral para denunciar leyes injustas: si las leyes expresaran realmente los intereses de los afectados

Tanto la moral como la norma jurídica deben buscar cultivar la virtud y ser realizadas más que cumplidas, para que realmente sea así interiorizado por los hombres y para que sean capaces de ver en ellas un determinado valor que las

por ellas, habiéndose llegado a su formulación tras una deliberación mantenida en pie de igualdad, sería moralmente obligatorio obedecerlas, porque la autonomía es el constitutivo de la moralidad. Esta convicción sirve —y no es poco— como criterio para la crítica y como ideal regulativo; prescindir de ella supone inmunizar el derecho frente a los juicios morales” Y continúa expresando: “Las cautelas kantianas (...), siguen siendo— a mi juicio— modélicas: antes de seguir tu máxima interior, piensa si la extenderías como ley universal de la naturaleza, piensa si daña a seres que son en sí mismos fines, por ser autolegisladores, piensa si conviviría con otras leyes que fomentan la autonomía de tales seres haciendo posible un reino de los fines”. También esta misma autora realiza una reflexión de similar peso en su obra CORTINA, A.: “La educación del hombre y del ciudadano”, *Revista Iberoamericana de Educación*, 1995, núm. 7, p. 57, en la que al referirse a la moral como actitud dialógica expresa: “Por lo tanto, para que la norma sea correcta tienen que haber participado en el diálogo todos los afectados por ella, y se tendrá por correcta sólo cuando todos -y no los más poderosos o la mayoría- la acepten porque les parece que satisfacen intereses universalizables. Por tanto, el acuerdo sobre la corrección moral de una norma no puede ser nunca un pacto de intereses individuales o grupales, fruto de una negociación, sino un acuerdo unánime, fruto de un diálogo sincero, en el que se busca satisfacer intereses universalizables. Estamos acostumbrados a tergiversar los términos, de modo que identificamos diálogo con negociación y acuerdo con pacto y, sin embargo, las negociaciones y los pactos son estratégicos, mientras que los diálogos y los acuerdos son propios de una racionalidad comunicativa. Porque quienes entablan una negociación se contemplan mutuamente como medios para sus fines individuales y buscan, por tanto, instrumentalizarse”. En este mismo sentido MARLASCA, A.: *Introducción a la Bioética*, versión digital, 2002, p.15, al analizar el principio de autonomía, que a mi juicio está implícito en el Reglamento General Sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos y en el Código Civil cubano, opina que: “La asunción de este principio implica que, para resolver disputas morales en una sociedad pluralista, la autoridad no puede partir ni de argumentos racionales ni de creencias comunes, sino únicamente del acuerdo de los participantes. Consiguientemente, el permiso o el consentimiento constituyen el origen de la autoridad, y el respeto hacia el derecho de los participantes al consentimiento es la condición necesaria para la posibilidad de una comunidad moral”. Entre los autores cubanos, HART DÁVALOS, A.: “La ética en José Martí”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. R. ACOSTA SARRIEGO), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, p. 1058, plantea, al buscar la vinculación entre la ética, la moral y el derecho, lo siguiente: “La ética no se manifiesta en abstracto, no vive ajena a las realidades. La ética tiene que vivir en el seno de la sociedad, y la ética no puede inculcarse solamente porque yo quiera, ni bastan mis palabras, ni bastan las palabras de mucha gente. Eso es necesario, indispensable, y creo que hay que hacerlo y lo trato de hacer. Pero hace falta también buscar las formas institucionales, diríamos jurídicas, sociales, para consolidar la ética. (...)”. También resulta ilustrativo lo expuesto por LÓPEZ BOMBINO, L. R.: “Una reflexión sobre moralidad y Valores”, *Por una nueva ética* (coord. por L. R. LÓPEZ BOMBINO, A. DE ARMAS, M. E. Porto), Félix Varela, La Habana, 2004, p.189, al aseverar que: “Una de las maneras de concebir la moral a lo largo de la historia, ha sido considerar que está formada por las buenas costumbres, los hábitos y deberes emanados de las relaciones que se establecen entre los hombres, y también que es hija legítima de la justicia y la conciencia, ya que modera las pasiones, cultiva las virtudes y reprime los vicios, asumiendo a menudo la función de educación del hombre y de enseñanza de la virtud”.

hace legítimas. En el caso que analizamos la norma resulta ilegítima, tanto en el orden moral como jurídico, pues no fue sometida a discusión, no cuenta con un consenso que la respalde y jurídicamente constituye un contrasentido al ser una norma de funcionamiento interno que irradia efectos hacia el exterior, ocasionando un perjuicio; no siendo en sí misma universalizable, ya sea por su propia condición técnico jurídica, como por el valor o más bien desvalor que encierra. Además, toda limitación de un derecho debe estar fundada en criterios de igualdad, proporcionalidad y necesidad.

Esta normativa crea un problema ético¹¹⁶ que desemboca a su vez en un dilema ético o conflicto de valores¹¹⁷, que está dado por el hecho, de que los coordinadores o los administradores de funerarias no tienen cómo justificar moral y jurídicamente dicha prohibición y darle argumentos de peso a los familiares para que entiendan como moralmente justa la limitación de sus derechos; más en un momento que se encuentra signado por el dolor y la capacidad para asimilar no es óptima.

El empleado de la funeraria se ve en una encrucijada, entre dos deberes: uno, el respeto a la disciplina laboral y a las prohibiciones establecidas, cuyo incumplimiento le puede acarrear una sanción administrativa, incluso perder su trabajo y con ello el sustento de su familia; y por otra parte, encuentra también como un deber, en su fuero interno, respetar la autonomía de la voluntad y la memoria pretérita del fallecido, pues también lo considera justo.

¹¹⁶ En relación con la definición de problema ético OTERO MORALES, J. M., SUÁREZ CONEJERO, A. M.: “Problemas éticos del diagnóstico clínico”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. R. ACOSTA SARRIEGO), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, p. 386, sostienen que: “Un problema ético se puede definir, por tanto, desde el punto de vista conceptual, como cualquier situación, circunstancia o hecho cuya existencia constituye una vulneración o trasgresión de los principios éticos en los que se debe sustentar la actuación humana”.

¹¹⁷ OTERO MORALES, J. M., SUÁREZ CONEJERO, A. M.: “Problemas éticos”, cit., p. 387, lo definen de la siguiente manera: “En el ámbito de la clínica, un dilema ético se concibe como una situación disyuntiva o conflictiva en la cual el médico se ha de decidir por algunas de las alternativas de actuación ética involucradas. Por consiguiente, el dilema *per se*, a diferencia del problema, no entraña menoscabo de la condición moral del paciente. No es lo mismo, por tanto, conceptualizar el «aborto» como dilema que como problema. En el primer caso, el «aborto» es todavía un hecho que se debe decidir; y en el segundo caso, es ya un hecho consumado, cuya existencia hubo de causar, por demás, algún daño de carácter moral al paciente”. Igualmente son útiles para entender esta cuestión los criterios vertidos por MAINETTI, J.A.: *Bioética Sistemática*, Quirón, La Plata, 1991, p. 55, cuando expresa que “... el dilema es una situación incongruente, puesto que se sabe que algo debe hacerse y a la vez, evitarlo. Se debe elegir entre dos opciones opuestas, conociendo que ninguna de estas es del todo deseable”. Y añade: “...dilemas estrictos - a la vez se sabe que algo debe hacerse y no hacerse - estamos ante casos paradigmáticos.”

Son dos opciones igualmente válidas que se encuentran en choque y que cualquiera que sea la decisión que asuma, anula la otra posibilidad. La misma constituye una contradicción entre moralidad-legalidad, legitimidad y entre las orientaciones valorativas internas, en la determinación de qué se debe o no hacer.

En la práctica cotidiana se producía un actuar de reproche a la prohibición por parte del personal de servicios necrológicos, posibilitándole éstos a la familia un pequeño espacio de unas horas para el velatorio del cadáver y de las cenizas, a sabiendas de la responsabilidad que encerraba su actuar. Esto a mi juicio resultaba meritorio desde el punto de vista ético al ser una solución ante el divorcio que existía entre dicha norma y la realidad social. En el coordinador surgía un sentimiento de repudio, que en el ámbito moral no lo obligaba a cumplir dicha norma, pues moralmente era reprochable, pues los argumentos que la establecen no son de peso y no se les ha dado la posibilidad a los ciudadanos de debatirlos. Esta norma consagraba el divorcio entre el derecho y la moral, las costumbres, la religión y el fenómeno de la muerte. No obstante, dicha situación no alcanzaba la magnitud de un conflicto psicológico para los implicados¹¹⁸.

En mi opinión, la mentalidad que debe primar en el funcionamiento de las funerarias y cementerios es la del respeto a la dignidad humana y a la memoria pretérita del finado, igualmente debe respetarse el principio de legalidad y no limitar derechos que estén establecidos en una norma de superior jerarquía mediante una de menor jerarquía. A la par es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas y aquellas disposiciones de inferior rango que las desarrollan, deben encerrar un mínimo moral sobre la base del respeto a la persona y a su autonomía.

¹¹⁸Al respecto de esta categoría resultan en extremo valiosas las ideas de SORDO BERRA, S. A., CUSPINEDA BRAVO, E., ZAS ROS, B.: "Reflexiones en torno al dilema ético en la práctica clínica", *Cuadernos de Bioética*, 1998, núm. 34, p. 224, nos dicen que: "Partiendo de estas reflexiones podemos hipotetizar que no todo dilema ético tiene que implicar la existencia de un conflicto, pues si bien un dilema, como la propia palabra indica, tiene siempre de base cierto grado de conflicto, contrariedad o problematicidad, consideramos que la categoría conflicto psicológico es mucho más compleja y amplia que lo que pueda llegar a ser un dilema en un momento determinado en el sujeto que lo experimenta" Y añaden: "El conflicto psicológico como lo dice su definición, implica un compromiso motivacional, una implicación afectiva del sujeto. El dilema es una contradicción a nivel racional, intelectual, cognitiva del sujeto que tiene que tomar una decisión técnica acompañada de una correcta toma de decisiones morales y que puede tornarse o no en un conflicto psicológico, de acuerdo a la implicación subjetiva y al sentido que este dilema tiene para el sujeto y de acuerdo a la aplicación de una metodología que le permita una correcta toma de decisión profesional. No toda contradicción deviene en una fuerza motriz de la conducta humana, no toda contradicción deviene en conflicto psicológico, por esto no todo dilema ético deviene en un conflicto psicológico para el sujeto que lo enfrenta"

Todo derecho que se establezca debe ser sobre la base del consenso, al igual que su limitación, para que de esta forma esté moralmente justificado. Igualmente la decisión que se tome debe tener el carácter de ser universalizable, justa, que permita dar legitimidad a dicha actuación; la normativa que comento no iba más allá de ser una directiva interna, que limitaba el actuar de sus trabajadores en la prestación de un servicio, pero el sentido de ser un servicio no es el que debía haber primado, sino el de garantizar un derecho, toda vez que con ella se conculcaba una de las facetas del derecho de disposición sobre el cadáver.

El Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, a pesar de no tener el rango de ley es moralmente meritorio, pues sienta como base en muchos de sus preceptos el respeto a la autonomía de la persona y la posibilidad de actuar en distintos sentidos respecto al cadáver. La norma objeto de discusión era moralmente criticable, pues restringía la autonomía, pero sin deliberación. Se debió valorar al dictarla si con dicha decisión se perjudicaban los derechos de personas, si eran derechos que no admitían reparación y si chocaba con otras leyes o normas que potencian la autonomía, como es la Resolución 9 de 1992 en la que se encuentra contenido el precitado Reglamento.

Por otra parte, si resultaban atinadas las Normas y Procedimientos que se establecieron para el funcionamiento del Incinerador y para la Incineración de Cadáveres (de agosto y septiembre del 2009), que si previeron el velatorio del cadáver previo a la cremación así como el velatorio de las cenizas, especialmente la de agosto, que en su apartado Décimo Octavo establecía:

“Los familiares que deseen tener en velatorio las cenizas podrán hacerlo pero no podrán excederse de las 12 horas de exposición una vez que se reciban”.

2. No se diagnostica la muerte según criterios neurológicos

Otro de los problemas a analizar y que se ha estado reiterando desde el año 2000, es el que guarda relación con las dificultades que se presentan a la hora de diagnosticar la muerte según criterios neurológicos. El mismo está marcado por distintos factores o causas como la complejidad que reviste el fenómeno de la muerte, las diferentes definiciones que existen en torno a ella, las diversas posturas filosóficas, una insuficiente formación profesional y aptitud personal ante el fenómeno; así como el desconocimiento de las normas que la regulan y la ausencia de una cultura en torno a la muerte por parte de la población. Ello constituye un problema ético, toda vez que si la persona realmente está fallecida y no se diagnostica, afecta a la familia, a los posibles destinos a dar al

cadáver y a sus partes, entre otros aspectos que pudieran en algunos casos llevar a verdaderos conflictos de valores¹¹⁹.

El fenómeno de la muerte resulta complejo, al punto que amparado en criterios neurológicos existen distintas definiciones, siendo interesante traer a colación dos puntos de vista diferentes en el orden filosófico y científico y que resultan paradigmáticos. En primer lugar se puede ilustrar con la propuesta que hace ENGELHARDT, que es del criterio siguiente:

“(...) cuando se considera el contraste entre un cuerpo humano, cuyo cerebro está destruido con excepción del tallo cerebral, y un cuerpo humano adulto con su cerebro en perfecto estado. Para entender el primero, basta con recurrir a los principios que rigen la vida biológica; para entender el segundo, tendremos que recurrir a los principios que rigen las entidades mentales, incluidos los que rigen a las personas. No es la mera vida biológica la que centra nuestro interés moral. Un cuerpo humano capaz únicamente de funcionar biológicamente, sin vida mental, no sustenta agente moral alguno (...) Subrayemos este aspecto respecto a la definición de la muerte: un cuerpo, cuyo cerebro esté totalmente muerto o muerto, con excepción del tallo cerebral, no sustenta vida mental, y mucho menos la vida de una persona”¹²⁰.

En segundo lugar puedo citar a MACHADO CURBELO, quien siguiendo igualmente un criterio neurológico, ofrece un análisis diametralmente opuesto al argumentar:

“De ahí que el punto crucial para una definición de la muerte humana es definir la función que provee los atributos esencialmente humanos. Sin embargo, no

¹¹⁹ En torno a la complejidad del fenómeno de la muerte, DE ARMAS, A.: “La muerte y el proceso de morir”, *Por una nueva ética* (coord. por L. R. LÓPEZ BOMBINO, A. DE ARMAS, M. E. Porto), Félix Varela, La Habana, 2004, p. 244, reflexiona que: “En general la problemática de la muerte, como se aprecia, sobreviene por el hecho de que las personas no son organismos solo, sino portadores de un imaginario social que discurre por medio de símbolos. ¿Cómo entender la vida y la muerte para quienes conciben al hombre de tan variadas formas de origen? Como proveniente de la creación de un Dios (Homo evangélico), que lo caracteriza según su *sapiensa* (*Homo sapiens*). ¿De acuerdo con teorías “naturalistas” positivistas o pragmáticas que lo representan como un ser hacedor de instrumentos (*Homo farber*) u otras como el *Homo ludens*, *Homo* simbólico u *Homo* artificial?” También son atinadas las valoraciones de HODELIN TABLADA, R.: “La muerte”, cit., p. 486, al expresar: “La muerte como hecho que afecta al ser humano ha tenido múltiples símbolos según la concepción teológica, filosófica o científica que se tenga del mundo. Esta heterogeneidad se debe a que las diferentes maneras de analizarla no siempre coinciden, mucho menos se complementan a plenitud. Definir a una persona como muerta presupone que ningún tratamiento médico es posible para revertir la cesación de la vida. Variado e interesante es el debate sobre la muerte y sus símbolos que invade al mundo de hoy”

¹²⁰ ENGELHARDT, T.: “Los fundamentos”, cit., p. 261.

hay dudas en afirmar que la conciencia—considerando sus dos componentes: capacidad y contenido— provee los atributos esenciales que caracterizan al ser humano, pero también, al mismo tiempo, es la función más integradora del organismo. Ninguna función puede integrar, como la conciencia, el funcionamiento del organismo como un todo, cuando es posible (...) Por tanto, la definición de la muerte humana que se propone toma como elementos fundamentales ambos componentes de la conciencia, los cuales, en primer lugar, proveen los atributos esencialmente humanos y también integran el funcionamiento del «organismo como un todo»¹²¹.

Los planteamientos anteriores permiten hacernos una idea sobre cómo el proceso del morir tiene un alto contenido científico; pero al mismo tiempo pasa por las consideraciones filosóficas, religiosas y por la subjetividad humana, jugando un papel importante la toma de postura particular que realice cada individuo acorde con su cosmovisión del mundo. Por mucho tiempo quedó establecido como paradigma de la muerte el cese de las funciones cardiorrespiratorias, naciendo el criterio neurológico con un marcado carácter utilitarista, vinculado a la dación de órganos y tejidos para salvar vidas humanas, no reforzándose como diagnóstico de muerte al sólo hacerse a esos fines, lo que hizo que no se profundizara en el diagnóstico por vía neurológica y se interpretaran reflejos posteriores a la muerte, como que la persona aún estaba viva.

El problema se hace más agudo en Cuba al existir institucionalmente la Resolución 90 del año 2000, que establece los criterios neurológicos de muerte y la obligatoriedad de certificar la misma cuando estén presentes en el individuo los elementos que son necesarios para confirmarla; con todo, no existe una cultura sobre la vía neurológica para diagnosticar la muerte, amén del carácter revolucionario de la norma, que nace para establecer las distintas formas de determinarla, desligada de la posibilidad de disponer o no de los órganos y tejidos, y encaminada a buscar la certeza de ese momento.

Piénsese en una persona que su subjetividad en cuanto a la muerte está basada en el paradigma cardiorrespiratorio y que forma parte del equipo que diagnóstica dicho deceso en una terapia intensiva. Estaría ante un conflicto de valores ante dos aspectos que son moralmente válidos: por un lado, cumplir con la Resolución 90, aplicar el criterio neurológico después de haber realizado las baterías de pruebas exigidas y, por otra parte, respetar sus creencias y su postura ante la muerte y abstenerse de diagnosticarla. Este profesional no debería formar parte del equipo que certifique la muerte, sino personas que

¹²¹ MACHADO CURBELO, C.: “¿Cómo definir la muerte humana?”, *Bioética desde una perspectiva cubana* (coord. por J. R. ACOSTA SARRIEGO), Publicaciones Acuario, La Habana, 2007, p. 671.

por su preparación espiritual y profesional sean capaces de ejecutar tal diagnóstico. Aquí nace de un problema técnico con una connotación ética, el dilema ético¹²².

Partiendo de lo expuesto, creo queda subrayada la importancia de una adecuada formación profesional y la urgencia de investigar en dilemas éticos, como una necesidad para el conocimiento y la prevención de todas las nuevas situaciones o paradigmas que están surgiendo, relacionados con la medicina y la salud y específicamente con las actuaciones sobre el cadáver. El desconocimiento de las normas que regulan la disposición sobre los cadáveres y sus partes y en especial la Resolución 90, que establece los criterios cubanos para la Certificación y el Diagnóstico de la muerte, constituye un problema ético, pues puede afectar a familias ante un inexacto diagnóstico, con consecuencias ya sea para los familiares como para el propio fallecido o terceras personas, pues ello pudiera acarrear una falsa expectativa de vida o conculcar con la posibilidad de salvar una vida mediante la dación de órganos y tejidos, acorde con lo que hubiera dispuesto el fallecido antes de morir, debiendo respetarse su memoria pretérita, la autonomía de la voluntad y el principio de responsabilidad.

3. No se consulta a los familiares la práctica de la necropsia clínica

En las últimas décadas se manifestó con mucha fuerza, hoy con menor intensidad, como problema ético, el hecho de que en ocasiones no se consultara la realización de la necropsia clínica a los familiares ni se indagara en la voluntad del fallecido. Dicha cuestión da al traste con la naturaleza ontológica del cuerpo humano y con las creencias que pueden existir en torno a la disposición sobre el cadáver.

El derecho a determinar o no la necropsia, forma parte o constituye una de las facetas del derecho de disposición sobre el cadáver, referente a autorizar

¹²²Al respecto PACE, R. A.: “Aspectos éticos”, cit., p. 146, expone: “En primer lugar la comprensión de lo que significa la muerte cerebral es crucial, muchos mitos se desmoronarían en una población bien educada y es un paso adelante en la donación. Y probablemente los profesionales de la salud son los primeros necesitados en esta educación. Es llamativo el desconocimiento de esta situación entre los propios médicos”. Muy acertadamente reflexiona SERRET RODRÍGUEZ, B.: “La atención”, cit., p. 611, cuando dice: “El médico y la enfermera constituyen los máximos ejemplos de quienes intentan diferir a toda costa la confrontación con la muerte, pero muy a su pesar no siempre pueden lograrlo, pues hay un momento inevitable en que la vida toca a su fin. ¿Se tiene entonces la suficiente capacidad profesional para aceptar la muerte como un hecho inseparable de la condición humana y, por ende, cuando no se pueda evitar que ella ocurra, podremos aceptarla y ayudar de manera consciente al moribundo y su familia?”.

aquellas injerencias que atentan contra su integridad física. Relacionado con lo anterior se advierte que la existencia de políticas institucionales erróneas, como la que consiste en establecer un índice de necropsias como parámetro de excelencia en ciertas instituciones hospitalarias, ha conculcado con el derecho de las personas, la memoria pretérita de los fallecidos y ha dado lugar a que surjan determinados dilemas éticos.

Cuando se realiza el análisis del Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, se aprecian distintos preceptos que dan lugar a que surjan estas problemáticas. El mismo dispone en su artículo 3, inciso b):

“En los casos de muerte natural, una vez informado de esta a los familiares o allegados, se dispondrá la realización de la necropsia clínica, salvo que exista oposición expresa por parte de los mismos en el momento en que se le informe del fallecimiento. Muerta la persona se traslada al Departamento de Anatomía Patológica o al lugar de depósito”.

Como se puede apreciar, éste no resulta claro, de su redacción parece desprenderse un carácter general de la autopsia, más que excepcional. Además de que de su intelección se destila el establecimiento del consentimiento presunto de los familiares o del finado ante la ausencia de manifestación expresa en contra. Contrario *sensu*, con carácter excepcional en la Ley número 5 del año 1977, de Procedimiento Penal, en su artículo 143 se prescribe:

“Puede prescindirse, no obstante de la práctica de la necropsia, si por el examen externo del cadáver y las circunstancias del hecho es posible determinar la causa de la muerte y no es necesaria la diligencia para conocer algún antecedente útil a la investigación”.

De esta forma, contraviene en este sentido el Reglamento a una norma de mayor jerarquía. Este último debió, en aras de garantizar el respeto a la autonomía, tener una redacción en sentido afirmativo, reconociendo el derecho de la persona y sus familiares de decidir o no la práctica de la necropsia, salvo los límites establecidos expresamente en la ley.

Igualmente la Resolución 9, donde se inserta el precitado Reglamento, no señala un deber por parte del personal asistencial, de informar a los parientes sobre el interés que tienen en la necropsia, actuándose de forma paternalista. Tampoco obliga a indagar en la voluntad del difunto y sus creencias¹²³, y en

¹²³ En este sentido resulta enriquecedor consultar la publicación del Consejo de Europa-Organización Panamericana de la Salud: “La salud y los derechos humanos. Aspectos éticos y morales”, Organización Panamericana de la Salud, Washington DC., 1999, núm. 574, pp.

consecuencia, ello pudiera traer consigo que el silencio de los familiares se debiera a la falta de conocimiento sobre el asunto, por lo que se convierte en un precepto altamente lesivo al derecho del finado y de su familia. Este aspecto pudiera incidir en beneficio de la institución hospitalaria, puesto que en la mayoría de los casos obtendrían la pasividad de los parientes dada su ignorancia al respecto; desconocimiento que pudiera llevar ante un actuar poco ético por parte del personal asistencial, a cumplir una meta, utilizando a la persona y al cadáver como medio y no como fin en sí mismos. Queda entonces en manos del médico, acorde con su formación y sus valores, decidir si debe brindarle o no la información correspondiente a los familiares en aras de obtener su consentimiento, deber que no recoge la norma, solo el de informar el fallecimiento¹²⁴, estando así la persona en una situación de evidente vulnerabilidad.

A lo anterior se suman otros tres artículos de la Resolución citada *supra*, que conculcan con el principio de autonomía. El Reglamento en el 8 dispone:

“El Departamento de Anatomía Patológica, una vez recibido el cadáver de un paciente fallecido de muerte natural, está obligado a: b) disponer de inmediato la realización de la necropsia y una vez concluida, lo comunicará a la Sección de Admisión para que se garantice la conservación, trámite, recogida y traslado del cadáver”.

Este precepto debió establecer, en primer lugar, el deber de indagar en la voluntad del fallecido y de la familia, porque de lo contrario llevaría a que el médico se arrobara de un derecho que no le corresponde, toda vez que el no es el legitimado para disponer de ese cadáver en ese sentido.

Interesante resulta también el 16 al prescribir:

“de no conocerse las causas del fallecimiento, o de existir interés científico, se practicará la necropsia clínica en el departamento de Anatomía Patológica del hospital correspondiente al área de salud donde ocurra el fallecimiento y se procederá a emitir el Certificado Médico de Defunción, de conformidad con lo establecido en este Reglamento. En los casos de muerte natural, donde se conoce las causas, se podrá indicar la realización de la necropsia, según lo dispuesto en el inciso b) del artículo 3 de este Reglamento. Si el fallecimiento

137, 143, 144, 178, 179,181, en la que se analizan una serie de casos en los que se dispone del cadáver y sus partes, en el orden jurídico internacional, ético y de las distintas morales religiosas; y en los que está presente el deber de indagar la voluntad del fallecido y las convicciones religiosas o filosóficas del mismo; siendo prohibido contravenirlas salvo casos de necesidad y aún y cuando exista consenso por parte de los familiares.

¹²⁴Cfr. Artículo 3 inciso b) del Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos.

ocurriese en áreas atendidas por médicos de familia será una obligación de este disponer la misma, incluso en casos de sujetos en tránsito o no residentes en el área, siempre que la causa de la muerte sea natural. De no existir médico de familia en el área el más cercano asumirá esta función”.

Este precepto tampoco tributa a la idea de respetar la voluntad del fallecido y sus creencias o las de los familiares recabando su consentimiento, y contraviene la excepcionalidad establecida por la Ley de Procedimiento Penal, pues instituye a la necropsia clínica como obligatoria cuando exista un interés científico, a pesar de conocerse las causas de la muerte, siendo únicamente forzosa la necropsia médica legal si por el examen externo del cadáver y las circunstancias del hecho no es posible determinar la causa de la muerte¹²⁵.

Otro artículo de este Reglamento, que se manifiesta en igual sentido es el 13, según el cual:

“El facultativo de Cuerpo de Guardia que al asistir a un paciente diagnostique su muerte de causa natural indicará la realización de la necropsia clínica y extenderá el certificado Médico de Defunción, procediendo a comunicar el fallecimiento a los familiares, de encontrarse presentes y le orientará a la enfermera que lo comunique de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 4 del presente reglamento”.

De su texto se desprende nuevamente el carácter general de la necropsia y la ausencia del deber de informar su práctica a los familiares y de indagar los deseos del difunto o de la familia, y menos el deber de recabar su anuencia.

Partiendo de la ambigüedad del Reglamento, se ha seguido por algunos centros de salud la incorrecta política de establecer un indicador de necropsias como parámetro de excelencia. Ello quebranta la autonomía de la persona, el respeto a su memoria pretérita, a sus creencias y la naturaleza ontológica del cadáver. Los anteriores preceptos están cargados de un fuerte paternalismo médico, que lleva en la práctica a que el profesional de la salud informe, más que indague sobre el consentimiento informado; no se busca la deliberación, sino la obtención de resultados, con una perspectiva utilitarista, al ver al cadáver como medio y no como fin.

Lo expuesto anteriormente también puede crear un dilema ético al poner al profesional de la salud ante el incentivo de cumplir con un indicador que tributa al desarrollo de la institución, que es útil porque contribuye al desarrollo de la ciencia médica y puede ayudar a prevenir enfermedades, establecer protocolos de tratamiento o salvar otras vidas (que moralmente es válido); y

¹²⁵ Cfr. artículo 143 de la Ley de Procedimiento Penal.

por otro lado, respetar la autonomía de la voluntad, la memoria pretérita del fallecido y la integridad física del cadáver, mediante un adecuado proceso de consentimiento informado. Ello lo llevaría a optar, en el supuesto de que tenga incorporado ambos valores, por una u otra forma de actuación, en detrimento de la otra, con las consecuencias que ello puede acarrear. El Reglamento debió prever esto y buscar la posibilidad de conjugar ambos valores, sobre la base de la búsqueda del consentimiento informado, de la deliberación y de la profunda formación ética y científica que deben tener los profesionales de la salud¹²⁶.

Reconozco lo útil que puede resultar para la sociedad la investigación en cadáveres humanos; no obstante, el beneficio que se persigue con la práctica de la necropsia clínica no puede realizarse violando principios éticos. Es cierto que con la muerte de la persona se extingue ésta y el cuerpo se convierte en cadáver, pero ese cadáver es un bien especial, en torno al cual giran los más sublimes sentimientos de respeto en cuanto fue reservorio de una persona; existe una voluntad que respetar y una serie de sujetos legitimados con preferencia y autoridad moral y legal para disponer sobre el cadáver; debiendo toda actuación que se realice sobre el mismo comulgar con el máximo comportamiento ético, sobre la base del respeto a la dignidad humana.

Igualmente estoy conteste con la necesidad de la necropsia médico-legal, la que constituye un límite a la autonomía de la voluntad, pero no puede verse como un límite amoral, sino como parte del contenido del derecho pues se sopesan en la balanza dos principios: el de autonomía y el de justicia, ante la necesidad de descubrir si existió algún asesinato o si hay elementos de prueba en el cadáver que permitan atrapar al comisario de un delito. Empero, esta posibilidad

¹²⁶ En este punto, pero referente al derecho español, me parecen de mucho tino las reflexiones de DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: “Sistema de”, cit., pp. 336-337, cuando expresan: “...la Ley de Autopsias Clínicas de 21 de junio de 1980, que faculta a los hospitales que reúnan todos los requisitos que en la misma se determinan, a solicitar autorización para que a todos los enfermos que en ellos fallezcan se les pueda practicar la autopsia, salvo que los pacientes fallecidos –por sí mismos o a través de su cónyuge o familiares en primer grado, no hubiesen manifestado su oposición al procedimiento-, que ha de garantizar-la no desfiguración manifiesta del cadáver y la no comercialización de las vísceras-(art.3.º)”. En este precepto si se aprecia un deber por parte del personal médico de recabar autorización y se establecen importantes límites en cuanto a la protección de la imagen e integridad física del cadáver, así como confirma el carácter no comercial de las vísceras. Aunque no está exento de críticas en su redacción, al respecto los citados autores añaden: “El que la oposición pueda manifestarse -a través de- no significa que la voluntad provenga necesariamente del fallecido. Creemos que con una técnica defectuosa se quiere decir que lo mismo puede manifestar la oposición aquél que su cónyuge o familiares en primer grado. Aunque así no se estimase, y dado que no se exige ninguna formalidad para hacer constar que la oposición proviene del fallecido, ¿quién comprobaría, y cómo, que lo expresado por el cónyuge es la voluntad del fallecido?”.

de actuación debe estar guiada por el principio de responsabilidad y de profesionalidad. Ante la cremación es necesario que el cadáver pase por medicina legal y según dice la norma se realice el reconocimiento del cadáver, y ante dudas o evidencia de muerte se practique la necropsia. Ese margen de actuación exige seriedad y pericia en el trabajo, pues pudiera dar lugar si se realiza con ligereza a que se convierta en una generalidad y no en la excepción de la regla¹²⁷, o se utilice como un indicador estadístico.

4. Orden de preferencia a la hora de disponer sobre un cadáver

Otro problema ético que se suscita en el día a día de los cubanos en éste ámbito, es el que se refiere a la existencia de conflictos entre familiares a la hora de disponer sobre el cadáver de su pariente, al no existir acuerdo en cuanto al destino final a dar al mismo o a sus partes y el actuar incorrecto por parte de los prestatarios de los servicios al no saber cómo proceder ante ello. Ello se conjuga con el factor de la ausencia de un precepto legal que disponga un orden de prelación que con carácter general establezca quiénes están legitimados para actuar, quiénes tendrán prioridad y cómo solucionar eventuales conflictos.

Al analizar la normativa cubana, se aprecia un vacío legislativo, pues no se establece de forma expresa un orden de prelación con carácter general en este sentido, solución, que deja la puerta abierta a posibles conflictos; además de que no expresa cómo proceder ante la falta de calidad del pariente para disponer sobre el cadáver del fallecido¹²⁸.

Sólo se encuentra una referencia expresa, en el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos, que pudiera ser una guía ante posibles conflictos si se interpreta aplicando un argumento *a fortiori* o la analogía según el caso. Éste en su artículo 39 preceptúa, que podrán solicitar la cremación de un cadáver:

- a) Todo cubano en vida.
- b) Los familiares, o allegados¹²⁹ del fallecido en ausencia de los primeros.

¹²⁷ Cfr. artículo 43 de la Resolución 9 de 1992.

¹²⁸ Al hablar de calidad de los familiares me refiero a posibles supuestos de indignidad, así como al perdón que pudiera dar el causante: ¿debería disponer el hijo que mató a su padre, del cadáver de éste?

¹²⁹ Al hablar de allegados se refiere a los vecinos, o representantes de organizaciones sociales, de masas; así como de instituciones de asistencia social. Acogiendo un criterio demasiado extenso; ya que si bien las organizaciones de masas o las instituciones de asistencia social, pudieran disponer sobre el cadáver de algunos de sus miembros, ante la ausencia de voluntad

- c) Los representantes de misiones diplomáticas e instituciones extranjeras acreditadas en el país.
- d) Los funcionarios del Gobierno y del Estado, así como representantes de las organizaciones políticas, sociales y de masa, en el caso que les competa.
- e) Las autoridades sanitarias.

De la interpretación de éste pudiera llegarse a una solución ante los casos de inhumación, dación del cadáver para fines científicos o de estudio; así como otras manifestaciones de este derecho; solucionando así posibles conflictos que se susciten¹³⁰.

El planteamiento para aplicarlo a la inhumación sería el siguiente: si existe un orden para disponer sobre el cadáver en relación con la cremación, al ser ésta un modo no común de disponer sobre el cadáver en Cuba; se pudiera aplicar, siguiendo un argumento *a fortiori*, a la inhumación, que es el medio tradicional a través del cual se ejercita este derecho.

Luego, en cuanto a la dación del cadáver para fines científicos o de estudio el razonamiento a aplicar sería este: si existe un orden para disponer sobre el cadáver en relación con la cremación, y ser ésta un modo poco común de disponer sobre el cadáver en Cuba; por analogía se le pudiera aplicar a la dación del cadáver para fines científicos o de estudio, que aunque tampoco es un modo común de actuación en Cuba, responde a fines altruistas, merecedores de toda la tutela jurídica posible.

En cuanto al conflicto que se pudiera presentar entre familiares de igual grado, no encuentro solución expresa en la legislación cubana, ni tampoco por medio

del difunto o ante la ausencia o la pasividad de los familiares, dada la propia importancia de éstas organizaciones en Cuba; no creo que suceda lo mismo con un vecino, puesto que le otorga a un extraño demasiadas posibilidades, además no siempre los mejores amigos están entre los vecinos; discriminando a éstos sin razón.

¹³⁰ Aún cuando la legislación cubana no establece una prelación general, se afilia al tratar de la cremación, a la posición que lo ve distante de los herederos *abintestato*, estableciendo una redacción *numerus clausus*; definiendo lo que entiende por familiares en el artículo 2d) en el sentido de que: “son el cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”, y en el inciso e) al definir los allegados se refiere a “otros parientes”. Al parecer el tratamiento de los familiares en incisos separados responde a la idea de preferir a los segundos; pero no la considero acertada, puesto que pone a otros familiares, aunque sean más distantes, al mismo nivel que los vecinos y que los representantes de las organizaciones de masas, otorgándole muy poco valor a los afectos. En mi criterio, debió referirse a los familiares en un solo inciso, pues el derecho de estos tienen una naturaleza diferente a la de los amigos y demás sujetos que se incluyen en el inciso e). Por lo que en una futura modificación se debería hacer esta salvedad. También considero que la solución planteada por este artículo es acertada en cuanto a dar respuesta a la pasividad de alguno de los sujetos legitimados, pues conlleva a actuar al siguiente.

de la interpretación; por lo que habría que valerse de la equidad y de los principios generales del derecho y de la costumbre donde la hubiera.

Estas soluciones deben estar permeadas por la celeridad, recuérdese que hablo de un cadáver que está cada minuto, acortando su posible suerte, por los propios procesos degenerativos; además, el conflicto sólo se puede dar, ante ausencia de voluntad del finado, ya que una vez que éste dispone, excluye a los familiares; aunque se pudiera dar el supuesto de la negativa por parte de algún familiar en cuanto a cumplir la voluntad del difunto, en cuyo caso debe acatarse lo que éste hubiera dispuesto en vida.

Este artículo queda muy lejos de dar solución al problema, toda vez que solo se establece para una de las facetas del derecho, además que tiene más un carácter enunciativo que encaminado a establecer un orden de prelación, pues no sienta pautas en cuanto al nivel de preferencia entre los distintos parientes de igual o distinto grado, dejándolo al sentido común del operador. Fíjese que en el artículo 2 del propio Reglamento inciso d) se enumeran quiénes son los familiares:

“son el cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”,

Y en el inciso e) al definir a los allegados se refiere a:

“otros familiares, vecinos o representantes de organizaciones sociales, de masas; así como de instituciones de asistencia social”.

Si se repasa nuevamente el artículo 39 en relación con el 2 inciso d) y e) del propio Reglamento, se reafirma la tesis de que el precepto tiene un marcado carácter enunciativo, pues si bien de la intelección de sus incisos a) y b) parece haber cierta jerarquía, partiendo del respeto a la voluntad de la persona en primer lugar y en segundo lugar en el b) dándole preferencia a los familiares y en ausencia de ellos a los allegados; está el obstáculo que dentro de la categoría familiares se encuentran todas las personas que establece el inciso d) del artículo 2, personas con diferente nivel de intensidad en los afectos, como pueden ser nietos, hijos, hermanos y sobrinos, o varios hijos o esposa e hijos, a los que no se les da un orden de preferencia, consiguiendo pensarse de la redacción de dicho inciso que todos la tienen por igual o haciendo una interpretación sistémica, buscando la *ratio legislatoris* que se está ante una lógica parecida a la que establece el Código Civil en materia sucesoria.

Si bien ello se pudiera aplicar como solución hermenéutica, no sin dificultades, ¿qué sucede con los otros parientes que se incluyen entre los allegados y que

no encuentra asidero en ninguna otra norma del ordenamiento, ya sea mediante la analogía u otra forma de interpretación? y ¿qué ocurre con los sujetos de los incisos c) y d) del artículo 39?, ¿cuándo entran a jugar su papel?, ¿tienen preeminencia sobre la propia persona o los familiares?, ¿qué sucede con respecto a las otras posibilidades de actuación sobre el cadáver distintas a la cremación?, ¿por dónde nos guiamos?, ¿cómo solucionar conflictos entre familiares del mismo grado?

También se pudiera reflexionar sobre la siguiente pregunta: ¿es posible declarar indigno a un familiar, en orden a disponer sobre el cadáver de su pariente? Pienso que sí, aunque las normas nada regulan al respecto, creándose otra laguna legal. Al quedar fuera de ella supuestos de tanta gravedad como, un hijo que hubiera matado o abandonado a su padre, o viceversa, o un cónyuge que hubiera atentado contra la vida del otro, etc., que a mi juicio hacen indigno, ya sea al pariente o al cónyuge. Además de lo relativo al perdón que pudiera haber otorgado el difunto en determinado supuesto, previo a la muerte.

Lo anterior debe ser solucionado mediante una adecuada modificación de la legislación, debiendo establecerse reglas que permitan tener en cuenta la complejidad del fenómeno; que brinden orden, que respeten los principios éticos y a la vez sean dúctiles. El orden de preferencia debe estar regido por fundamentos que sean universalizables, como la proximidad de los afectos, y por criterios de justicia ante la igualdad de los mismos, conjugándose la realidad material y jurídica que representa el matrimonio con los vínculos sanguíneos. Igual pudiera tenerse en cuenta a los amigos ante ausencia de familiares o allegados, toda vez que la realidad resulta más compleja que la norma, por lo que no debe ser estricta la regulación. Pudiera igualmente instrumentarse la figura de un mediador como herramienta flexible y novedosa, con una adecuada preparación en su oficio, pudiendo el coordinador de funerarias recibir una adecuada capacitación al respecto. No estoy de acuerdo con el criterio de que sea imposible, sin embargo, comprendo la complejidad del asunto y la insuficiencia de las normas vigentes.

Desde luego que no sería pacífica la solución a adoptar, pues es arduo difícil la tarea de determinar quiénes podrían hacerlo, cómo sería el orden a proponer y cómo evitar la petrificación que una norma jurídica puede traer consigo. Pero ello no es motivo para rendirse, más bien, es un argumento más a tener en cuenta a la hora de fundamentar la importancia de la Bioética en el análisis y regulación del tema sobre el que vengo cavilando en estas líneas.

La Bioética con una perspectiva global y de intervención, es la herramienta que puede permitir conjugar los diferentes aspectos que están presentes a la hora de ejercitar el derecho, mediante la instrumentación de políticas públicas

certeras que ayuden a mejorar la realización del mismo. Es importante tener presente, parafraseando a SORDO BERRA, CUSPINEDA BRAVO y ZAS ROS, que el no identificar, cuestionar o ignorar la existencia de problemas o dilemas éticos, puede deberse al déficit de formación profesional, o por la existencia de una despersonalización en el servicio que se presta; toda vez que es necesario una entereza moral y psicológica para lidiar con el fenómeno de la muerte constantemente, y no necesariamente estar relacionado con su no existencia¹³¹.

Si se formula la siguiente pregunta: ¿Es favorable ejercitar este derecho en la realidad cubana? Inexorablemente habré de responder que la realidad cubana permite el ejercicio del derecho, pero no favorece que se desarrolle en su máxima expresión. Pues en Cuba, si hoy el derecho se llega a materializar y las personas ven cumplida su última voluntad en este sentido, se debe en parte a la costumbre, ya que son actos que se reproducen más allá de pensar en quiénes tienen o no el derecho, sino que en muchos casos se trata de cumplir con la tradición familiar; existiendo otras limitantes tanto en el orden material como espiritual, y de formación de valores. Ello demuestra también la enrevesada tesitura del fenómeno y la necesidad de que la futura norma que regule estos actos debe estar en consonancia con las diferentes manifestaciones del derecho de disposición sobre el cadáver y con los principios éticos que guardan relación con él.

III. PRINCIPIOS ÉTICOS QUE GUARDAN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER

Por último, quisiera referirme en este epígrafe a los principios éticos que guardan relación con el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver y que deben ser tenidos en cuenta por el legislador a la hora de implementarlo en una norma legal más completa. La presente tarea no la realizo con el propósito de dejar sentada máximas inmutables, que den soluciones procedimentales (al estilo del principalismo anglo-norteamericano), sino por el contrario: que sobre la base de la Bioética Global y de Intervención sirvan de guía y permitan ver la interrelación que existe entre la ética, la moral y el ejercicio de cualquier derecho, acorde con la Declaración de Derechos Humanos y Bioética de la UNESCO, afín con la diversidad existente en los diferentes espacios geográficos y la complejidad del derecho de disposición sobre el cadáver y sobre la base del respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos.

En este sentido sigo a MARTÍNEZ GÓMEZ cuando expone:

¹³¹ V. SORDO BERRA, S. A., CUSPINEDA BRAVO, E., ZAS ROS, B.: “Reflexiones en”, cit., p. 226.

“Es propio de la Bioética el abordar los problemas sin acogerse a una posición preconcebida del bien. La bioética evalúa la corrección moral de los actos a partir del consenso y del procedimiento conforme a principios, desde donde orienta su solución a los conflictos de valor”¹³².

Y agrega más adelante:

“El principialismo es sólo un método, y como tal incapaz de resolver por sí mismo los complejos problemas de salud que hoy padece la inmensa mayoría del planeta. Por eso su importancia no puede evaluarse fuera del marco social concreto en que se utilice, y de las finalidades con que esto se haga. Las propuestas de fundamentación anterior son formulaciones teóricas formales y abstractas, y por tanto estériles fuera de un análisis de contexto dentro del cual pudieran cobrar validez”¹³³.

Con similar argumento se expresa Miguel Kottow:

“Doctrinas bioéticas basadas en principios toleran mal la transculturalización. La bioética traída a Latinoamérica bajo el sello del principialismo anglosajón ha tenido una recepción local difícil. La autonomía individual, tan celebrada en los países desarrollados, encuentra obstáculos en sociedades donde existen enormes desigualdades económicas y sociales. La tendencia tardo moderna a concederle respeto absoluto a la autonomía no considera que esta liberación va acompañada de temores, inseguridades, pérdidas de confianza y de la caducidad de protecciones. Ejercer autonomía y autorresponsabilidad en ausencia de una red social que cobije al que fracasa es un proceso tanto más lesivo cuanto más desamparada es la población”¹³⁴.

De ahí que sea partidario de situar como máxima el respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos, estableciendo mínimos morales que sean capaces de adaptarse al contexto y en dependencia de la situación que se presente. Además busco identificar los principios éticos que guardan relación con el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver; en segundo lugar, constatar si ha evolucionado o no el pensamiento bioético cubano en sede de principios y en tercer lugar, demostrar la necesaria vinculación entre bioética y derecho, partiendo de la relación entre moral, ética y derecho.

¹³²MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: “Los principios en la bioética médica”, *Temas de Filosofía, Sociedad y Economía* (coord. por J. A. MARTÍNEZ GÓMEZ), Ediciones Luminaria, Sancti Spíritus, 2004, p. 93.

¹³³ MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: “Los principios”, cit., p. 98.

¹³⁴KOTTOW, M.: “Justificación por principios”, *Diccionario Latinoamericano de Bioética* (coord. por J. C. TEALDI), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 143.

Con independencia de si los que traigo a colación, estricto *sensu*, puedan ser catalogados o no como principios, por apartarse de una definición exacta de lo que es un principio¹³⁵ o porque se deriven o guarden relación con otros; sin duda constituyen reglas y máximas que en el campo de la ética deben ser seguidos; contando a mi juicio con un elevado componente axiológico el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver. Igualmente no quiere decir que sean los únicos implicados o que sean números *clausus*. Solo tienen un carácter enunciativo, útil a la hora de reflexionar sobre el tema objeto de estas líneas, pero necesitados de un estudio más agudo con vistas a su implementación legal y aplicación práctica.

Primeramente puede citarse a la autonomía, lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que el ejercicio del derecho se caracteriza por ser una manifestación de voluntad capaz de crear relaciones jurídicas vinculantes, generando un deber de respeto a la memoria pretérita del fallecido y a la voluntad de la familia, ya sea a la hora de ejecutar ese derecho o porque la manifestación de voluntad provenga de ellos, en ausencia de la del finado.

En segundo lugar podemos hablar de la dignidad humana. Reconozco la importancia de la autonomía, pero, considero que mayor preponderancia tiene la dignidad humana¹³⁶, la que debe ser asiento del resto de los principios y

¹³⁵ En el Glosario de Bioética elaborado por TORRES, R.: “Glosario de bioética”, Publicaciones Acuario, La Habana, 2001, p. 69, se señalan algunas cuestiones que es importante tener en cuenta en sede de principios. En él se expresa al hablar de los principios que son: “(...) normas generales que orientan nuestras acciones, pero no nos dicen lo que hay que hacer en cada situación concreta”. Y más adelante se adiciona: “Su interpretación y aplicabilidad dependen de muchos factores, que no se encuentran en ellos mismos. Los principios en cuanto tales, no pueden indicar cuándo se aplican ni cómo se aplican. La ventaja que ofrecen es, uniformar las bases desde las cuales partir en el análisis de casos concretos”.

¹³⁶ Sobre la dignidad humana y a tono con la línea de pensamiento que vengo sosteniendo, PFEIFFER, M. L.: “Vida, cuerpo y dignidad humana”, *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, (coord. por J. C. TEALDI) Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 280-281, apunta que la “Dignidad humana hace referencia a un principio moral según el cual la persona humana nunca debe ser tratada solo como un medio sino como un fin en sí, es decir que el ser humano no debe ser nunca empleado como instrumento puesto que sería desconocer que es un fin en sí mismo. Que la vida del hombre, independientemente de cualquier enfoque ideológico, cultural o religioso, tenga un valor en sí misma y por sí misma constituye la base y el fundamento para que cualquier otra valoración del ser humano pueda desarrollarse en su proyección personal y social. La vida del hombre no es meramente una suma de fenómenos sometidos a las leyes “físicas” (término que remite al de *Physis*, griego) o naturales, sino que tiene aspectos que tocan a sus relaciones históricas, sociales, psíquicas, religiosas, políticas, familiares, etc., que no pueden pensarse sometidas a determinismos, sino conformes a su capacidad deliberativa y creadora. Todos estos aspectos en que la vida humana se manifiesta

sobre la cual deben cimentarse los derechos humanos. En este punto es de vital importancia tener en cuenta que el cadáver goza de la misma dignidad y respeto que se le tributó a la persona humana, siendo un trasunto de la misma; lo contrario sería verlo como medio y no como fin en sí mismo, apoyado en el respeto a la memoria pretérita del fallecido, debiendo procurarse su defensa, toda vez que la persona a la que tuvo como huésped ya no está entre nosotros y no puede defenderse por sí misma. Ello lleva a actuar con responsabilidad y diligencia a la hora de materializar los deseos del fallecido, tanto por parte de los familiares como de los responsables de llevar a vías de hecho las distintas facetas que puede englobar.

En tercer lugar, el principio de respeto, resulta cardinal en esta sede, pues a pesar de que se pueda desprender del de autonomía o estar relacionado, pienso que lo rebasa, toda vez que son múltiples los factores que intervienen en el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver, como tradiciones, costumbres, cultura, la espiritualidad de la persona, la imagen del cadáver, su integridad; que solo a través del mismo se puede tener en cuenta y tutelar más allá de una simple manifestación de voluntad autónoma. No es sólo atender que dijo o que no dijo, sino cómo hubiera actuado, en qué creía, qué opinaba sobre esto o aquello, y si la decisión que vamos a tomar ahora es coherente con sus creencias religiosas (esto a modo de ejemplo, de cómo el respeto rebasa a la autonomía).

En cuarto lugar el principio de caridad también resulta muy atinado, pues el mismo se vincula con el respeto a la memoria pretérita de la persona y a la dignidad humana y se materializa en no dejar un cadáver sin darle algún destino final; entendido por mucho tiempo, antes de hablarse de un derecho, no dejar un cadáver sin sepultura. Es decir, tomar todas las medidas que sean necesarias para lograr este fin, pues el mismo fue reservorio de una persona.

En quinto lugar pudiera pensarse en el principio de prudencia, el que vinculado con el de responsabilidad permite sopesar las decisiones a tomar, dar solución a los conflictos que se presenten entre familiares con la máxima diligencia, a la hora de brindar una información o dar respuesta ante una laguna o incongruencia de la norma jurídica (*verbi gratia*: como la ausencia de un orden de preferencia entre los sujetos legitimados para disponer del cadáver).

exigen un pleno desarrollo individual y comunitario; solo cumplida esta posibilidad, cada miembro de la sociedad, libre y solidario, alcanzará un pleno reconocimiento de su dignidad por sí mismo y por los demás. Libertad, dignidad y solidaridad son conceptos que se superponen y ninguno puede ser pensado sin relación con los otros. De modo que calificaremos de digna a una sociedad en que la vida humana sea merecedora de obligaciones morales”.

Igualmente ante una toma de decisiones contingente y de difícil manejo, permitiendo justipreciar la decisión a tomar.

El principio de responsabilidad también es de suma importancia, toda vez que cuando corresponde materializar el derecho la persona ya no está, y no se puede defender por sí, además que los daños que se ocasionan cuando se lesiona el derecho son de índole moral y no llevan consigo reparación pecuniaria; por eso el actuar, tanto de los familiares como de las personas que intervienen, debe estar regido en todo momento por esta máxima, no sólo entendida como la obligación de responder ante un daño, sino como el actuar responsablemente, con diligencia, siendo proactivo y buscando soluciones, no excusas.

Resulta importante también el principio de solidaridad; éste siempre ha caracterizado el actuar del pueblo cubano y en un tema tan sensible como éste debe cobrar realce, máxime en tiempos de crisis como los que se viven y en una sociedad donde los recursos materiales están limitados, siendo el escenario más propicio para su aplicación, al coordinar el trabajo entre las distintas instituciones de salud, medicina legal y los servicios necrológicos, sobre la base de tutelar en todo momento la memoria pretérita de la persona y que su última voluntad o la de la familia no se difumine.

El principio de integridad moral, también resulta cardinal y permite el respeto a la integridad física y espiritual del cadáver, a su imagen, a la memoria pretérita del fallecido; muy útil a la hora de actuar y defender aspectos que tienen un alto contenido moral, ajeno al patrimonial, y que no resulta tan atractivo resguardar en estos días y que está acorde con el status ontológico del cadáver, con la unidad e indivisibilidad que el mismo representa.

Igualmente los principios de no maleficencia y de beneficencia, resultan básicos a la hora de guiar el actuar de todos los sujetos implicados en el ejercicio de este derecho, evitando tanto un daño físico al cadáver como a la memoria pretérita del fallecido o un daño moral a la familia, obrando en todo momento en beneficio del fallecido y de la familia en un momento de tanto dolor, donde la racionalidad merma.

También debe ser tenido en cuenta el principio de necesidad, que resulta substancial en esta sede, en que el ejercicio del derecho presenta límites marcados por la salud pública, por los procesos de descomposición del cadáver, por la posibilidad de propagar epidemias y enfermedades o ante delitos contra las personas. Situaciones éstas que de hecho frustran o desvirtúan el ejercicio del derecho y que deben estar amparados únicamente

en situaciones de estricta necesidad; pero con un respaldo axiológico, que la norma debe establecer, evitando así arbitrariedades.

Por último y no menos importante quisiera hablar del principio de tolerancia¹³⁷, al igual que el dialógico; pues se trata de un derecho que al ejercitarlo interactúan diversas personas: familiares, personal que brinda el servicio, médicos que intervienen, y entonces necesariamente habrá controversias y puntos de vista diferentes, partiendo de la cosmovisión particular que cada uno tenga sobre el mundo y de la cultura que tengan ante la muerte; debiendo actuarse en todo momento sobre la base del respeto y la comunicación, para arribar a soluciones que permitan proteger a la persona y a su memoria pretérita y sin daños a su integridad moral ni a la de su cuerpo y su familia.

Las máximas anteriores sin dudas son útiles a la hora de guiar el actuar de todos los sujetos que puedan interactuar o decidir sobre un cadáver, y permiten en mi criterio contribuir a un ejercicio más pleno del derecho, a que las decisiones que por necesidad se tomen sean legítimas y a que fluyan las relaciones sociales y jurídicas; resultando necesario que la norma que regule este derecho las tenga en cuenta en su formulación, acorde con una tendencia Bioética Global y de Intervención.

Hoy se puede decir que ha operado una evolución en el pensamiento Bioético cubano en materia de principios, que ilustra el tránsito de una bioética principalista a una Bioética comprometida con la realidad latinoamericana, coherente con lo estipulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Bioética de la UNESCO; útil para propiciar una fundamentación más adecuada del derecho objeto de estudio, que permita entender su complejidad, dada por los múltiples factores que inciden en su ejercicio, y que a la vez permita tomar en cuenta ciertos mínimos morales¹³⁸.

¹³⁷ Sobre el principio de tolerancia es cardinal en cuanto guía obligada, lo que expone MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: "Los principios", cit., pp. 92-93, cuando comenta: "La tolerancia es un logro indiscutible de la humanidad. Es un valor fundamental para la convivencia y la vida de relación. Pero la tolerancia no debe entenderse en el sentido de permitirlo todo. Desde el punto de vista formal, el principio de la tolerancia debe formar parte de una moral de mínimos, pero en el orden concreto, en el orden específico de lo que se debe tolerar, casi siempre se asume en el contexto de una moral de máximos. Pensamos que se debe tolerar todo lo que no atente contra los valores fundamentales desde donde se expresan los derechos humanos, los valores de mínimos. Desde aquí se debe establecer el accionar axiológico de la Bioética. En este sentido debe asumirse el siguiente planteamiento: La disparidad de valores no convierte a los seres humanos en enemigos morales".

¹³⁸ Conforme con la anterior reflexión me parece útil compartir las ideas de MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: "Los principios", cit., pp. 98-99, que al argumentar sobre la insuficiencia del principalismo expone: "No se puede estimular el respeto a valores de una moral de máximos

1. Presencia y ausencia del componente axiológico en las normas cubanas que disciplinan la materia

Al discurrir por las normas cubanas que disciplinan el ejercicio de éste derecho encontramos tanto virtudes como deficiencias en el orden axiológico. Por una parte se consagran algunos principios éticos y por otra se violan o desconocen; observándose hasta cierto punto un divorcio entre moral y derecho, haciéndose más profunda la escisión entre la Bioética y el Derecho.

En el Reglamento para el Trabajo en las Funerarias, dictado por el Departamento Independiente de Servicios Comunales, perteneciente al Ministerio de Economía y Planificación, en diciembre del año 2007, no se aprecia en su artículo 1 como uno de sus objetivos el componente axiológico¹³⁹, creando la falsa ilusión de un divorcio entre lo jurídico y los valores, lo que resulta un contrasentido al regular después violaciones de la ética y algunos aspectos que se pueden considerar de un alto contenido moral y que encierran verdaderos principios éticos. No obstante, dicha norma se erige más como una política disciplinaria encaminada a perfeccionar el trabajo en la empresa, que dirigida a preservar el componente moral que inexorablemente debe acompañar a este derecho, además del componente educativo.

En los artículos 7, 8, 10, 13, 16, 19 y 22 del precitado Reglamento se establecen las violaciones de la ética por parte del personal que labora en la funeraria, especificándolas para cada una de las ocupaciones. Ello resulta un acierto al ser un intento por incorporar el aspecto deontológico y axiológico en dicho

cuando los derechos que expresan los valores de una ética de mínimos están tan desproporcionalmente distribuidos. Quien no puede pagar un servicio de salud que le podría salvar la vida, aún a costa de limitar su calidad, no se encuentra ante un conflicto de autonomía versus beneficencia, sino de beneficencia versus justicia social. En América Latina la beneficencia debe ir de la mano con la justicia social. Sin la segunda la primera no sólo no podrá ser una opción de máximos, sino que no será en general opción para los más necesitados, que tendrán que contentarse con los asares con que el bien se presenta cuando está sujeto a obras de caridad o a los remedios “caseros” de la medicina popular. Es necesario profundizar en nuestras raíces. El desarrollo de una perspectiva latinoamericana en Bioética destacaría seguramente aspectos poco enfatizados por el pensamiento anglosajón como el rol de la familia en salud y la solidaridad como un valor básico en la organización social”.

¹³⁹ El artículo 1 dispone: “El objetivo de este Reglamento es: - Lograr que los trabajadores de esta unidad conozcan las normas disciplinarias que rigen la actividad laboral que desempeñan en la prestación de servicios fúnebres, así como sus deberes funcionales, prohibiciones comunes y específicas según el puesto de trabajo que ocupen. –Forjar una elevada conciencia jurídica laboral en el colectivo de trabajadores, influyendo positivamente en el aporte a la solución de los problemas sociales”.

proceder; no obstante, no va más allá de una aspiración, pues predomina más el matiz de corte disciplinario y sancionador, que el puramente educativo, haciéndose énfasis en el componente patrimonial.

En este sentido se puede apreciar cómo en el artículo 24 se instituye lo que se considera como violaciones graves, y entre ellas en su inciso b) está:

“solicitar dinero o regalo a cambio del trabajo o servicio prestado”.

Si bien la gratuidad del servicio se erige en un principio ético, siendo moralmente reprobable cobrar por él cuando no está establecido, pudieran haberse incluido violaciones de corte espiritual, más importantes a mi entender en el orden de los valores, como pudiera ser: -que el que cause daño a la memoria pretérita del fallecido o impida que se ejecute su última voluntad o transgreda la integridad física y moral del cadáver será considerado como una violación grave de la ética-.

Es necesario criticar también como al regular las violaciones de la ética por parte del preparador de cadáveres, no se encuentra presente el respeto al cadáver, a su integridad física, a su memoria pretérita, a su manipulación o a la imagen. Empero, resulta atinado resaltar aciertos como el hecho de que se incluyó en su artículo 8 inciso f) el deber de respeto y comprensión para con los familiares y demás acompañantes de los velatorios.

Por otra parte en las Normativas Técnicas para el Trabajo en las Funerarias dictadas por el Departamento Independiente de Servicios Comunales, perteneciente al Ministerio de Economía y Planificación, en diciembre del año 2007, se aprecia el componente ético en lo que se refiere al respeto a la integridad moral y a la responsabilidad. En su artículo 33 se establece el deber de acompañamiento al fallecido, lo cual resulta estimable desde el punto de vista ético y le da un tratamiento al cadáver acorde con su naturaleza; vinculándolo a aquella persona que pudo haber tenido algún tipo de contacto con él y relacionado con el principio de caridad. Este artículo se engarza también con el principio de responsabilidad, pues establece una obligación por parte del personal que esté tratando el asunto, a fin de que sean diligentes en la búsqueda de los familiares o en su defecto en la designación de la persona que acompañará al cadáver¹⁴⁰.

El artículo 34 vela por el respeto al ritual funerario, a la memoria pretérita de los fallecidos, a las costumbres y a la cultura; al prohibir que el coche fúnebre

¹⁴⁰ Este precepto prescribe: “Siempre que el fallecido se recoja en el hospital o domicilio será necesario que vaya acompañado de un familiar o allegado. Si fallece en asilos u otras instituciones irá acompañado del trabajador social o persona encargada”.

se utilice para realizar actividades distintas al entierro, traslados y recogidas. Piénsese en la imagen que ha traído consigo el cortejo fúnebre a lo largo de los años, que las personas en la calle se persignan al verlo pasar y muestran su reverencia en señal de respeto, sean creyentes o no. ¿Qué imagen daría si el carro fúnebre se utilizara para trasladar materiales de construcción o personas en la parte posterior, ante la crisis económica y de valores que atraviesa Cuba? Si ello aconteciera sería una muestra de un alto deterioro social y daría al traste con el elemento moral y cultural que giran en su derredor.

En igual sentido se advierte en el artículo 41 el respeto al cadáver, al establecer cómo colocarlo en el coche fúnebre¹⁴¹. En el 71 se procura el respeto al cadáver, a la imagen del fallecido y a su integridad moral¹⁴²; al igual que en el 82 que lo establece para la manipulación del cadáver, la que debe hacerse de forma cuidadosa.

En el artículo 83 se aprecia nuevamente el respeto al cadáver, a su imagen, a su integridad moral, a la autonomía y a la memoria pretérita. El mismo dispone: “Para la preparación del cadáver se consultará con los familiares detalles del maquillaje, forma del peinado, etc., para que el fallecido aparente la mayor naturalidad acorde a su fisonomía”; aunque el mismo debió prever también la posibilidad de que los familiares participaran si así lo desearan. En igual sentido vemos el artículo 138 que exige la autorización de la familia para modelar el rostro u otras partes del cadáver.

El artículo 128 resulta también muy pertinente a la hora de tutelar la memoria pretérita del fallecido, su integridad física y moral. Este prescribe:

“Antes de colocar al fallecido en el ataúd, este se revisará cuidadosamente para evitar puntillas salientes, telas sueltas, presencia de insectos en su interior, etcétera”.

Si bien existen algunos aciertos, lamentablemente otros artículos si contravienen principios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de disponer sobre un cadáver. En el artículo 59¹⁴³ se viola el deber de respeto a la memoria

¹⁴¹ Éste establece: “Cuando colocamos al fallecido en el coche fúnebre, la cabeza del mismo se colocará hacia la puerta posterior del carro”.

¹⁴² Éste es del tenor siguiente: “En el hospital se entregará el cadáver limpio y vestido al funerario. Nunca se recogerán sin ropa”.

¹⁴³ Éste dispone: “No habiéndose presentado familiar o allegado dentro de las 24 horas de haber sido notificado el fallecimiento, o en el de las 72 horas de tener las condiciones necesarias que permitan la correcta conservación del cadáver, se podrá disponer, previa aprobación de la unidad hospitalaria, la inhumación, cremación o la remisión del cadáver

pretérita del difunto, la autonomía y las costumbres y creencias religiosas. Se le otorgan amplias facultades a la institución en un plazo muy breve de tiempo, no teniendo en cuenta dificultades que puedan suscitarse con la transportación o que se encuentren los familiares fuera de la provincia o del país y no se establece el deber de indagar en las creencias religiosas del fallecido.

Defiendo la idea de que en ausencia de voluntad del finado y de la familia o ante renuncia al derecho, nace una potestad a favor de aquellas personas designadas por el Estado, que les permite disponer sobre el cadáver, pero previo el cumplimiento y agotamiento de determinados requisitos y gestiones, que deben estar regidos en todo momento por el principio de responsabilidad.

En estrecha relación con lo anterior, la Resolución número 9 dictada por el Ministro de Salud Pública en fecha 3 de febrero de 1992 contentiva del Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos establece en su artículo 6 f):

"corresponde al personal de la Sección de Admisión dentro de las 24 horas en que se produjo el fallecimiento, y de no haberse presentado los familiares o allegados, o habiéndose presentado hicieran dejación del cadáver a favor de la dirección del hospital, realizar los trámites pertinentes para la inscripción de la defunción en las Oficinas del registro Civil correspondiente y la obtención de la Licencia de Enterramiento, adecuándose a las características de cada territorio".

Y, en el inciso g) le reconoce esta potestad a la institución hospitalaria:

"En el caso de cadáveres, que no se hayan presentado los familiares o allegados dentro de las 24 horas de haber sido notificado el fallecimiento, o en el de las 72 horas de tener las condiciones necesarias que permitan la correcta conservación del cadáver, dispongan, previa autorización de la unidad asistencial, la inhumación, cremación o la remisión del cadáver para su estudio anatómico o de investigación científica, de no existir otro interés médico legal o social del cadáver. La remisión para su estudio anatómico o de investigación científica, se hará en correspondencia con las disposiciones establecidas por el Ministerio de Salud Pública".

para su estudio anatómico o de investigación científica, de no existir otro interés médico legal o social del cadáver. La remisión para su estudio anatómico o de investigación científica, se hará en correspondencia con las disposiciones establecidas por el Ministerio de Salud Pública". En igual sentido vemos el artículo 61 en el que se obvia la voluntad del fallecido y sus creencias, no estableciendo la obligación de indagar en ellas. Este prescribe: "Cuando no exista reclamación familiar del cadáver, ni interés científico o docente, se puede disponer por el Director del Centro Asistencial, su traslado hacia el cementerio que corresponda, previo cumplimiento de los trámites legales". Ante la redacción de los artículos precedentes debe implementarse con agudeza el principio de responsabilidad como paliativo.

Como se puede apreciar el artículo 59 de las normativas resulta ser casi una copia fiel del artículo 6 inciso g) del Reglamento. Dicho precepto viola idénticos principios. Debo criticar además que el término empleado en su inciso f) resulta incorrecto, toda vez que la familia no hace dejación del cadáver. La familia no tiene un derecho de propiedad sobre él, sino un derecho familiar a disponer de este en ausencia de manifestación de voluntad del fallecido y a custodiarlo y a tutelar su última voluntad en el caso de que la hubiera manifestado. Ellos en todo caso pueden renunciar a ese derecho y habría que ver si nace en la institución hospitalaria la potestad de cumplir con la última voluntad del fallecido, porque pudo haber existido manifestación de voluntad en vida y entonces la renuncia de los familiares no la extingue o hace nacer la potestad de poder disponer en otros. Pero tanto, en uno como en otro supuesto, se debe establecer el deber de indagar en esa voluntad y en las creencias religiosas, y solo en defecto de ello actuar.

Por otra parte el artículo 115¹⁴⁴ de las Normativas Técnicas para el Trabajo en las Funerarias prohíbe que el velatorio sea realizado con la caja abierta, lo que constituye una violación al principio de autonomía, a la memoria pretérita del fallecido y a sus costumbres y creencias; existiendo medios en nuestra legislación como la conservación transitoria y el embalsamamiento que perfectamente permiten sustraer el cuerpo muerto a la putrefacción y proteger la salud pública, no teniendo sentido tal prohibición.

El artículo 117 no tiene en cuenta el principio de respeto a las costumbres y creencias del fallecido y de las familias, al no prever un espacio en las funerarias para el culto religioso. Este precepto, al establecer los locales de que se compone la funeraria, no prevé uno para ello.

En igual sentido que el anterior, el artículo 126 transgrede el principio de autonomía e impide que la persona o los familiares puedan determinar la hora del entierro, no llegando a establecer ni siquiera el deber de conciliar con los familiares por parte del personal de la funeraria. Al respecto prescribe:

“El horario de inhumación solo lo establecen los administradores de funerarias o coordinadores fúnebres, siempre dentro del horario del trabajo del cementerio”.

¹⁴⁴ Prescribe: “Cuando por algún motivo sea necesario destapar el ataúd que ya se encuentra en exhibición, este se llevará al cuarto de conservación para realizar la diligencia”.

Por su parte, el Proyecto de Decreto Ley sobre los Servicios Necrológicos, que resulta ser la norma de mayor jerarquía que hasta el momento pueda llegar a existir en la materia, queda muy por debajo de los fines que la misma permitiría alcanzar si contemplara la gama de factores que inciden en el ejercicio del derecho y recogiera los principios éticos que deben ser tenidos en cuenta al ejercitarlo. En su artículo 1 se repite nuevamente el aparente divorcio entre ética, moral y derecho, pues para nada alude al componente valorativo y axiológico y se limita a enunciar:

“Este Decreto-Ley tiene como objetivo la regulación técnica-sanitario y de funcionamiento de los servicios necrológicos en la República de Cuba”.

No obstante, en su artículo 11 se aprecia el respeto a la memoria pretérita del fallecido, a sus creencias y tradiciones. Este precepto autoriza excepcionalmente actividades turísticas y comerciales, siempre y cuando no contravengan la función social de los cementerios ni interfieran con los objetivos higiénicos, sanitarios, religiosos y conmemorativos; y en el 13, apartado 5, se establece que el reglamento interno del cementerio debe incluir las normas a seguir en los actos cementeriales religiosos.

El artículo 67 por su parte recoge el respeto a la autonomía, a la memoria pretérita, a las tradiciones y creencias. Este establece los derechos que se pueden ejercitar en los cementerios:

a) “realizar la inhumación de todo fallecido”; c) “Realizar ritos religiosos y ofrendas en los inmuebles propios”; d) “permitir peregrinaciones a santos o actos de conmemoración a los fallecidos”.

El 68 por su parte prevé el respeto ante el dolor de los familiares al establecer ciertas prohibiciones, que encierran un componente ético, como no realizar actos que ofendan la moral y la dignidad de otros asistentes; sin embargo, he de señalarle que no tiene en cuenta la memoria pretérita del fallecido.

También existen otros preceptos, a mi juicio, menos felices en su contenido axiológico. Este Decreto Ley establece una discriminación negativa al distinguir el tratamiento a dar a los cadáveres identificados y a los no identificados a la hora de inhumarlos. En su artículo 27 dispone:

“Las inhumaciones de aquellos cadáveres encontrados y no reclamados por los familiares o no se logren identificar serán realizadas en las fosas comunes en bolsas de nylon destinadas al efecto, cumpliendo las normas higiénico sanitarias”.

Y en el Artículo 28:

“Las inhumaciones de cadáveres identificados se realizarán con su correspondiente ataúd”.

Ello va en contra del principio de igualdad que parte de la identidad ontológica que existe entre los cadáveres con independencia que sean identificados o reclamados. Ambos fueron reservorios de personas y por tanto dignos del respeto a la memoria pretérita, a su integridad moral y física; no encontrando legitimidad moral tal argumentación y jugando un importante papel el principio de responsabilidad por parte de los funcionarios implicados, junto al de caridad, debiendo encargarse de propiciarle un ataúd que para nada debe ser lujoso, solamente digno. Además se debe tener en cuenta, que en Cuba, los servicios cementeriales, que incluyen el poder hacer uso de un ataúd, son gratuitos¹⁴⁵.

Otros artículos quebrantan el principio de autonomía en lo que respecta al derecho familiar a determinar la exhumación del cadáver y sientan las bases para el conflicto que surge entre derecho de propiedad sobre el sepulcro y derecho familiar a la exhumación. En los artículos 32, 41, 42, 43 se regulan aspectos tendentes a la exhumación, entre los que se encuentra la citación a los familiares; no obstante, no reconocen expresamente el derecho de los mismos y se procede ante la ausencia de éstos a realizar exhumaciones de oficio, sin establecer un deber de indagar en las causas de tal ausencia; toda vez que si bien el cementerio es el que presta el servicio y es necesario que existan espacios en las bóvedas de propiedad estatal para inhumar otros fallecidos, hay un mínimo ético que no se puede violar, y ante la ausencia o el simple impago del servicio se proceda a exhumar, subrogándose en un derecho que no le corresponde y sin establecerse el deber de investigar¹⁴⁶.

Más complejas resultan las consecuencias que se derivan del artículo 45 al disponer:

¹⁴⁵ Con excepción de la cremación.

¹⁴⁶ Estos artículos son del tenor siguiente: Artículo 32: “El derecho de sepultura en las Bóvedas Estatales será el de 2 años, al término del cual se realizará la exhumación del cadáver, salvo las excepciones reguladas por las normativas de los organismos rectores”. Artículo 41: “Cada cementerio según sus características y complejidades establecerá el método de citación, que será regulado en el reglamento interno para los actos de exhumación de cadáveres que sea más conveniente y seguro”. Artículo 42: “Se realizarán exhumaciones de oficio cuando el familiar no se presente luego de haber sido citado, o cuando se hayan incumplido pagos por el servicio de uso de osario”. Artículo 43: “Los restos óseos provenientes de las exhumaciones de oficio serán conservados por la administración del cementerio durante 60 días, una vez decursado ese tiempo se procederá a inhumar en la fosa común o cremarlos”.

“Los propietarios que requieran realizar exhumaciones fuera de citación deberán presentar la solicitud según lo estipulado en el reglamento interior de cada cementerio”.

Éste encierra un problema ético pues no necesariamente coinciden en una misma persona los derechos de propiedad sobre el sepulcro y el derecho familiar a la exhumación, existiendo propietarios que tienen inhumados en sus bóvedas a familiares de otras personas. Aquí el Decreto Ley debió regular, en aras de preservar el principio de autonomía y la memoria pretérita del fallecido, el deber de citar a los familiares cuyos cadáveres no se encuentran inhumados, no permitiendo la exhumación por parte del propietario hasta que no se presenten y solo después de agotadas todas las vías, proceder a la exhumación de oficio y darle un tratamiento adecuado, con las correspondientes medidas para identificarlo por si algún día se presentaren los familiares. Es legítimo ejercitar el derecho de propiedad, pero en esta sede tiene un límite, con un importante componente moral, que se crea al permitir la inhumación de una persona ajena a la familia en su bien cementerial.

Igualmente en el Reglamento sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos en los artículos del 71 al 76, se produce una violación al principio de autonomía en sede de exhumaciones, al no tenerse en cuenta ni establecerse el deber de que los familiares de los fallecidos que estén inhumados estén presentes. Incluso en la exhumación judicial, aunque las razones responden a una cuestión de necesidad y la persona no puede oponerse, sí debió preverse por una elemental cuestión ética, que estuvieran presentes.

A modo de conclusión puedo decir que este Decreto Ley no agota la jerarquía normativa a que llama su nombre ni hace preciado honor a su título; siendo mucho más abarcadores los Servicios Necrológicos que lo que su contenido regula. Lo anterior me obliga a realzar mi postura en cuanto a defender la necesaria vinculación entre ética, moral y derecho, así como acoger a la Bioética Global y de Intervención como una herramienta clave a la hora de brindar una adecuada fundamentación e implementación normativa de este derecho. La misma resulta necesaria para fundamentar el ejercicio de este derecho, resaltando el componente axiológico que debe estar presente en las normas que lo regulen; además de permitir un análisis transdisciplinario del fenómeno que contribuya a tener en cuenta los múltiples factores que inciden en su ejercicio.

En este punto resulta substancial la reflexión realizada por CASADO GONZÁLEZ:

“La Bioética tiende al reconocimiento de la pluralidad de opciones morales presentes en las sociedades actuales, propugnando la necesidad de establecer mínimos acuerdos. Los procedimientos que permitan decisiones consensuales tienen una importancia fundamental. Si no hay acuerdo, el Derecho debe establecer los límites de lo permitido; de ahí deriva la estrecha relación entre Bioética y Derecho, entendido como norma de conducta que emana de la voluntad de todos. Unir las nociones de Bioética y Derecho es importante, no para juridificar a la primera, sino para entender los valores constitucionales y los principios generales de las naciones civilizadas como acuerdo mínimo: a la luz de la Declaración de Derechos Humanos y de las demás declaraciones internacionales y convenios que forman parte de nuestro acervo común. Los Derechos Humanos constituyen a la vez la base jurídica y el mínimo ético irrenunciable sobre los cuales se asientan las sociedades democráticas”¹⁴⁷.

Lo anterior me permite concluir, que por una cuestión elemental de sentido común, el buen trato, el respeto a los muertos, a sus tradiciones, a su memoria y a sus costumbres constituyen valores que deben estar presentes en el actuar diario y en cualquier norma jurídica que se respete. Además me atrevo a aseverar que Derecho y moral, Derecho y ética y Derecho y Bioética deben ir de la mano. La ética de la vida, debe estar permeada por valores y se debe buscar que los valores emerjan en el propio desarrollo de cada ciencia, como componente inmanente a ellas, pensar lo contrario sería ser ingenuos, utilitaristas, positivistas, reduccionistas y desconocer el entramado de relaciones humanas en que se desarrolla toda sociedad y de la que el derecho de disposición sobre el cadáver forma parte.

¹⁴⁷ CASADO GONZÁLEZ, M.:“¿Por qué Bioética y Derecho?”, *Acta Bioética*, 2002, año VIII, núm. 2, p. 183.