



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

El cadáver en los sistemas jurídicos colombiano y español: una discusión jurídica, ética y bioética

El cadàver en els sistemes jurídics colombià i espanyol: una discussió jurídica, ètica i bioètica

The corpse in the Colombian and Spanish legal systems: A legal, ethical and bioethical discussion

Hugo Garcés Garcés ¹

¹ Hugo Garcés Garcés. Abogado especialista en Derecho de Familia (U. Nacional de Colombia). Máster en Bioética y Derecho (U. de Barcelona, España). Profesor asociado de la Universidad del Cauca (Colombia). Email: garces.abogado@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3955-6941>.

El presente artículo es un resumen del trabajo de fin de máster titulado “El cadáver en el sistema jurídico colombiano y español, una discusión jurídica, ética y bioética”, dirigido por la Dra. Mónica Navarro-Michel y presentado en junio de 2022 en el marco del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona (edición XXIII, 2020-2022).



Copyright (c) 2024 Hugo Garcés Garcés. Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

El objeto de este trabajo es contribuir al desarrollo conceptual de la categoría jurídica del cadáver en razón a la dificultad que representa la dualidad de sujeto–objeto y que eventualmente puede generar una desprotección al mismo. El estudio se limita a las legislaciones de España y Colombia, cuya regulación, además de estar estrechamente relacionada en sus orígenes, es similar en muchos aspectos. La hipótesis sostenida es que el cadáver es una sustancia corpórea que contiene información personal y en virtud de ello, la bioética se convierte en una fuente útil para su tratamiento y regulación.

Palabras clave: cadáver; muerte; cuerpo humano; sustancia; disposición final; bioética.

Resum

L'objecte d'aquest treball és contribuir al desenvolupament conceptual de la categoria jurídica del cadàver en raó a la dificultat que representa la dualitat de subjecte–objecte i que, eventualment, pot generar una des protecció a aquest. L'estudi es limita a les legislacions d'Espanya i Colòmbia, que a més d'estar estretament relacionada en els seus orígens, és similar en molts aspectes. La hipòtesi sostinguda és que el cadàver és una substància corpòria que conté informació personal i en virtut d'això, la bioètica es converteix en una font útil per al seu tractament i regulació.

Paraules clau: cadàver; mort; cos humà; substància; disposició final; bioètica.

Abstract

The purpose of this work is to contribute to the conceptual development of the legal category of the corpse because of the difficulty represented by the duality of subject–object, which can eventually generate a lack of protection for the corpse. The study is limited to the legislation of Spain and Colombia, whose regulations, in addition to being closely related in their origins, are similar in many aspects. The hypothesis sustained is that the corpse is a corporeal substance that contains personal information and by this, bioethics becomes a useful source of bioethical principles for its treatment and regulation.

Keywords: corpse; death; human body; substance; final disposal; bioethics.

1. Introducción

En los sistemas jurídicos de España y Colombia, ambos con orígenes romanos y con estrechas relaciones histórico-culturales, se encuentra instituida a manera de dogma la institución relacional entre sujeto y cosa, siendo una forma básica en que el mundo del derecho percibe los entes del mundo real.

Por otro lado, desde la ciencia se pueden generar reparos a esta dualidad; la física cuántica demuestra la dificultad del sujeto para desprenderse de su objeto, igual ocurre desde la biología y la cibernética (Gómez, 2009).

Las relaciones jurídicas existen para y entre sujetos de derecho, esas interacciones corresponden al ejercicio de derechos subjetivos, cuyos titulares son las personas, siendo estas una categoría que inicialmente correspondió a una sinonimia o una forma de referirse a los seres humanos, pero que en la Edad Media pasó a ser una abstracción que seguimos utilizando para designar algunos miembros de la especie humana (Rabinovich, 2013).

En el artículo 32 del Código Civil español y en el artículo 94 del Código Civil colombiano, se establece que la muerte como hecho natural pone fin a la existencia de la persona, es decir, se extingue una categoría abstracta que nos eleva por encima de los demás seres de la naturaleza, al atribuirnos derechos. Ninguna de estas normas hace referencia al cuerpo humano o a los cadáveres, lo que finaliza entonces es la condición que tiene el organismo para ser calificado como sujeto de derechos; de ahí en adelante ese cuerpo inerte o cadáver humano, aunque existe y toma un lugar en el mundo natural, es sujeto ausente en el mundo jurídico, donde la mayoría de las veces se le atribuye una importancia sacra. En el derecho el cadáver divaga entre sujeto y objeto; es ahí donde ha de intervenir la ética y la bioética, para si es posible ayudar a definirlo; bajo el entendido de que existen sustancias en la naturaleza que pueden a su vez ser conceptos ajenos a tal dualidad.

Los principios y reglas de la bioética asumidos como fuente permiten afirmar que la categoría jurídica de cadáver corresponde a una sustancia corpórea contentiva de información que se aparta del dualismo sujeto de derecho – objeto, usado en los sistemas jurídicos de Colombia y España.

La originalidad de la investigación no radica en extrapolar la categoría cadáver de la dualidad sujeto – objeto, sino en hacerlo desde la perspectiva de la bioética, aplicada a los sistemas jurídicos referidos como delimitación espacial del ejercicio académico. El estudio se desarrolla mediante un enfoque cualitativo. Para el efecto las unidades de observación se integraron por las leyes de España y Colombia, incluyendo algunas sentencias judiciales de cada uno de los dos

Estados; con particular relevancia se acudió a los artículos científicos relacionados con la temática. En este orden de ideas, se empleó como técnica investigativa la revisión documental (Martínez, 2012) a través de la recolección de información mediante la utilización de bases de datos científicas. El enfoque histórico-hermenéutico (Ramírez, 2010) permitió identificar y desglosar conceptos jurídicos como: muerte, cadáver, componentes anatómicos y sacralidad, e integrar a la moral como limitante en la disposición del cuerpo humano. Se abordó el tema a través de un método inductivo, el cual se ha definido como aquel que “va del conocimiento o premisas particulares a la construcción de razonamientos generales” (Campos y Covarrubias, 2010, 30).

2. La vida y la muerte

Antes de hablar sobre la muerte y el cadáver, es preciso dedicar un espacio a la vida en el derecho y preguntarse:

2.1 ¿La vida es un derecho?

La vida es reconocida como un bien supremo, un derecho, absoluto para algunos y relativo para quienes se interesan por una muerte digna; así quedó plasmado en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia en España:

[...] esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia. (...) Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida.

Según los positivistas, los derechos se entienden como facultades–poderes que se tienen en la medida que el Estado en ejercicio de la cláusula de reserva legal¹ así lo disponga; o como algo fundamentado en la misma naturaleza humana y que es la base de los derechos positivos según los *iusnaturalistas* (Perosino y Pfeifer, 2013).

¹ Cláusula de reserva de ley, se trata de una materia que tiene reserva legal, corresponde entonces exclusivamente al Legislador desarrollarla, por tratarse de una institución jurídica, que protege el principio democrático, obligando al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas a través de una ley. (Corte Constitucional, Sentencia C-507, 2014)

Para responder a este interrogante se analizarán algunas de las premisas que definen este derecho, y así entender la vida a la luz de los sistemas legales. En primera medida, debe pensarse una respuesta a la pregunta: ¿existen vidas sin derechos? y la respuesta es afirmativa. Hoy más que antes se sabe que algunos embriones humanos (no de otra especie) pueden carecer de derechos, tal es el caso de los preembriones, ya que con o sobre ellos se permite la investigación y experimentación, siempre y cuando el mismo no se haya desarrollado *in vitro* más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 14/2006, de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida española. Lo mismo se puede inferir de un cuerpo con vida asistida pero jurídicamente muerto, ya que es sobre este cuerpo que se realizan procedimientos médicos como la extracción de órganos, a pesar de que sus células aún no entran en el proceso de entropía. Se advierte entonces que la categoría derecho y vida son diferentes, pueden confluír en determinadas etapas, pero no siempre.

Ahora, si se consideran los derechos como facultades o poderes destinados a la satisfacción de necesidades, en este caso la pregunta es: ¿la vida existe para satisfacer necesidades? y si tiene ese cometido ¿de quién son esas necesidades? ¿de los gestores o creadores de la vida? es en todo caso, una respuesta difícil de responder, tal cual ocurre con “el huevo y la gallina”, puede asumirse el riesgo de responder negativamente el interrogante, dado que para vivir se deben atender necesidades como respirar y alimentarse, es decir, la vida depende de poder suplir lo básico. En todo caso, la vida existe independientemente de lo que el sistema jurídico pueda disponer, el derecho positivo puede o no reconocerla, sin embargo, con claridad se logra entender que se trata de un hecho natural jurídicamente relevante, pero natural.

Entonces, ¿qué puede ser la vida en el derecho? ¿Un bien jurídico? Según el diccionario prehispanico de la Real Academia Española de la lengua, el bien jurídico es una “condición necesaria, o al menos útil, para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad.” (RAE, 2014a), es decir, la vida necesaria para la vida, algo redundante, por lo cual cabe la posibilidad de arriesgarse y pensar en la vida como algo diferente a un bien jurídico.

Es más fácil hablar de la vida como un estado de animación que no emerge del derecho sino de la naturaleza, pero jurídicamente relevante y que no requiere de su reconocimiento para su existencia y que cuando reúne algunas circunstancias legalmente determinadas, pasa a ser protegida por los Estados.

2.2. La muerte en la cultura

En la filosofía, la muerte ha sido causa de muchas meditaciones. La muerte según se expresa en el *Fedón* de Platón es la “separación del alma del cuerpo” (Platón, 2004, 20) y estar muerto significa “que el cuerpo esté solo en sí mismo, separado del alma, y el alma se quede sola en sí misma separada de cuerpo” (Platón, 2004,20-21); no obstante, como lo explica Ballester (2013) se entiende que cuando se habla de separar el alma del cuerpo, se hace referencia a que en la vida hay cuestiones que son propias del cuerpo como el placer y otras son propias de la mente o *psique*, pero también, si el alma es nuestra esencia, a lo mejor podemos afirmar que es el alma la razón de nuestros derechos.

La muerte es inevitable, todo ser humano sabe que va a morir. “No necesitamos que Baudelaire nos recuerde que cada bocanada de aire introduce la muerte en nuestros pulmones” (Ballester, 2013, 30), pero a pesar de que la muerte y la vida caminan junto a las personas, la sociedad se ha encargado de introducir en el pensamiento que la muerte no es parte de ella; la sociedad actual esconde la muerte de los vivos, a los niños no se les permite ver a quienes han fallecido, una persona no debe morir en su casa sino en el hospital, por eso la importancia de los tanatorios hoy en día.

Pero no siempre la muerte ha estado oculta. En algunas sociedades, por ejemplo, “en África negra, a los niños se les enfrenta directamente al espectáculo social de la muerte, asisten a los funerales ya en la espalda de su madre, o como bailarines participantes desde que saben caminar” (Thomas, 1983, 328). La sociedad actual rechaza la muerte, casi que la ignora, y como anota Ballester, pudiera deberse a que la sociedad occidental aparte de cremar, estudiar y obtener órganos no sabe qué hacer con sus muertos (2013).

Para Heidegger somos “seres para la muerte”, pero los sobrevivientes solo pueden entender la muerte como la desaparición de otro, es decir, “el no ser del próximo”, así “la experiencia de la muerte no es vivida desde un ámbito subjetivo sino intersubjetivo. Por tal razón, toda muerte tiene una referencia para el otro que vive, pues la existencia, en tanto es, el ser siendo, en parte es subjetivo y es parte *sine qua non* del sentido identitario del hombre” (Ortega y Ducuara, 2010,79).

2.3. La muerte natural

El cese de las funciones cardiorrespiratorias y el proceso de entropía determinan el hecho de la muerte natural. La muerte es el fin de la vida y para el derecho es el fin de la existencia de la personalidad jurídica, conlleva la extinción de las relaciones jurídicas (aunque, en estricto sentido, algunos derechos podrán ser transmitidos *mortis causa* a los herederos) y produce algunos efectos (vocación hereditaria en los deudos, entre otros).

Es importante considerar que una de las características de la muerte natural es que sea definitiva, por cuanto a nivel intrahospitalario se ha documentado el “Síndrome Lázaro” (Blanco, 2018, 3), que consiste en que una persona es dictaminada como muerta, sin embargo, horas después recupera sus signos vitales, o resucita.

El derecho se ocupa mucho más de las relaciones jurídicas que tienen connotación económica, de ahí que la sucesión por causa de muerte implique exclusivamente aquellos bienes valiables en dinero, y de forma muy tímida considera aquellos aspectos que, aunque tangibles, actualmente sean resistentes al lucro, por ejemplo: el cadáver y aquellos derechos que perviven a la muerte, como son el buen nombre del difunto (Cárdenas, 2020, 172-173).

2.4 Muerte encefálica

La muerte ha pasado a tener diferentes estados diagnósticos en la medida en que la ciencia explora el cuerpo, como en el caso de la muerte encefálica que “corresponde a la pérdida total e irreversible de la función cerebral (completa), es decir, de las funciones de todo el cerebro: corteza y tronco cerebral” (Piperberg, 2015, 211), criterio que reemplazó la llamada muerte cardiopulmonar o cardiorrespiratoria, que consiste en “la cesación de la respiración espontánea y el latido cardíaco” (*Ibid*). El criterio de muerte encefálica tiene una considerable aprobación en diferentes países, debido a que la base de su declaración es la constatación de que el organismo humano no es capaz de mantener todas sus funciones por sí mismo en razón a la pérdida total de la actividad cerebral, no obstante, el cuerpo se mantiene vivo al conservarse las funciones cardiorrespiratorias mediante asistencia artificial, es decir, el individuo está vivo, y muerto para el derecho solo a partir de la declaración de su deceso.

Existen diferentes “etapas de la muerte” (Ariés, en Piperberg, 2015, 85-86) que generan discusión sobre la existencia o no de personalidad, por ejemplo, el diagnóstico del Estado vegetativo, el cual Piperberg (2015) describe como un estado clínico en el que el paciente respira sin la asistencia de ayudas artificiales y conserva las funciones del tronco cerebral, sin embargo, el paciente no tiene conciencia ni percepción de sí mismo o de su ambiente, y aunque se suscitan discusiones acerca de que debería declararse la muerte de estos pacientes, en tanto se cuestiona que ya no existen como personas, lo cierto es que este estado clínico no reúne ninguno de los requisitos que los criterios de la muerte encefálica y cardiopulmonar postulan para poder declarar muerto al paciente (p. 214).

Se puede entender que la declaración de muerte encefálica es un diagnóstico médico con efectos jurídicos, en la medida en que se extingue el sujeto sin que implique la existencia de un cadáver, pues el organismo está vivo gracias a una asistencia artificial, es decir, se ha postergado

el proceso de entropía. Esto lleva a comprender que no todas las muertes generan un cuerpo inerte.

2.5. La muerte en la legislación colombiana

En la legislación civil colombiana la muerte significa “el fin de la existencia de las personas” (Código Civil, art. 94), y la consecuencia siempre había sido la pérdida de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones del fallecido y la generación de derechos para los sobrevivientes más próximos al causante, por ejemplo, derechos herenciales. Al legislador del año 1887 no le interesaba por qué causas se producía la muerte, por lo menos no en el área del derecho civil.

La situación cambió con los avances en la ciencia. Como anota Figueroa (2016) en un principio a estos procedimientos se les denominó trasplantes de vivo a vivo, pero la bioética entró en el debate sobre la determinación del momento de la muerte y la definición de cadáver; fue entonces que en búsqueda del respeto de los principios de no-maleficencia y justicia se optó por “muerte cerebral” y en lugar de “donación de vivo”, se prefirió “donación de cadáver”, un término que si bien facilita los procedimientos por atenuar el reproche moral de los mismos, pareciera un tanto contradictorio, en la medida en que siendo la donación un negocio jurídico requiere la participación de dos voluntades, donante y donatario.

El legislador colombiano adopta la posición de la mayoría de países y agrega una nueva forma de muerte al ordenamiento jurídico, a la que en un principio denominó *muerte cerebral* mediante el Decreto 1172 de 1989, por el cual se reglamenta parcialmente el título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a la obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición de órganos o componentes anatómicos y los procedimientos para trasplantes de los mismos en seres humanos, así como la Ley 73 de 1988:

Es muerte cerebral el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando en forma irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico, comprobada por examen clínico [...], deberá constatarse, por lo menos, la existencia de los siguientes signos: Ausencia de respiración espontánea; Pupilas persistentemente dilatadas; Ausencia de reflejos pupilares a la luz; Ausencia de reflejo corneano; Ausencia de reflejos óculo vestibulares; Ausencia de reflejo faríngeo. (art. 9).

Así mismo, en el artículo 8 se constituye como una nueva forma de ser cadáver al cuerpo de una persona en el cual se ha producido muerte cerebral.

Posteriormente mediante el Decreto 1546 de 1998, por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación,

almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, entre otros; se deroga el anterior decreto y a lo que se llamó muerte cerebral pasa a denominarse muerte encefálica; además, precisa la definición de cadáver como aquel en el que se ha producido la muerte encefálica incluyendo el cese irreversible de las funciones vitales cardiorrespiratorias. El Decreto 2493 de 2004, por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos; también regula la muerte encefálica y la donación de órganos biológicos, no obstante, no hay modificaciones en torno a la definición de muerte encefálica, ni en la de cadáver.

Con la expedición de la Ley 1805 de 2016, se modifica la Ley 73 de 1989, que establecía que se debía esperar seis (6) horas para que los deudos se opusieran o no a la donación de órganos del cadáver, si no lo hacían en ese lapso se presumía su consentimiento. A partir del 4 de agosto de 2016 en Colombia existe la voluntad presunta en la donación de órganos, que se genera cuando la persona no ha manifestado mediante testamento vital su negativa a ser donante, entendiéndose que tácitamente quiere serlo. También aplica el criterio de muerte natural o cardiorrespiratoria que sobreviene cuando “cesan de manera definitiva las funciones vitales; esto es, cuando dejan de funcionar espontáneamente todos y cada uno de los órganos” (Medina, 2014, 501).

2.6 La muerte en la legislación española

En España la muerte significa la extinción de la personalidad civil². Para conocer las diferentes clases de muerte reguladas en España, es necesario consultar la legislación en materia de trasplante de órganos: Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; aunque el Real Decreto es calificado por Escudero y Otero (2001) como deficitario, es importante citarlo, pues a pesar de estar derogado, pues permite ver la evolución que ha existido en torno a la regulación de la muerte. El criterio que se manejó inicialmente para estos procedimientos se denominaba *muerte cerebral*, que consistía en:

La constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1. Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; 2. Ausencia de respiración espontánea; 3. Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis; 4. Electroencefalograma “plano”, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral (Real Decreto 426/1980, art. 10).

² Código Civil Español. Art. 32. La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.

Se observa que bajo el Real Decreto 426/1980 no se hacía referencia a la posibilidad de obtener órganos de personas en las que se hubiere producido la muerte cardiorrespiratoria. Una situación similar se dio en Colombia ya que en el Decreto 1172 de 1989 tampoco se incluía la muerte cardiorrespiratoria.

El Real Decreto 2070/1999, del 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; hoy derogado, termina con el silencio que había respecto de la muerte cardiorrespiratoria, especificando que la muerte de una persona puede darse de dos formas: primero por la muerte encefálica, que se define como un “coma de etiología conocida y de carácter irreversible. Debe haber evidencia clínica o por neuroimagen de lesión destructiva en el sistema nervioso central compatible con la situación de muerte encefálica” (Real Decreto 2070/1999, Anexo I); y segundo por la muerte cardiorrespiratoria, que consiste “en la constatación de forma inequívoca de ausencia de latido cardíaco, demostrado por la ausencia de pulso central o por trazado electrocardiográfico, y de ausencia de respiración espontánea, ambas durante un período no inferior a cinco minutos” (Real Decreto 2070/1999, Anexo I).

Un punto que llama la atención es la mención que hace el legislador español sobre la hora que será registrada como hora de fallecimiento, pues establece que será la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte; con el fin de resaltar que “en el caso de la muerte encefálica, la muerte del individuo se produce cuando se confirma el diagnóstico neurológico y no cuando ocurre la asistolia [ausencia del latido cardíaco]” (Escudero y Otero, 2001). Esta mención no se encuentra dentro de la regulación colombiana.

El Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad; cambia la terminología en cuanto lo que se conoce como muerte cardiorrespiratoria; estableciendo que en un individuo se produce la muerte por “el cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o de las funciones encefálicas, de conformidad con los criterios establecidos en este real decreto” (Real Decreto 1723/2012, art. 3, núm. 11). Sin embargo, se entiende que en esencia sigue siendo la misma muerte, ya que, de acuerdo a la norma, una de las condiciones para diagnosticarla consiste en se hayan aplicado “durante un periodo de tiempo adecuado, maniobras de reanimación cardiopulmonar avanzada, que han resultado infructuosas” (Real Decreto 1723/2012, anexo I).

Así entonces, bajo este real decreto continúan las dos formas de muerte, una “por criterios circulatorios y respiratorios, que se basará en la constatación de forma inequívoca de ausencia de circulación y de ausencia de respiración espontánea, ambas situaciones durante un período no inferior a cinco minutos; y otra por “coma de etiología conocida y de carácter irreversible. Debe

haber evidencia clínica o por neuroimagen de lesión destructiva en el sistema nervioso central compatible con la situación de muerte encefálica” (Real Decreto 1723/2012, anexo I), es decir, la muerte encefálica.

3. Categoría jurídica del cadáver

3.1 Persona o sujeto

En el mundo jurídico las personas naturales son los sujetos de derecho por excelencia. Ahora bien, también están las personas morales y actualmente se avizora el reconocimiento de derechos para algunos animales, por ejemplo, los grandes simios³ y algunos cetáceos como los delfines.

En el caso humano, la personalidad se atribuye a algunos individuos y los hace susceptibles de ser titulares de derechos y esa personalidad es la que permite entablar relaciones jurídicas con otros. Para autores como Medina:

[en] este tipo de relaciones se establece una unión ideal o intelectual respaldada por el Derecho —un vínculo jurídico— entre un individuo que está facultado o investido de poder para reclamar —sujeto activo— a otro —sujeto pasivo para que haga o deje de hacer algo de interés para el primero —objeto o prestación (2014, 83).

Por lo tanto, no se pueden entablar relaciones jurídicas con cosas, las cosas no tienen derechos y por ello, no puede existir reciprocidad para poder hablar del surgimiento de una

³ En el caso de los grandes simios, en la Argentina mediante providencia judicial se le tuteló el *habeas-corpus* para ser liberada a la orangutana Sandra. En fallo fechado a 18/12/2014, la Cámara Federal de Casación Penal, resuelve el recurso de casación en el *habeas-corpus* promovido a nombre de la orangutana de Sumatra llamada Sandra y en contra del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires, por: ·Conculcar de forma manifiestamente ilegal y arbitraria el derecho a la libertad ambulatoria, el derecho a no ser considerada un objeto o cosa susceptible de propiedad y el derecho a no sufrir ningún daño físico o psíquico que titulariza como persona no humana y sujeto de derecho la orangutana Sandra. A efectos de que se ordene que: “se libere a Sandra y se la reubique en un santuario acorde a su especie, donde pueda desarrollar su vida en un real estado de bienestar que será determinado por un evaluador experto en la materia” (De Baggis, 2014, 2). Zaffaroni (2013) refiere: “El bien jurídico en el delito del maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocer el carácter de sujeto de derechos (...) [decide que], “a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática menester es reconocerle al animal carácter de sujeto de derechos pues los sujetos no humanos (animales), son titulares de derechos” (Zaffaroni, E.R. (2013), como se citó en Sentencia del 21 de octubre de 2015 Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. p.10). La Ley española 17/2021, del 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales; no considera a los animales como sujetos de derechos sino como seres vivos dotados de sensibilidad. Esta categoría y sus efectos se hacen más notorios en los acuerdos sobre el cuidado de los animales que suscriben los cónyuges en los procesos de nulidad, separación y divorcio; y hoy podemos encontrar un sinnúmero de políticas como las aeroportuarias que permiten a las personas viajar junto a sus animales de compañía.

relación. Hoy en día es común escuchar en las noticias sobre personas que contraen matrimonio con muñecas, aparatos eléctricos y hasta con otros animales no humanos, pero por mediático que sea el evento, son actos irrelevantes para el mundo jurídico.

El artículo 30 del Código Civil español establece que “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. El artículo 90 del Código Civil colombiano dispone que la existencia legal de las personas se da al separarse completamente de la madre; si la criatura muere en el vientre o no sobrevive se reputará no haber existido.

Para la jurisprudencia española, la vida es un proceso que inicia con la concepción:

La gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta, “partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación” “si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma (...) ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto este encarna un valor fundamental (la vida humana) garantizado en el art. 15 de la C.E., constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”. Y “debemos afirmar que la vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental” (STC 212/1986, FJ. 1).

En este ámbito, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana; la vida existe en el seno materno, pero es la vida independiente la que genera la individualidad, la personalidad y termina con la muerte (Código Civil de España, art. 32). El concepto de vida en el sistema colombiano no es diferente, la Corte Constitucional refiere que la vida “comienza desde el instante de la gestación” (Corte Constitucional, Sentencia C-133, 1994), pero la personalidad se adquiere con el nacimiento (Código Civil de Colombia, art.90).

3.2. Cosa u objeto

Martha Toribio (2018) menciona que las cosas tienen relevancia jurídica en la medida en que generen utilidad a los sujetos. Puede existir sinonimia entre cosa y bien, pero no siempre; por ejemplo, una piedra no tiene mayor importancia, pero si es tallada deja de serlo pudiendo convertirse en un bien; asimismo, si comprobamos que esa piedra tiene alguna propiedad que le dé un valor económico, deja de ser una simple cosa. No podemos olvidar que los bienes no solamente son las cosas que podemos apreciar con los sentidos, pues existen bienes inmateriales,

como por ejemplo las acciones en una sociedad. En todo caso es una regla que las aquellas cosas que se consideran bienes “de valor económico son susceptibles de ser apropiados” (Córdoba, 2013, 167).

Toribio adscribe a la teoría dualista sujeto–objeto o cosa, o res. Las cosas corporales pueden ser objeto de apropiación, pertenencia o sujeción. Esa importancia que radica en su función, su utilidad al ser humano puede darnos una luz en la búsqueda de definir el cadáver.

El cuerpo que Descartes (1641/2003) percibe y conoce el mundo con los sentidos, tiene precisamente esa utilidad y función, pero en su integridad está alejado de una connotación económica, o por lo menos de una jurídicamente válida. Luego de cesar sus funciones el cadáver ya no tendría utilidad, pero solamente aquella utilidad primaria de albergar una vida humana. En este punto, vale la pregunta de si esa es la única utilidad o pueden existir otras diferentes. La respuesta no es difícil: afirmar que un cadáver puede tener otras funciones es una verdad, de otro modo no existiría la anatomía. Las ciencias requieren de cadáveres para conocer más sobre los cuerpos, pero el arte también: “Bodies” una exposición de cadáveres y órganos humanos sometidos a plastinación⁴, ha recorrido decenas de países para educar a través del arte.

García Manrique (2021) se ocupa de los argumentos kantianos de oposición a la venta de órganos: son una atentatoria a la dignidad, por la degradación que representa tal negocio. El autor contextualiza las objeciones kantianas en consideración a que para su momento no existían trasplantes de órganos, y nos recuerda que para Kant la distinción entre personas y cosas radica en que se atribuye dignidad a las primeras y precio a las segundas. La degradación que implica tratar el cuerpo como una cosa responde a: “una conducta intrínsecamente degradante sería aquella que menosprecia lo intrínsecamente valioso (en este caso el ser humano, o su cuerpo)” (García, 2021,95). Por esta razón, bajo los argumentos de Kant, si el cuerpo no es una cosa, sus partes siguen la misma suerte y ello impide que sea un bien comerciable.

¿Es éticamente reprochable considerar un cadáver como una cosa? Pues bien, si las cosas lo son por su utilidad, la respuesta está ligada a eso mismo: ¿para qué cosa? o ¿para qué fin?

Las cosas son los objetos inanimados, en un principio y hasta hace muy poco tiempo en esta categoría ingresaba todo lo que no fuera persona, los animales, por ejemplo. Con el tiempo van surgiendo nuevas categorías, en el caso de los animales estos pasan a ser denominados seres sintientes; juristas más osados como Javier Moreno han llegado a definir a algunas especies de

⁴ “En 1977, el científico alemán Dr. Gunther Von Hagens revolucionó la conservación de material biológico al introducir la plastinación (2). Esta consiste en el reemplazo del agua y parte de los lípidos de los tejidos por polímeros curables, produciendo piezas secas e inodoras, de aspecto natural y duradero (3), que la hace idónea para el uso en exposición museal y docencia” (Acevedo et al., 2018, p.2).

animales como “personas no humanas” (Moreno, 2016, 18) y una mayor sorpresa se generó cuando en el año 2017 en Arabia Saudita, se concedió la ciudadanía a un robot llamada Sofía (Bueno *et al.*, 2020).

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la dualidad analizada se agota o pasa a ser insuficiente frente a algunas categorías.

3.3. El cadáver

Etimológicamente la palabra “cadáver” está formada por tres raíces latinas *cara*, *data* y *vernīs* que significan “carne entregada a los gusanos” (Mendoza, 2013, 1). La palabra también tiene origen en la raíz latina *caedere*, es decir, caer, “esto se añade que –en sentido figurado– su agonía, que deriva de *agón*, es lucha, acabada la misma se produce la pérdida de la vida y, por ello, al cuerpo resultante se le designa como caído o cadáver” (*Ibid*). De esta última definición, se podría decir que la vida no es sino un morir continuo, el cual ningún ser vivo puede evitar.

La filosofía entiende el cuerpo como el traje del alma; substancia en la que hubo vida, una máquina al servicio del pensamiento o espíritu. Descartes explicaba el cuerpo como “una cosa que piensa, es decir, un espíritu, un entendimiento o una razón” (Descartes 1641/2003, 28), pero aclarando que uno era el cuerpo y otro el pensamiento, así: “No soy esta reunión de miembros llamada cuerpo humano” (*Ibid*) y el ‘ser’ o ‘no ser’ depende del pensamiento porque “si yo cesara de pensar, cesaría al mismo tiempo de existir” (*Ibid*), desde esta óptica el cadáver es visto como una substancia que ya no alberga un ser, un ente que ya no alberga una persona.

De acuerdo a Castro (2010), antes de que la ciencia pusiera sus ojos en el cadáver, este era mayoritariamente objeto de ritualidades, como el enterramiento, embalsamamiento o la inmersión en un cuerpo de agua, con el fin de que se mantuviera íntegro para conservar la imagen de la persona que en algún momento lo habitó, pues solo así se lograría la reencarnación. Y el hecho de no ver la putrefacción abierta permitía que en los sobrevivientes persistiera la imagen humana de esa persona, en quien aún se conservaba apariencia de vida.

Así, la manipulación de los cadáveres generaba que los practicantes de estas técnicas adquirieran conocimientos acerca del cuerpo humano, y, por consiguiente, empezaron a incursionar en la medicina; y aunque con un marcado fin religioso, iba surgiendo así la anatomía humana (Castro, 2010, 18).

La medicina antigua estuvo marcada por supersticiones y dogmas religiosos; con Hipócrates y sus estudios de anatomía durante los siglos V y VI a. C., se empieza a disociar la medicina de la fe. No obstante, Galeno (129-199 d. C.) dominó con sus teorías la disciplina médica durante 1300

años, de un modo que no fue positivo para los estudios de anatomía, ya que, por sus creencias religiosas, solo aprobaba las disecciones en cerdos o primates: los estudios anatómicos en humanos estaban totalmente prohibidos, y los pocos que se realizaban, fueron considerados diabólicos (Castro, 2010, 31). No fue sino hasta el Renacimiento en el siglo XIV que se vuelven a estudiar anatómicamente los cuerpos humanos; se apartan de la medicina pensamientos religiosos y mágicos. El cadáver humano volvió a ser fuente de conocimiento, “las autoridades civiles ceden a hospitales y escuelas los cuerpos de los ajusticiados para tales estudios” (Castro, 2010, 29).

En España de acuerdo al Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, se considera cadáver a “el cuerpo humano durante los cinco primeros años siguientes a la muerte real” (art. 7), después de superados estos cinco años, ya no se le denomina cadáver sino restos cadavéricos. En la legislación colombiana, por el contrario, no se hace distinción por el paso del tiempo que haya sufrido, ya que se considera cadáver a “un cuerpo humano sin vida en cualquier estado sea fresco, descompuesto, conservado, momificado o adipocira, esqueletizado o mixto, completo o in-completo” (Decreto 303 de 2015, sobre desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, art. 36). Ahora bien, hay diferentes formas de ser cadáver: la primera se da si cesan las funciones cardiorrespiratorias e inicia el proceso de entropía, es decir, la consecuente descomposición del cuerpo; y la segunda, cuando de forma irreversible el cerebro de un cuerpo ha perdido la totalidad de sus funciones⁵. El cuerpo se mantiene vivo gracias a la asistencia artificial.

Llama la atención la denominación de “donación de cadáver”, un concepto que emana de la aplicación de los principios de justicia y no maleficencia, al reconceptualizar la figura de “donación de vivo” (Figueroa, 2016). La donación es un acto jurídico donde interviene el donante y el donatario, pero cualquiera de esas dos calidades en las que se actúe se entiende la manifestación de voluntad de dar en el donante y la de recibir en el donatario. Lo particular en el caso de la donación de cadáver, es que no existe personalidad, y, en consecuencia, hay ausencia de voluntad.

3.4. Naturaleza jurídica del cadáver

Cuando se revisa qué importancia o *estatus* le da el derecho al cadáver, surgen diferentes teorías.

⁵ Decreto 1546 de 1998. (Presidente de la República de Colombia, 4 de agosto de 1998); Real Decreto 1723 de 2012,

3.4.1. Teoría de la semipersonalidad o personalidad residual

Define al cadáver como un residuo de la persona que moraba en ese cuerpo (Kummerow, 1957). Quienes defienden esta posición sostienen que los derechos que se transmiten a los herederos de una persona son únicamente los derechos económicos, los demás son intrasmisibles, como el nombre y el estado civil. Así, por ejemplo, Demogue defendía que el cadáver puede ser considerado semi-persona, en el entendido que existen normas que protegen su memoria y que castigan la profanación de las tumbas (Demogue, 1909, como se citó en Guzmán, 2018, 85).

Si el cuerpo humano no hace parte de los derechos económicos, el cadáver “no es una cosa que pueda pasar a la propiedad del heredero, sino que es un residuo de la personalidad del cual disponen los sobrevivientes, aunque no sean herederos” (Borrell, 1954, como se citó en Kummerow, 1957, 233). Se entiende entonces, que la disposición solo se refiere al destino final del cadáver, por ejemplo, el lugar de la sepultura. Es por ello por lo que la disposición no ha de entenderse como manifestación del derecho de propiedad.

Vale la pena analizar las categorías utilizadas: se habla de residuo, y efectivamente, el cadáver puede considerarse como un remanente luego de acaecida la muerte; sin embargo, la personalidad entendida como una aptitud o capacidad no deja como remanente un cadáver. Ahora bien, si nos afianzamos en la etimología, el concepto de capacidad proviene de la raíz latina *capax*, que se refiere a una condición que tienen las cosas de poder recoger o contener, entonces efectivamente, el cuerpo sería el envase o recipiente que contiene nuestros derechos, pero es válido preguntarse, ¿qué sucede con los derechos que perviven?

3.4.2. Teoría de la *res* o cosa

El derecho romano define como *res*, cualquier objeto que le genere una utilidad al hombre y pueda ser objeto de derechos (Jaramillo, 1962, 23). Esta teoría afirma que al ser el cadáver una cosa, el mismo forma parte del patrimonio.

Para Coviello, el cadáver es cosa en sentido jurídico y el derecho de disponer de él, le corresponde al que algún día va a ser cadáver. Una vez producida la muerte, la existencia sería impersonal, pudiendo producir alguna utilidad industrial o científica que puede ser a título gratuito u oneroso. Es decir, el cadáver se considera una cosa *in commercium* (Coviello, 1965, como se citó en Guzmán, 2018, p. 85).

Otro doctrinante de la teoría, De Cupis, sostenía que:

[...] así como es cosa la parte separada del cuerpo vivo, también lo es el cadáver. El cuerpo humano, después de la muerte, se torna una cosa sometida a la disciplina jurídica, cosa, sin embargo, que no pudiendo ser objeto de derechos privados

patrimoniales, debe clasificarse entre las cosas extracomercium (De Cupis, 1950, como se citó en Guzmán, 2018, p. 85).

Bajo esta concepción también se han amparado posturas que otorgan al cadáver la categoría de cosa para unos asuntos, y para otros no, según esté destinado a la inhumación o a fines de estudio, investigación o trasplante” (Tobías, 2009, en Guzmán, 2018, p. 85). En ese sentido, es una res *extracomercium*, pero que en determinados casos podrá ser objeto de uso.

Estas dos últimas posturas catalogan al cadáver como una cosa *extracomercium*, alterando el significado que ordinariamente se le ha dado a la palabra cosa; generando entonces la premisa de que el cadáver no es persona, pero tampoco una cosa, y si los doctrinantes mencionados no se atreven a considerarlo una mera cosa, la razón puede ser la presión social, por el hecho de que un cuerpo merece respeto por quien fue.

3.5. ¿Existe propiedad sobre el cadáver?

En el derecho internacional privado existe un precedente relacionado con los cadáveres: se trata de la acción interpuesta por los comités de las aldeas chinas en contra de los holandeses para que se les restituyera una estatua de oro robada que contiene a un budista momificado de 1000 años de antigüedad. El debate jurídico giraba en torno a dos posiciones diferentes en relación a la estatua: para los demandantes, esta era una persona o deidad, y para los holandeses, una propiedad. Sobre esta causa, el investigador Zhen Chen plantea que la momia no encaja en la dicotomía de persona y propiedad, pues debe clasificarse como “una existencia de transición entre una persona y una propiedad” (Zhen, 2022, 23). Si la clasificación de una momia tiene que limitarse a la dicotomía tradicional, una momia puede considerarse como una cuasi persona o un tipo especial de propiedad. Siguiendo esta nueva clasificación, debe establecerse una nueva “regla de elección de ley”. (Zhen, 2022, 3). Concluye Zhen: “Los objetos culturales que contienen restos humanos son especiales en comparación con otros objetos culturales que no los contienen, ya que los restos humanos contienen información biológica de una persona” (Zhen, 2022, 9).

El concepto de “existencia transitoria” se aplicó para resolver sobre la adjudicación de unos embriones humanos luego de la muerte de sus padres, ante la reclamación de los abuelos Shen v. los abuelos Liu. Según esta tesis asumida por el Tribunal que conoció la causa, “los embriones fertilizados tenían el potencial de convertirse en vida, y, por lo tanto, son propiedades especiales que contienen características biológicas de una vida futura” (Zhen, 2022, 14). Un estatus mayor que una propiedad, pues contienen la información genética de las familias, además de ser útiles para aliviar el dolor de los abuelos.

En la legislación colombiana y española no existe claridad legal acerca de quién tiene la titularidad o decisión de disponer sobre el cadáver. Es cierto que en vida las personas pueden disponer de su cadáver, por ejemplo, donarlo a la ciencia o para donación de órganos. No obstante, cuando no se manifiesta ninguna voluntad para su destino, la ley en ambos países suple esa voluntad con la donación de órganos: en Colombia, la Ley 1805 de 2016 por medio de la que se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones, establece que todas las personas se presumen donantes excepto voluntad contraria expresada en vida. Un poco atrasado el legislador colombiano si se lo compara con la legislación española, que estableció el consentimiento presunto desde la expedición de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, aunque en la práctica se exige el consentimiento de la familia para proceder a la extracción.

La controversia surge cuando se debe establecer quiénes tienen derecho a decidir el destino final del cadáver, si se incinera o se entierra. La costumbre indica que quienes deciden esto han de ser los parientes más cercanos. Si se piensa a través del derecho civil se entendería que dicha facultad recae en los herederos. Lo cierto es que tanto en Colombia como en España hay un vacío legal frente a la pregunta ¿de quién es el cadáver? En ambos países han sido los jueces quienes se han pronunciado.

Mediante Sentencia T-162 de 1994, la Corte Constitucional de Colombia decide una tutela⁶ interpuesta por una viuda que solicitaba se protegiera su derecho a conservar los restos humanos de la persona que había sido su cónyuge, en razón a que uno de los hijos de la persona fallecida había hecho que los restos fueran exhumados y trasladados a un cementerio diferente, sin consultarle a la viuda. Ante la ausencia de legislación que regule sobre quién recae la titularidad del cadáver, la Corte cita a Julián Uribe, quien sostiene que:

El derecho sobre el cadáver no puede fundarse en el concepto de dominio, ni siquiera en el de posesión jurídica. Un cadáver 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 (Corte Constitucional, Sentencia T-162, 1994).

Como ya lo había mencionado en el año (2016), el anterior argumento resulta contradictorio:

⁶ Es la acción judicial mediante la cual se protegen los derechos fundamentales.

En el sentido de que en la misma sentencia la Corte plantea que: “en lo que respecta a la exhumación de los restos, nadie duda de que son los familiares los llamados a reclamar tal derecho. Sin embargo, este criterio no es suficiente para resolver disputas que sobre el particular se susciten entre sus deudos. En estas circunstancias, lo más razonable es pensar que corresponde decidir sobre la exhumación a quienes han definido, organizado y pagado el entierro y la tumba” (Corte Constitucional, Sentencia T-162, 1994). Añadiendo un elemento de tipo económico, aunado al hecho de reconocer importancia no a los familiares del difunto, sino a los herederos de este, lo que nos permite justificar que la interpretación de la Corte para el caso particular es a conveniencia. (Garcés, 2016, 8-9).

Este pronunciamiento ha sido objeto de críticas, una de ellas del jurista Medina Pabón, para quien, pese a que la Corte manifiesta que sobre el cadáver no recae ningún derecho de dominio, la realidad es otra:

Con todo, y resaltando los interesantes argumentos esgrimidos, la realidad jurídica y fáctica contradicen esa posición; no en vano la ley habla de disposición y donaciones del cadáver, y por todos lados se encuentra uno con cadáveres o partes de ellos que son de propiedad de otros (museos, laboratorios, centros académicos y oficinas particulares), de los cuales algunos son tan bienes que pueden ser objeto de transacciones onerosas (Medina, 2014, 519).

En España encontramos la Sentencia Civil número 348 del 2 de julio de 2003 de la Audiencia Provincial de Alicante, en cuya causa el recurrente solicitaba se le permitiera entrar al nicho donde se encontraba el cadáver de su hija, porque la madre de la difunta no le proporcionaba una llave. Además, decía tener un derecho que le permitía exigir poder estar más cerca de su hija. La Audiencia Provincial manifiesta en la sentencia que “es un derecho moral no reconocido en ninguna norma jurídica-positiva”, y frente a el acceso al nicho que se entiende no era propiedad del demandante, expresa la sentencia que “la pretensión ejercitada implicaría la constitución de un derecho posesorio (servidumbre de paso vitalicia) sobre un bien ajeno.”

La sentencia cita dos de sus pronunciamientos anteriores, de los cuales se puede extraer que se adopta una posición en la que se une la teoría del cadáver como semipersona o residuo de la personalidad y la teoría de la res:

Esta audiencia Provincial en Sentencia de fecha 7 de junio de 1995, ya declaró que el cadáver, como mero residuo de la personalidad, queda fuera de los derechos relacionados con la misma, aunque tenga alguna conexión con ellos, de manera 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, sin que las posibilidades de disposición sobre el cadáver concedidas a los particulares, autoricen a admitir la existencia de un derecho subjetivo al o sobre el mismo. Lo que implica que ninguno de los litigantes sea titular de ningún Derecho subjetivo sobre el cadáver de su hija.

Para corroborar lo anterior, Gordillo Cañas señala que:

“la muerte es el hecho jurídico que muta la calificación jurídica del cuerpo. Extinguida la personalidad, el cuerpo deviene cadáver; de elemento personal, pasa a ser jurídicamente cosa. Con todo y acertadamente, esa misma communis opinio recorta sustancialmente los efectos de la indicada calificación: el cadáver es cosa, pero cosa extra commercium, o lo que es muy parecido: cosa, pero no objeto de derechos patrimoniales; cosa sui generis, por su condición de huella y residuo de la personalidad, pero cosa al mismo tiempo, objeto más de respeto y de culto que de poder o dominio: 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. No es derecho de naturaleza real, pues, ni derecho de la personalidad” (Sentencia A.P. de Cádiz de 14 de abril de 2000).

En este caso, 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 *extracomercium* que en consecuencia no pertenece a nadie. Y si se dice esto respecto del cadáver, que es lo “único” con lo que el actor podría tener vinculación, con más argumento se tendría que concluir que ningún derecho exista para exigir la entrada en un bien propiedad ajena, como es el Panteón (Audiencia Provincial de Alicante, 2003, nro. 348).

4. Principios bioéticos y cadáver

Los principios bioéticos son postulados de carácter general, dirigidos inicialmente a la protección de las personas (humanos vivos) “incluidas en estudios de investigación biomédica ya que ocasionalmente en el afán experimentador se llegaba a abusos” (Gómez, 2009, 231). Se justifica la participación de la bioética en la solución al problema jurídico del cadáver, en razón a que el “constitucionalismo social” y los derechos humanos como hilo conductor, han permitido una conexión más directa entre la bioética y el derecho, considerando la dignidad de la persona como un fin.

En la obra de Hooft (2005) se encuentra el término de “nueva juridicidad”, es decir, sistemas jurídicos más flexibles, abiertos al bienestar de la persona, que además de las leyes ortodoxas encuentra su justificación en el desarrollo de diferentes convenios y tratados, por ejemplo, en la Convención de Asturias de 1997 o Convenio Europeo de Bioética, que contiene “la inadmisibilidad de la instrumentalización del ser humano en el campo de la biología y la medicina, y en la absoluta primacía del ser humano respecto de los intereses económicos”(Hooft, 2005, 26). Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su artículo tercero expresamente consagra la prohibición de que el cuerpo o sus partes sean objeto de lucro.

Es precisamente esa flexibilización de las disciplinas la que permite estudiar, debatir y acoger nuevos conceptos para el caso de estudio, el principio de justicia proyectado a la humanidad y no limitado al concepto de persona sirve para reconocer calidades diferentes en los cuerpos vivos y muertos, darle valor a la información que contienen y garantizar respeto a la misma; a su vez no degradar esa sustancia es una premisa que se desprende del principio de no maleficencia a nuestra humanidad.

Al concebir el cadáver como una sustancia contentiva de información, estos principios pueden servir de fuente para su protección y buen uso, a pesar de que ese cadáver no sea considerado un sujeto jurídicamente reconocido. Por ejemplo, hay enfermedades que producen vergüenza y que las personas no están interesadas en revelarlas durante su vida, o ni siquiera en la posteridad de su muerte. Es ahí, donde se entiende que, si no es absolutamente necesario, no hay razón para hacer pública la información, en aplicación del principio de no maleficencia, es válido reservar esos datos del difunto.

Igualmente, cuando se habla de destino final del cadáver, en aquellos eventos en los cuales esta sustancia (cadáver) tiene un propósito diferente al descanso en paz: la manipulación de ese cadáver debe estar justificada o revestida de una causa fin para no agredir la humanidad en función de banalidades.

El cadáver es sustancia de protección.

5. Conclusiones

Del estudio de las categorías planteadas en los sistemas jurídicos que delimitan el estudio, se permite arribar a las siguientes conclusiones:

En cuanto al concepto de cadáver, se concluye que su importancia jurídica puede ser definida por diferentes variables: por su descomposición, es decir, a menor proceso de entropía,

mayor valor científico y mayor moral; desde lo cultural, si el cuerpo lleva implícita una importancia histórica, por ejemplo, ello puede definir hasta quienes están legitimados para decidir su destino final.

Sobre el destino final del cadáver, se puede considerar que el respeto a los cadáveres no significa necesariamente la inhumación o cremación, el uso de los cuerpos en el arte y la ciencia lo demuestran; esto conlleva a resaltar la causa fin como un principio esencial en aquellos casos en que se consideren los restos humanos como el objeto de un negocio jurídico. Es importante precisar que no existe claridad sobre quienes tienen legitimación para disponer de los restos humanos, en principio, son los parientes más cercanos los llamados a ejercer tal derecho (que no es el de propiedad). Es claro que los órdenes hereditarios de las dos legislaciones no son suficientes. En el caso de Colombia, el precedente contempla factores como el tipo de relación con el difunto o el afecto y un factor económico como el pago de exequias. A nivel de derecho internacional, se observa que el factor cultural amplía el espectro de legitimación al punto de favorecer a toda una comunidad.

En el panorama pragmático de las normas jurídicas, la bioética representa una fuente de necesaria para el derecho. La tecnología advierte nuevos y diferentes usos de los componentes anatómicos y los principios de justicia y no maleficencia pueden servir para regular los usos y procedimientos. Al concebir el cadáver como una sustancia que contiene información, se torna más práctica la aplicación de los principios bioéticos, al momento de regular su disposición o dar soluciones jurídicas a problemas derivados de la misma.

En relación con la muerte se concluye que los derechos transmisibles no son los únicos que perviven, los derechos de autor o el buen nombre son ejemplos de derechos que trascienden a su acaecer, ello obliga a replantear la muerte como fin de la existencia de la personalidad, bajo el supuesto de que todo derecho corresponde a un sujeto titular y en este caso el titular sigue siendo el fallecido.

En relación con la vida como categoría jurídica, puede no corresponder en estricto sentido a lo que se conoce como un derecho, la vida puede definirse como un estado de animación que en algunas etapas es protegido por los sistemas jurídicos.

En la donación de órganos cuando el donante padece muerte encefálica, la calificación del trasplante como un acto jurídico, más precisamente como un contrato de donación técnicamente no es adecuado, por las siguientes razones:

El donante (según la definición de donación) debe ser propietario de la cosa, sin embargo, los órganos son una sustancia sobre la que estaría proscrito el dominio; por otro lado, la donación es un *contrato intuito persona* y en esta en particular, el donante no conoce el destino de sus

órganos, lo que significa que dos de las características de la donación no se ajustan a este acto, por lo que sería interesante calificarla como una “dejación de órganos”.

El cadáver merece un mejor estatus jurídico y moral, sin embargo, las legislaciones analizadas no reconocen la importancia de este, destinándolo básicamente a su desaparecimiento o la inhumación.

Bibliografía

DOCTRINA

- ◆ Acevedo L., Rojas M., Velásquez J. (2018). Técnica de plastinación de la Universidad de Antioquia: una adaptación del método estándar alemán. *Iatreia*. 31(3), 228-239. DOI 10.17533/udea.iatreia.v31n3a01.
- ◆ Ballester, M. (Il.) y Ujaldón, E. (Il.) (2013). Sobre la muerte. Madrid, Biblioteca Nueva. Recuperado de <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/ereader/unicauca/113042?page=115>.
- ◆ Blanco, M. (2018). *Síndrome de lázaro y su relación con las maniobras de RCP y la capnografía*. (Trabajo de grado, Universidad de Valladolid). <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/30382/TFG-H1189.pdf;jsessionid=1C558BBDFE54305B28DE9AB8F4267261?sequence=1>.
- ◆ Bueno, G., Bucio, J., Romero, A., y Guerrero, K. (Enero-febrero de 2020). Robótica y ética: una entrevista al Dr. Ronald C. Arkin. *Revista digital universitaria*, 21(1), 1-8. http://www.revista.unam.mx/wp-content/uploads/v21_n1_a2.pdf.
- ◆ Castro, M. (2010). El cadáver en la cultura. México. Instituto Politécnico Nacional. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/ereader/unicauca/72135?page=17>.
- ◆ Cárdenas, R. (2020). ¿Tienen derechos los muertos? *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, 1 (1), 171-197. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2020.v1n1.09>.
- ◆ Campos y Covarrubias, G. (2010). Introducción al arte de la investigación científica. México D.F., Editorial Miguel Ángel Porrúa. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/ereader/unicauca/38328?page=30>.
- ◆ De Baggis, G. (2014) Solicitud de Hábeas Corpus para la Orangután Sandra. Comentario a propósito de la Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de 18 de diciembre de 2014. *Derecho Animal*. 6 (1): 1-8. doi: <https://doi.org/10.5565/rev/da.107>.
- ◆ Descartes, R. (2003). *Meditaciones* (Trad. J.A. Díaz). El Cid Editor. Santa Fe, Argentina. (Trabajo original publicado en 1641).
- ◆ Escudero, D. y Otero, J. (2001). Avances clínicos y legales en el diagnóstico de muerte encefálica durante la década de los trasplantes en España. *Nefrología*. S4 (21), 31-40. <https://www.revistanefrologia.com/es-pdf-X0211699501027217>.
- ◆ Figueroa Gustavo. (2016). El cadáver humano en el arte y la bioética: la Pietà Rondanini de Miguel Ángel. *Revista Médica de Chile*. 2 (144). <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872016000200013>.

- ◆ Garcés Garcés, H. (2016). El derecho sobre el cadáver en la jurisprudencia colombiana, un análisis sociológico desde la óptica del realismo. En A. M. Jauretche, 2016, (ed. Dolsi de julho), *Barajar y dar* (pp. 347-359).
- ◆ García, R. (2021). *Se vende cuerpo*. Heder.
- ◆ Gómez, P. (2009). Principios básicos de bioética. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 4 (55) 1-12. <https://www.redalyc.org/pdf/3234/323428194003.pdf>.
- ◆ Gómez, T. (2009). La dualidad sujeto-objeto y sus repercusiones en el derecho. *Opinión jurídica*, 15 (8). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302009000100007.
- ◆ Guzmán, J. (2018). Aspectos bioéticos y jurídicos del manejo del cadáver. “un análisis del estatus mortem y su consonancia ética en la praxis. *Instituto de bioética*. 2. 77-141. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8812>.
- ◆ Hooft, F. (2005). *Bioética, derecho y ciudadanía, casos bióticos en la jurisprudencia*. Temis.
- ◆ Iberley. Audiencia Provincial de Alicante. (2 de julio de 2003). Sección 7, Sentencia nro. 348. Jurisdicción civil. Ponente: Cambronero Canovas, Fernando.
- ◆ Jaramillo, L. (1962). Sobre la noción de cosa en el derecho. *Estudios De Derecho*, 21(61), 21-26. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/334938>.
- ◆ Kummerow. (1957). Aspectos relativos a la propiedad del cadáver. *Revista de la facultad de derecho*, 11, 227-244. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/11/rucv_1957_11_227-244.pdf.
- ◆ Martínez, H. (2012). *Metodología de la investigación*. Cengage Learning. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/lc/unicauca/titulos/39957>.
- ◆ Medina, J. (2014). Derecho civil: derecho de personas (4a. ed.). Universidad del Rosario. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/ereader/unicauca/69643?page=501>.
- ◆ Mendoza, M. (2013). Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a estas. *Foro Jurídico*, (12), 51-61. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13800>.
- ◆ Moreno, J. (2016). Las personas no humanas. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*. 40, 11-22. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/BIEC/article/view/1219>.
- ◆ Perosino, M. y Pffeifer (2013). Praxis, ética y derechos humanos en torno al cuerpo muerto. (Tesis de Doctorado, Universidad de Buenos Aires). <http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/1653>.
- ◆ Rabinovich Berkman. (2013). Derecho civil, parte general. (2.a ed.). Astrea.
- ◆ RAE y CGPJ Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial (2020) “Bien jurídico”. En: *Diccionario Prehispánico del Español Jurídico*. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/bien-jur%C3%ADdico>.
- ◆ Ramírez, R. (2010). *Introducción teórica y práctica a la investigación histórica: guía para historiar en las ciencias sociales*. Universidad Nacional de Colombia. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/lc/unicauca/titulos/129891>.
- ◆ Platón (2004). Fedón. El Cid Editor. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/ereader/unicauca/35796?page=24>.
- ◆ Toribio, M. (2018). Manual de derecho romano. Universidad Abierta para Adultos (UAPA). <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/ereader/unicauca/175612?page=184>.
- ◆ Zaffaroni, R. (2011). La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar (1.a ed.). Ediar.

- ◆ Zhen, C. (2022). Is a Mummy a Person or a Property: The Classification and Choice of Law of Cultural Objects in Private International Law. *The Chinese Journal of Comparative Law*. 1-23. <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxac006>.

JURISPRUDENCIA

- ◆ Corte Constitucional. (24 de marzo de 1994). Sentencia T-162. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-162-94.htm>.
- ◆ Corte Constitucional. (17 de marzo de 1994). Sentencia C-133. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-133-94.htm#:~:text=%22La%20mujer%20embarazada%20como%20resultado,un%20a%C3%B1o%20\(1\)%22](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-133-94.htm#:~:text=%22La%20mujer%20embarazada%20como%20resultado,un%20a%C3%B1o%20(1)%22).
- ◆ Poder Judicial de la ciudad autónoma de Buenos Aires. (21 de octubre de 015). *Orangutana Sandra*. Expediente. A2174-2015/0. <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload946.pdf>.

LEGISLACIÓN

- ◆ Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1988). Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. [Ley 73 de 1988]. Bogotá: DO: 38623.
- ◆ Congreso de Colombia. (4 de agosto de 2016). Por medio de la cual se modifican la ley 73 de 1988 y la ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones. [Ley 1805 de 2016]. Bogotá: DO: 49955.
- ◆ Decreto 1172 de 1989. Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a la obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición de órganos o componentes anatómicos y los procedimientos para trasplantes de los mismos de los mismos en seres humanos, así como la Ley 73 de 1988. [Decreto 1172 de 1989]. Bogotá: DO: 38847.
- ◆ Decreto 1546 de 1998. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares. [Decreto 1546 de 1997]. Bogotá: DO: 43357.
- ◆ Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. [Decreto 2493 de 2004]. Bogotá: DO: 45.631.
- ◆ Decreto 303 de 2015. por el cual se reglamenta la Ley 1408 de 2010. En relación con que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. [Decreto 303 de 2015]. Bogotá: DO: 49431.
- ◆ España. Jefatura de Estado. Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-26445-consolidado.pdf>.

- ◆ España. Jefatura de Estado. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>.
- ◆ España. Jefatura de Estado. Ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/25/pdfs/BOE-A-2021-4628.pdf>.
- ◆ España. Ministerio de la Gobernación. Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Mortuoria. <https://www.boe.es/boe/dias/1974/08/17/pdfs/A17000-17006.pdf>.
- ◆ España. Ministerio de Sanidad y Seguridad Social. Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos. <https://www.boe.es/boe/dias/1980/03/13/pdfs/A05705-05707.pdf>.
- ◆ España. Ministerio de la Presidencia. Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. <https://www.boe.es/boe/dias/2000/01/04/pdfs/A00179-00190.pdf>
- ◆ España. Ministerio de Sanidad, servicios sociales e igualdad. Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-15715-consolidado.pdf>.

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2023

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2023

Fecha de publicación: 14 de febrero de 2024