

Winter July 19, 2016

Derecho de occisión social. La disposición del cadáver

Enrique Varsi, Dr.



This work is licensed under a [Creative Commons CC_BY International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



SELECTEDWORKS™

Available at: https://works.bepress.com/enrique_varsi/47/

LA DISPOSICIÓN DEL CADÁVER

El derecho de occisión social



ENRIQUE
VARSI
ROSPIGLIOSI

Profesor investigador de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

El cadáver (*Caro Data VERminibus*, carne dada a los gusanos) tiene como destino normal y natural su descomposición y su regreso a la tierra (Génesis, 3:19); sin embargo, puede tener un destino anormal establecido por ley (CIFUENTES), que es su utilización en la conservación de la salud, prolongación de la vida o el interés social, sus fines son solidarios y altruistas. De esta manera, se regula directamente el derecho de occisión social que está representado por los actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver, es decir, sobre el cuerpo muerto, sobre los restos mortales, partiendo siempre de la premisa que el cadáver es un ser humano, sin vida pero ser humano en sí, un resto físico de él que merece respeto y consideración exclusiva, en reconocimiento de la protección 'ultraexistencial' del sujeto de derecho (ESPINOZA ESPINOZA).

Dada su naturaleza jurídica, el cadáver es un objeto de derecho especial (resto casi sacro de la personalidad (GORDILLO CAÑAS), digno de la más amplia protección, respeto y piedad; asimismo, está fuera del comercio de los hombres (*corpore humane est res extra commercii mancipi*). Sin embargo, ello no le resta la calidad de poder ser un donante fallecido y que se utilice su cuerpo con fines beneficiosos. Este es el sentir normativo sustentado tanto en el interés individual (cautela de los restos mortales) como en el interés social (fin terapéutico o investigación) lo que, en esencia, determina las posibilidades altruistas, solidarias, generosas del ser humano en aquello que hace digna su existencia (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Cuando nos referimos al fin terapéutico, estamos

hablando que el cadáver es apto para proveer de salud o para salvar una vida, incluso para crear una nueva vida restringiéndose la cesión de gametos *post mortem*, pues es una técnica de reproducción con fines asistidos no naturales.

El artículo 10 del Código Civil se refiere a los actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver y plantea dos hipótesis legales de este derecho a determinar la destinación del cadáver (BRECCIA): la utilización parcial de cadáveres identificados con fines terapéuticos, y la utilización total de cadáveres no identificados con fines de interés social.

Uso terapéutico

El supuesto de dicho artículo es que la persona no dispuso en vida de su cadáver, ni en sentido positivo ni en sentido negativo (RUBIO CORREA), de allí la posibilidad de que el profesional de salud, en cuya custodia esté el cadáver, pueda disponer de manera gratuita y parcial de él para bien de otros, con conocimiento de sus familiares. La norma no establece si el conocimiento es *ex ante* o *ex post*. Consideramos que los parientes deben ser informados de forma previa, aunque a la fecha carezcan del derecho de oposición.

El artículo 10 del Código Civil fue modificado para facilitar la política de promoción de donación y trasplantes de órganos y tejidos (1).

El supuesto está en concordancia con el artí-



EL CADÁVER ES UN OBJETO DE DERECHO ESPECIAL DIGNO DE LA MÁS AMPLIA PROTECCIÓN, RESPETO Y PIEDAD; ASIMISMO, ESTÁ FUERA DEL COMERCIO DE LOS HOMBRES. SIN EMBARGO, ELLO NO LE RESTA LA CALIDAD DE PODER SER UN DONANTE FALLECIDO Y QUE SE UTILICE SU CUERPO CON FINES BENEFICIOSOS.

Regulación especial

A todo lo expuesto, y siendo el cadáver un bien perfectamente aprovechable incluso en sus productos de desecho (pelo, uñas, placenta), existen determinados elementos como el cordón umbilical y los progenitores hematopoyéticos que actualmente no tienen la calidad jurídica de productos de desecho,

requiriéndose para estos efectos una regulación especial. Dada su naturaleza jurídica especial no están dentro del ámbito de este dispositivo:

a) Los embriones, fetos y anencéfalos al tener la naturaleza de sujetos de derecho especiales, así

como sus células, tejidos u órganos, pues son bienes jurídicamente protegidos y,

b) Las momias históricas, esqueletos, cráneos, huesos sueltos, restos humanos antiguos y otros de orden arqueológico al ya no inspirar un sentimiento piadoso y tener la naturaleza de patrimonio cultural.

culo 13 del Código Civil y la Ley General de Salud (LGS) (artículo 8 *in fine*) en el sentido de que, de morir una persona sin haber expresado su voluntad de ceder o no su cuerpo, corresponde a sus familiares dicha facultad. En el mismo norte, el reglamento de la Ley de trasplantes indica que en caso de muerte, natural o accidental, y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido la autorización podrá ser otorgada en forma excluyente, y en el siguiente orden, por: a) El o la cónyuge; b) Descendientes mayores de edad; c) Ascendientes; y, d) Hermanos. La facultad de disposición conferida es parcial, pues se entiende que habría que dejar 'algo' del cadáver para darle cristiana sepultura, lo cual es un derecho propio de la persona: el derecho a la sepultura.

El *jus sepulchri* consiste en el derecho a ser sepultado y el derecho a mantenerse sepultado.

El consentimiento dado en vida por el fallecido, así como la *pietas* familiar para la disposición cadavérica no siempre son tomados en cuenta, prevaleciendo el interés de la colectividad, lo que implica una limitación al derecho subjetivo personal y familiar pertinente.

En determinados casos, la ley permite al profesional de salud la libre disposición cadavérica, excepciones que se indican en la LGS (artículo 110) y son en las necropsias de ley, embalsamamiento o cremación del cadáver y en los accidentes, cuando la muerte se produce en un centro asistencial (artículo 8 de la Ley N° 23415 modificado por la Ley N° 24703) siempre que los restos no sean reclamados por los familiares o se cuente con autorización de estas. El reglamento de la Ley de trasplantes, con similar criterio, refiere que se presume la voluntad presunta por muerte accidental en los que deba aplicarse la necropsia (artículo 6) y en casos de embalsamamiento o incineración (artículo 10). Estas situaciones están subsumidas

en la tesis de la nacionalización o socialización del cadáver, mediante la cual el Estado puede disponer libremente del cadáver de sus ciudadanos para salvar vidas.

La LGS ha derogado tácitamente normas del Código Civil, pues fija el interés social por encima del principio de primacía de la voluntad del causante y del derecho de disposición de los familiares sobre el cadáver de su difunto.

Fines de interés social

El destino legal de los cadáveres no identificados o abandonados (indigentes, vagabundos) es su utilización con fines de interés social, es decir que tengan un uso científico o pedagógico. En este caso, la ley hace bien en considerar esta utilización especial que, en cierta manera, frena el tráfico de restos humanos. Se entiende que el cadáver no reclamado se rige por las disposiciones de la *res nullius* o *res derelicta* de manera que el Estado lo confisca por razones de utilidad pública, pasando a ser un difunto socializado sin indemnización para sus parientes (GARZÓN).

La norma concuerda con el reglamento de

Bien jurídico tutelado

El cadáver, como bien jurídicamente tutelado, no es objeto de propiedad privada, por el contrario está afecto a las normas sanitarias que de por sí son de orden público y su destino, en este caso, lo

establece la ley (FERNÁNDEZ SESSAREGO), debiéndose tener presente que la utilización de los cadáveres para estos fines deberá respetar los derechos fundamentales y los postulados bioéticos de las investigaciones científicas.

servicios de necropsias (DS N° 003-69-PM), la Ley de cementerios y servicios funerarios (Ley N° 26298, artículo 27) y su reglamento (DS N° 03-94-SA), pero fundamentalmente con la LGS (artículo 114) en el sentido de que los cadáveres no identificados o reclamados dentro de 36 horas tras su ingreso a la morgue podrán ser dedicados a fines de estudio o investigación científica. El reglamento de la Ley de trasplantes indica que en personas con diagnóstico de muerte encefálica el director del establecimiento de salud podrá autorizar, luego de 48 horas de suscrita el acta de comprobación de muerte encefálica, la extracción de órganos y tejidos en los siguientes casos: a) Personas no identificadas, y b) Personas identificadas en situación de abandono, sin voluntad expresa para la donación en su documento de identidad (artículo 15).

Pero, la consagración del cadáver a objetivos científicos o humanitarios es una facultad exclusiva de la propia persona y, excepcionalmente, de la autoridad pública (BERGOGLIO y BERTOLDI). De esta manera, nuestro ordenamiento hace bien en señalar que esta disposición cadavérica

especial se aplicará de forma exclusiva en cadáveres no identificados o abandonados.

Este destino investigativo y pedagógico permite el desarrollo de cirugía sustitutiva aplicada en el hombre, surgiendo nuevas alternativas como los microtrasplantes, xenotrasplantes, y la implantación de piezas mecánicas, electrónicas o computarizadas en el cuerpo humano (*ciborgs* o *bionics*) (VARSI, 2001). Los fines de interés social de la disposición cadavérica deben estar acorde con el orden público y las buenas costumbres de allí que embalsamar un cadáver para ser exhibido en un museo por poseer alguna característica corporal especial es discutible (SAGARNA), no así el hecho de obtener un molde de la estructura corporal para hacer una réplica de yeso, como el caso de los siameses Eng y Chiang, 1811, oriundos Siam.

Las prohibiciones presentadas de forma expresa en la jurisprudencia comparada son, por ejemplo, la utilización de cadáveres en la realización de pruebas de los mecanismos de seguridad vehicular en casos de accidente o para la comprobación de los efectos de las balas de nuevas armas (ANGOITIA). ▀



11 Ley 30473. Ley que modifica los artículos 2, 3 y 4, y la disposición complementaria única de la Ley N° 29471, ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos (DOEP, 29/6/2016). Doctrina: ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos, Madrid, Marcial Pons, 1996. BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia, Trasplante de órganos, Hamurabi, Buenos Aires, 1983. BRECCIA, Umberto y otros, Derecho civil, t. I, vol. I, Normas, sujetos y relación jurídica, Universidad Externado de Colombia, 1992. CIFUENTES, Santos: Derechos personalísimos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas, Lima, Ed. Huallaga, 1996. FARIAS DA SILVA, Justino Adriano: Tratado de derecho funerario, t. II. São Paulo: Método, 2.000. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de las personas, 7ª edición, 1ª reimpresión, Lima, Ed. Grijley, 1996. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos", en Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales, México, Fondo de cultura económica, 1999. GORDILLO CAÑAS, Antonio, Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana, Madrid Civitas, 1987. MENDES DE ALMEIDA, Fernando Enrique: Revista dos Tribunais, 253/22. RUBIO CORREA, Marcial, Para leer el Código civil, XII, El ser humano como persona natural, PUCP, 1992. SAGARNA, Fernando, Los trasplantes de órganos en el Derecho, Buenos Aires, Depalma, 1996. TAUPITZ, Jochen: "El Derecho a no saber en la legislación alemana (Parte II)", en: Revista de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, España, No. 8, enero-junio, 1998, p.105. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho médico peruano, Lima, Universidad de Lima, 2001. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho genético, 4ª edición, Lima, Grijley, 2001.