

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/317588247>

¿No hay derechos para los muertos? A propósito de una sentencia del TC sobre la posibilidad de extraer muestras a personas...

Article · June 2016

CITATIONS

0

READS

224

1 author:



Ronald Cárdenas Krenz

Universidad de Lima, Unifé, ESAN.

18 PUBLICATIONS 1 CITATION

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Neurociencia y Derecho: Implicancias, aportes y retos para el análisis jurídico [View project](#)



Los Derechos de la Persona ante los alcances del revolucionario y novísimo proyecto de modificación genética CRISPR (2013-2016) [View project](#)

¿No hay derechos para los muertos?

A propósito de una sentencia del TC sobre la posibilidad de extraer muestras a personas vivas o muertas, para hacerles pruebas de ADN*

Ronald CÁRDENAS KRENZ**

A partir de una reciente sentencia, el autor analiza la condición de las personas una vez que han fallecido. El trabajo se refiere a la posibilidad de considerarlas como titulares de derechos fundamentales y las potestades que tienen los familiares respecto del cadáver (que se convierte en objeto de Derecho) y en qué situación se encuentran los derechos personalísimos de una persona fallecida.

➤ PALABRAS CLAVE:

Derecho a la identidad / Derecho a la intimidad / Prueba de ADN / Persona fallecida / Sujeto de Derechos / Objeto de Derecho

Recibido: 28/04/2016

Aprobado: 02/05/2016

A fin de recabar pruebas para un caso sobre falsedad ideológica y falsedad genérica, un fiscal ordena realizar una prueba de ADN

sobre dos difuntos y sobre otra que está viva. ¿Puede una persona ser obligada a pasar dicha prueba si es que no lo desea? ¿Puede desenterrarse un cadáver para hacerle la misma prueba sin el asentimiento de sus familiares al amparo de una mera sospecha? ¿El derecho a la intimidad de la información genética es solo invocable para personas con vida?

El Tribunal Constitucional ha resuelto un caso sobre la materia (Exp. N° 05312-2011-PA/TC), planteándose cuestiones que merecen ser analizadas, las que pasamos a comentar.

* El presente artículo se basa en la investigación desarrollada por el autor para el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, en el año 2015, sobre los derechos *post mortem* de la persona, la cual contará con el apoyo, como asistente, de Sandra Rovegno Loayza, alumna de la Facultad de Derecho.

** Abogado, magíster en Derecho Civil y Comercial y en Bioética y Biojurídica. Profesor de las facultades de Derecho de las universidades de Lima, Femenina del Sagrado Corazón y ESAN.

I. BREVE HISTORIA DEL PROCESO

En Huánuco, en el año 2009, el Ministerio Público sigue una investigación en contra de JMGH y JFJG por los presuntos delitos de falsedad ideológica y falsedad genérica, en agravio de EAG y, entonces, decide ordenar realizar pruebas de ADN a los fallecidos FGQ y MGT así como al recurrente JMGH y a su madre, con el fin de demostrar la paternidad biológica del fallecido FGQ respecto de su hijo JMGH, y así poder determinar si al inscribir su nacimiento se incurrió (o no) en el delito de falsedad ideológica.

Ante ello, con fecha 12/01/2010, JAJG, JFJG y JMGH interponen un amparo contra la 2ª Fiscalía Provincial Penal de Huánuco y el Procurador del Ministerio Público, solicitando se dejen sin efecto las muestras tomadas a los occisos FGQ y MGT, dispuestas en la Investigación Preliminar N° 149-2009, alegando la violación de los derechos al debido proceso, defensa, dignidad, integridad física y a la intimidad personal y familiar.

El 2º Juzgado Mixto de Huánuco, con fecha 18 de agosto de 2011, declara improcedente la demanda por considerar que las diligencias se efectuaron con el fin de identificar y recoger elementos materiales que podrían convertirse en prueba, no evidenciándose que haya algún elemento subjetivo que no guarde relación con el sustento materia de análisis.

Apelada la sentencia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, mediante resolución de fecha 8 de noviembre de 2011, revoca la apelada y declara infundada la demanda por considerar que la labor del Fiscal fue realizada conforme a la Constitución.

JAJG, JFJG y JMGH interponen entonces ante el TC un recurso de agravio constitucional contra dicha sentencia, resolviéndose el caso el 21 de julio de 2014.

II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Los accionantes señalan que el fiscal carece de facultades para disponer el estudio de la

paternidad biológica y que tampoco ha considerado que el recurrente JMGH fue debidamente inscrito como hijo de don FGQ, acto que se hizo por mandato judicial en 1985, no habiendo cuestionamiento alguno durante 24 años, hasta el momento en que se presentó un problema de herencia con uno de sus familiares.

Por otro lado, indican que, siendo descendientes directos, no se les ha pedido autorización para la exhumación del cadáver de don FGQ, y que tampoco se les ha notificado de la diligencia de exhumación de cadáveres, situación que pone en duda la veracidad de las muestras. Agregan que todo ello afecta sus derechos al debido proceso, a la defensa, y a la intimidad personal y familiar, pues los hechos se publicaron en un diario de circulación regional.

Consideran que el actuar del fiscal vulnera la dignidad humana, pues se afectaría su forma de ser, personalidad, comportamiento social y aceptación en la sociedad huanuqueña, siendo además impertinente la medida por no probar la supuesta falsedad ideológica o genérica, agregando que, en todo caso, el delito habría prescrito. También se cuestiona que la exhumación se habría hecho sin considerarse la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios.

El Procurador, por su parte, solicita que el pedido se declare improcedente, argumentando que las actuaciones ordenadas por la fiscalía constituyen actividades legítimas en el marco de las competencias del Ministerio Público, y que ellas pueden aportar pruebas para el mejor esclarecimiento de los hechos, sin afectar el debido proceso.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Delimitación del petitorio: El objeto de la demanda es dejar sin efecto la toma de muestras de los occisos FGQ y MGT realizada el 28 de diciembre de 2009, así como la orden de toma de muestras de ADN de JMGH, dispuestas en la Investigación Preliminar N° 149-2009. Se alega vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa, a la dignidad y a la intimidad personal y familiar.

La supuesta lesión de derechos fundamentales habría recaído sobre dos actos: La exhumación y toma de muestras del ADN de los occisos FGQ y MGT; y la orden de tomarse muestras a JMGH. En el primer caso, los demandantes alegan la violación de sus derechos a la dignidad, debido proceso e intimidad familiar; en el segundo, la intimidad de uno de los codemandantes.

Sobre los supuestos comentarios en la sociedad huanuqueña que habría generado la exhumación y toma de muestra de FGQ y MGT, afectando el derecho a la dignidad; en cuanto a que no se siguió el procedimiento pertinente, afectando el derecho al debido proceso; y respecto a que el hecho que la exhumación fuera de conocimiento público habría afectado entonces el derecho a la intimidad familiar, para el Tribunal ninguna de estas objeciones tienen fundamento.

Si bien la dignidad es un principio constitucional sobre el cual reposa todo el ordenamiento jurídico, garantizando que seamos tratados como fines y no como medios, en este caso no se habría violado. “Su *causa petendi* tiene que ver más bien con una comprensión coloquial –no jurídico-constitucional– de lo que se entiende por la expresión ‘dignidad’, esto es, como referido a decoro, excelencia o realce, en este caso, del abolengo familiar”.

Tampoco considera que se haya afectado el derecho al debido proceso porque no se haya cumplido el artículo 26 de la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios en la exhumación, ya que se trata de una norma no aplicable al caso.

En cuanto a la supuesta afectación del derecho a la intimidad familiar, por el hecho de que la exhumación haya sido de conocimiento de terceros evidenciando el cuestionamiento

La exhumación de cadáveres debe permitirse solo en caso de que hubiera realmente motivos suficientes y no solo una simple sospecha o el mero pedido de alguien.

a la paternidad, el Tribunal recuerda que en este tipo de actividad no existe una expectativa legítima de que su concreción se efectúe en secreto o libre de la injerencia o conocimiento de terceros, entre otras razones, porque este se efectúa precisamente por terceros –los médicos, peritos, sujetos procesales, etc.– por lo que también este extremo debe rechazarse.

El TC estima que una situación completamente distinta se da en la orden de tomar muestras del ADN del recurrente, dictada mediante Resolución N° 729-2009-AMPLIACIÓN DE INVESTIGACIÓN FISCAL, de fecha 11 de noviembre de 2009, declarada en reserva mediante Resolución N° 184-2010 del 1 de marzo de 2010 hasta que se resuelva el amparo, pues hacerlo sin su consentimiento sí constituye una intervención sobre dos derechos fundamentales: la integridad personal (existe un deber de no menoscabar la incolumidad del cuerpo) y la intimidad.

Agrega que las inspecciones y registros corporales que están autorizados a realizar ciertos funcionarios públicos, o las intervenciones corporales, como las que pueden autorizarse en virtud de una ley para conminar a una persona a someterse a ellas, constituyen, pues, injerencias en el contenido protegido *prima facie* del derecho a la integridad personal.

Hace notar el TC que la orden fiscal de tomar una muestra de ADN a JMGH constituye una injerencia respecto al derecho a la integridad física, ya que legalmente carece de dicha autorización, independientemente del fin perseguido.

Añade que también constituye una afectación a su derecho a la intimidad, como espacio o ámbito propio que debe quedar reservado o libre de injerencias y conocimiento por terceros. Se viola este derecho no tanto por la

intervención corporal que implica la extracción de la muestra, sino por el tipo de información que puede permitir obtener, pues no solo comprende información genética concerniente a su identidad, sino también datos genéticos que corresponden a la persona (vinculados con posibles enfermedades, por ejemplo). Así, la orden fiscal atentaría tanto contra la intimidad genética como contra la identidad genética.

Expresa el TC que se hace necesaria una ley que autorice puntualmente este tipo de intervenciones, determinando claramente el órgano competente, las causas, condiciones y limitaciones para las tomas de muestra. Añade, asimismo que: “Una intervención estatal en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad solo es admisible, desde el punto de vista formal, si existe autorización legal para llevarla adelante. Cuando se carece de esta y, pese a ello, se ordena la injerencia, esta última deviene en una intervención injustificada del derecho y es, desde ese punto de vista, incompatible con su contenido constitucionalmente garantizado”.

IV. SENTENCIA

Se declara fundado en parte el amparo y, en consecuencia, *nula* la Resolución N° 729-2009, en el extremo que dispone la realización de la prueba de ADN a don JMGH; e *infundada* en lo demás que contiene.

V. FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ Y SARDÓN DE TABOADA

Los mencionados magistrados coinciden con las consideraciones y la decisión de la sentencia de mayoría, pero hacen algunas precisiones en relación a la constitucionalidad del acto de exhumación de los occisos FGQ y MGT, advirtiendo que, además de los fundamentos expuestos, podría comprometerse el derecho a la integridad moral, recogido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución y que ya ha merecido pronunciamientos del

Tribunal, haciendo mención expresa a la sentencia del Exp. N° 00256-2003-PA/TC, recaída en el caso de un hospital que, por razones de una deuda, impedía retirar el cadáver de una persona para su sepultura, acto que se resolvió constituía un trato cruel, inhumano y degradante contra los familiares, pues despertaba sentimientos de angustia y sufrimientos de especial intensidad.

La misma sentencia afirmó que la integridad personal comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad de acuerdo a las costumbres, así como el ejercicio de determinadas conductas que identifican a uno como parte de dicha comunidad, por lo que el rito de darle sepultura a un cadáver está amparado en dicho derecho fundamental, y “el impedimento de tal práctica afecta irremediablemente la integridad moral de los familiares”.

Ahora bien –agregan–, aun cuando en el presente caso, no se está impidiendo el entierro de un cadáver, sí se está irrumpiendo en la tumba del difunto, constituyendo circunstancias semejantes. Con ello, se afectaría la integridad moral por tratarse de los restos físicos de una persona con quien había un especial vínculo, porque existe la costumbre de inhumar el cadáver y cuidar la sepultura, y porque sobreviene una injerencia no consentida en el ejercicio normal de esa costumbre.

Declaran los magistrados que no hay un derecho fundamental a favor de la persona muerta a que no se profane o intervenga su tumba, “pues un ser sin vida no puede experimentar intereses que salvaguardar; pero existe la protección constitucional de los familiares o de las personas cercanas a que no se les impida el ejercicio de la costumbre de respetar la memoria y el cuerpo de sus difuntos”. Seguidamente, hacen mención a que la honra de los muertos expresada en ritos funerarios es una práctica cultural muy antigua que todavía nos sobrevive y la hemos asumido como una pauta colectiva de comportamiento, costumbre apoyada en razones religiosas como no religiosas.

Elegir cómo nos relacionamos con los otros (aún con los muertos) se trata de una elección moral al amparo de nuestra libertad. “Sentimos que es una ‘obligación moral’ el respetar a la persona humana incluso después de la muerte y lo manifestamos en ceremonias solemnes, rituales religiosos, en tumbas, mausoleos, etc.”.

Agregan que “nuestro deber de sepultar a los muertos y preservar sus tumbas son exigencias de nuestra esfera privada, incorporado por tradición cultural, cuya interrupción por terceros puede simbolizar subestimación y hasta menosprecio por nuestra forma de vida conforme a los fundamentos propios, por eso solo valores los (sic) suficientemente poderosos deben justificar cualquier intervención en tal ámbito personal”.

De allí, por tanto, que en el presente caso se suspende materialmente la realización de los deberes de respeto y honra de los difuntos, injerencia que estaría justificada en el deber del Estado de esclarecer la comisión de delitos y de evitar que queden impunes, deber constitucional regulado en el artículo 159, incisos 4 y 5, de la Constitución. La diferencia, en consecuencia, con el caso del hospital que retuvo un cadáver, es que el pago de una deuda no es de especial relevancia constitucional que justificara la afectación directa a la integridad moral de los familiares.

VI. OPINIÓN PERSONAL

En las siguientes líneas, vamos a centrarnos en dos puntos fundamentales que nos parecen de especial interés:

1. ¿Puede obligarse a una persona a pasar un examen de ADN como en el presente caso?

Coincidimos plenamente en que debe predominar el derecho a la intimidad, el derecho a la identidad y el derecho a la libertad. Sin embargo, debe tenerse presente la naturaleza del caso, pues, por ejemplo, si una persona es acusada de un homicidio o de una violación,

dicho examen puede ser fundamental para evitar la impunidad ante actos particularmente tan graves.

Un caso especial, por cierto, es el de los juicios de filiación. Señala Tello Moreno:

“Creemos que someter coactivamente a una persona a la prueba de ADN es una decisión que debe ser valorada en cada caso concreto con el objeto de no restringir la libertad personal de manera indiscriminada. Sin embargo, en aquellos casos en que no exista claridad suficiente sobre la paternidad controvertida se hace indispensable la realización de la prueba, atendiendo al principio del interés superior del niño y con el fin de que tanto su derecho a la identidad como su derecho a percibir alimentos por parte de sus ascendientes sean garantizados” (Tello Moreno, s.f.).

Parece justo que, en los casos de filiación, se de una relevancia especial al principio del interés superior del niño, no para obligar compulsivamente a una persona a pasar a la fuerza por dicha prueba, sino para darle una interpretación positiva a su negativa.

2. ¿Puede exhumarse un cadáver para tomar muestras del mismo y hacerle una prueba de ADN sin permiso de sus familiares?

Consideramos que, como lo ha dicho el Tribunal, en la toma de las muestras en sí de los dos fallecidos, no existe violación del derecho a la dignidad de los familiares (no hay un sustento preciso de cómo así se daría ello), como tampoco violación al debido proceso (aparentemente, se siguió el trámite regular) o a la intimidad personal y familiar (la exhumación es un proceso previsto por la ley; y mientras lo que salga del examen se limite a lo requerido para el proceso, no habría objeción sobre el particular).

Empero, no queda claro de la sentencia tenida a la vista, la necesidad de efectuar la exhumación de los cadáveres. Un acto de tal naturaleza debe permitirse solo en caso que

hubiera realmente motivos suficientes y no solo una simple sospecha o el mero pedido de alguien. Nótese que, en el presente caso, habían transcurrido 25 años desde que se habría cometido el hecho investigado y que la inscripción de la partida habría sido hecha por mandato judicial cuando JMGH era menor de edad.

Consideramos que siempre que vaya a practicarse una exhumación, aun cuando sea obligatoria conforme a ley, debe informarse a los familiares. Y, en caso no sea obligatoria, se debería pedir la autorización de estos. En el caso de autos, señalan los recurrentes que no obstante ser descendientes directos de don FGQ, no se les pidió autorización alguna para la exhumación de su cadáver y tampoco se les notificó de la diligencia de exhumación.

En cuanto a la opinión de los magistrados Ledesma y Sardón, coincidimos que, efectivamente, debe tenerse presente el derecho a la integridad moral de los familiares —afectado al irrumpirse en la tumba de su pariente fallecido—, además de las costumbres, las creencias religiosas y las convicciones morales de las personas.

Empero, discrepamos, respetuosamente, de la opinión de tan distinguidos juristas, cuando hacen referencia al derecho a la intimidad genética de las personas vivas, mas lo niegan en el caso de las personas fallecidas. El razonamiento parece correcto a primera vista, pero si, por ejemplo, una persona fallecida tuvo un mal genético que nunca fue conocido como, por ejemplo, el Síndrome de Morris, ¿tenemos derecho a difundirlo?

No cabe duda de que si el difunto tenía el virus del SIDA habría que difundirlo, teniendo en cuenta la importancia de que estén advertidos de ello sus eventuales parejas sexuales

A falta de disposiciones establecidas por el fallecido, tienen derecho a decidir sobre el cadáver los parientes más próximos, siempre teniendo en cuenta la conciencia social y las buenas costumbres.

(por ejemplo, en el caso de la muerte del conocido estilista Marco Antonio), pero, tratándose de otro tipo de enfermedades, ¿pueden sacarse sin más a la luz pública?

2.1. Sobre el derecho a la incolumidad del cadáver

Llama la atención de que en la sentencia del TC (fundamento 22), se señale que:

“[I]a inexistencia de una autorización legal que faculte al Ministerio Público para tomar una muestra de ADN de manera compulsiva torna injustificada la injerencia en el derecho a la integridad física de don JMGH”, mas no se señala lo propio a propósito de las personas fallecidas; la pregunta es: ¿se puede tomar compulsivamente una muestra de ADN de un cadáver? Obviamente, no se trata de personas, pero tampoco constituyen una nada jurídica de la que se pueda disponer arbitrariamente.

Si como dice el mismo considerando al final, no hay justificación formal para la intervención sobre el derecho a la integridad física del recurrente vivo, ¿por qué no se aplica lo mismo respecto a los cadáveres? Si no hay justificación formal en un caso, lo mismo se da en el otro.

Empero, nuestra mayor discrepancia se da cuando afirman que “[p]er se no hay un derecho fundamental a favor de la persona muerta a que no se profane o intervenga su tumba, pues un ser sin vida no puede experimentar intereses que salvaguardar”; agregando que, en cambio, sí existe la protección constitucional de los familiares o personas cercanas a que no se les impida ejercer la costumbre de respetar la memoria y el cuerpo de los difuntos. Nuevamente, vale aquí preguntamos: Y si el fallecido no tuviera familiar alguno (o no le preocupara a ninguno lo que pasara con su

cadáver), ¿puede entonces profanarse su tumba, vender sus órganos, ser usados sus restos por curanderos, exhibir el cadáver como parte de la escenografía de una discoteca, usarlo sexualmente, etc.? Naturalmente que no.

Se añade en el texto bajo comentario que “[s]entimos que es una ‘obligación moral’ el respetar a la persona humana incluso después de su muerte”; sin embargo, estimamos que en el presente caso, podríamos estar no solo ante obligaciones morales, sino también jurídicas.

Por lo demás, si enfocamos el tema solo como un asunto de respeto a la costumbre, siendo la costumbre una fuente del derecho, estimamos que nos encontramos ante una costumbre jurídica y no ante una simple costumbre.

Ello, aparte, por cierto, de poder invocarse el respeto al orden público y las buenas costumbres.

El sepultar a los muertos y preservar sus tumbas, no son solo exigencias de nuestra vida privada incorporadas por tradición, pues, junto con ello, existen razones de orden público. Dar sepultura a la persona, es tanto un derecho como un deber, independientemente de su condición física, económica o social; de allí que el Estado facilite la sepultura a quienes no tienen recursos económicos para el efecto¹.

En cuanto a que la ejecución de la orden fiscal de exhumación y toma de muestra de sangre del cadáver de los familiares de los recurrentes “suspenden la realización de los deberes de respeto y honra de los difuntos”, lo que se justificaría por el deber del Estado de esclarecer la comisión de delitos y de evitar que queden impunes, podríamos decir entonces que, si ello es así, siguiendo dicha lógica (no

la nuestra) debería haberse aplicado lo mismo en el caso de la persona viva que se negaba a que le tomen muestras de ADN, teniendo en cuenta el principio de que donde hay la misma razón hay el mismo derecho.

La sentencia del TC, menciona en su fundamento 16, la existencia de “un deber jurídico que tienen los sujetos pasivos (decididamente el Estado y los particulares), consistente en no menoscabar la incolumidad del cuerpo”. ¿Debe considerarse que con la muerte, el cuerpo de una persona sí puede ser usado arbitrariamente? Ojo, que si se pretendiera justificar ello al amparo de que la persona no sería capaz de experimentar dicho atropello, significaría entonces que si una persona está en estado de coma, o ha perdido completamente la razón, podemos también tener injerencia sobre su cuerpo sin reparo alguno.

2.2. Sobre el derecho a la intimidad genética del fallecido

Señala el Tribunal que la orden fiscal de tomar una muestra de ADN de JMGH también es una injerencia en su derecho a la intimidad, pues esta excluye que terceros puedan tener acceso a la información relacionada con la vida privada de una persona y la prohibición de hacer uso de los datos así conocidos. Sin embargo, este argumento no se invoca para el caso de las personas fallecidas que fueron objeto de la prueba.

Es cierto que, a simple vista, los fallecidos no tendrían derecho a la intimidad, mas ello no es así, ya que la persona que muere puede que haya querido que no se conozcan ciertas cosas de su vida, aun después de que haya fallecido. Esto lo reconoce nuestro propio sistema jurídico, como cuando dice el artículo

¹ Ley de Cementerios y Servicios Funerarios, Ley N° 26298, artículo 6, *in fine*: “Los cementerios públicos deberán reservar un área para la prestación de los servicios funerarios de inhumación en fosa común o cremación de cadáveres de indigentes o de restos humanos no reclamados”. Artículo 22 del Decreto Supremo N° 03-94-SA: “Todos los cementerios deben disponer de un 5 % de su capacidad para entierros gratuitos”.

16 *in fine* del Código Civil, a propósito de la confidencialidad de la correspondencia, que: “[l]a prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta (50) años a partir de su muerte”. Nótese que el legislador, de esta manera, permite que se respete la privacidad en cuanto a las cartas y correspondencia general de la persona por lo menos durante medio siglo.

2.3. El entierro del cadáver, ¿derecho de los familiares, derecho del fallecido o simple deber del Estado?

En la Sentencia del Expediente N° 00256-2003-PA/TC, el TC señala que el hecho de que un hospital no facilite a los deudos el cadáver de su familiar por existir una deuda pendiente, afecta la integridad moral de los familiares (fundamento 19), como ya se ha señalado.

No cabe duda de que ello sea así, pero supongamos que a la familia no le interesa el entierro del cadáver, porque de repente no se llevaban bien con dicha persona, ¿no tendría acaso igual también derecho al entierro?

Esto nos lleva a revisar el tema desde una perspectiva más integral y filosófica, a fin de poder intentar llegar a la verdad.

VII. CONSIDERACIONES EN TORNO AL CADÁVER

Cuando una persona muere, acaba su existencia física, mas no desaparece por completo; no solo, porque igual podemos seguir hablando de ella, sino porque le perviven sus hijos, la casa que construyó, los recuerdos que dejó,

lo que pudiese haber publicado, la herencia que lega a los suyos, su buen nombre, etc.

Con la muerte, dejamos de ser sujetos de derecho, para convertirnos en objetos. Así lo señala cualquier manual clásico de Derecho².

Técnicamente, el cadáver puede ser considerado una cosa, pero naturalmente no se puede decir sin ligereza que un cadáver es una “cosa”; por ello, se habla más de “objeto”, pero no de cualquier objeto, sino de un objeto *sui generis*, el cual, como sostiene Morelli (2009, p. 128) se encuentra fuera del comercio, no tiene valor económico y no puede ser materia de derechos personales o reales, siendo revestido de cierto halo de “sacralidad”, que lo excluye de operaciones mercantiles.

Aunque ya no es un sujeto, se le debe respeto, piedad, misericordia, compasión, etc., pues no es cualquier objeto, es alguien que tuvo vida, que fue un ser humano.

Sabemos que, a falta de disposiciones establecidas por el fallecido, tienen derecho a decidir sobre el cadáver los parientes más próximos, siempre teniendo en cuenta la conciencia social y las buenas costumbres (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., 1998, pp. 219-220). Nótese aquí que, aunque ya no sea sujeto de derecho, se deben respetar sus decisiones sobre la disposición de su cadáver.

No es técnicamente sujeto de derecho, pero si la persona dejó testamento, se ha de respetar su voluntad testamentaria; si dejó un seguro de su vida, tendrá que ejecutarse; y si hubiera publicado libros, ellos se seguirán editando consignando su autoría. Se trata, entonces,

2 “La personalidad de los individuos humanos termina con la muerte de los mismos” (LYON PUELMA, 2007, p. 50). “Con la muerte se extingue la personalidad del ser humano; por lo tanto, deja de ser sujeto de derechos” (VALENCIA y ORTIZ MONSALVE, 2004, p. 326). “[A]l extinguirse la personalidad del difunto, lógicamente todas las situaciones o relaciones sociales a él atinentes habrán de darse igualmente por extinguidas, por desaparición del sujeto” (LAZARTE, 2009, p. 156). “La muerte significa jurídicamente la extinción del sujeto de derecho y por tanto de su personalidad” (AGUILAR LLANOS, 2014, p. 57). “Al no ser persona, deja de ser sujeto de derecho y se convierte en objeto de derecho. (...) El ser humano, al convertirse en objeto de derecho, pierde la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones” (MORALES GODÓ, 1997, p. 34). El ser humano “deja de ser sujeto de derecho –mejor dicho titular de situaciones jurídicas subjetivas, principalmente de derechos y obligaciones– para convertirse en objeto de derecho, merecedor de especial respeto y reverencia” (GUEVARA PEZO, 2004, p. 245).

de derechos que se ejecutan *post mortem* y que deben respetarse, no solo por el beneficio que puedan otorgar a sus beneficiarios (caso del testamento³, seguro o donación de órganos), sino también porque el Derecho busca que se respete la voluntad del difunto.

Consideraciones técnicas aparte, el cadáver siempre ha merecido, por lo menos, una consideración especial, implicando, de un modo u otro, “una prolongación última de la personalidad” (VELÁSQUEZ JARAMILLO, 1995, p. 4).

Hace unos pocos años, se difundió la noticia que, en Estados Unidos, una persona había muerto y que, como era muy alta para caber en cualquier ataúd del negocio, no tuvieron mejor idea en la funeraria que cortarle los pies para que pudiera entrar. Obviamente se trata de un acto deplorable, pero vale preguntarnos, ¿de quién es el derecho que se está violando? ¿Puede hablarse de un atentado contra la integridad física o la dignidad de quien ya no tiene vida? ¿Se trata más bien de la vulneración de algún derecho de los familiares? (de ser así, la pregunta importante y no fácil de responder es: ¿cuál?).

Al respecto, puede decirse que, así como “el respeto por la memoria de los difuntos exige dar cierto lugar a su voluntad en cuanto al destino que tendrá su cadáver” (MORELLI, 2009, p. 127), también se trata, asimismo, de respetar su integridad y su honorabilidad.

Supongamos que, durante una visita a Lima, falleciera súbitamente la cantante Jennifer López, y que llegado su cadáver a la funeraria, un perverso empleado aprovechara para

Los muertos, en la práctica, sí tienen algunos derechos; en forma limitada, restringida, relativa, sin poder ejercerlos por sí mismos, pero derechos al fin y al cabo.

tomar fotos del cuerpo desnudo de ella en distintas poses muy sensuales, para luego sacar un calendario y ponerlo a la venta. No hay duda de que estamos ante una violación de derechos, mas ¿qué derecho(s)?, ¿honor?, ¿imagen?, ¿intimidad?, ¿dignidad? Y la siguiente pregunta, por su-

puesto sería, ¿de quién sería el derecho que se estaría afectando: de Jennifer López o de sus familiares?

Asumamos la posición de que fuera un derecho de la familia, ¿qué pasaría si esta, más bien, se encontrara de acuerdo con el calendario erótico en la medida en que el fotógrafo comparta sus ganancias? ¿Bastaría ello para poder seguir publicándose? Consideramos que no, y es que hay derechos personalísimos de los que nadie más puede disponer, ni siquiera la familia.

Cuando una persona yace muerta en la calle, solemos tapparla con algo. ¿Se trata de una consideración por la familia de la víctima o será por la misma víctima que tenemos en frente?⁴.

Vale reflexionar aquí respecto a las desgarradoras fotos de las víctimas de la guerra o del terrorismo que suelen publicar los diarios, varias veces muy explícitas. Como dice el periodista español Federico Jiménez (2003): “Una persona muerta en la irremediable indefensión de los cadáveres, sigue siendo una persona, no solo unos restos, no solo es un muerto. Incluso es discutible que la familia —a la que ni siquiera se le pide hoy ese permiso— tenga derecho a permitir que se exhiban ciertas imágenes de los muertos con intención propagandista contra el terrorismo” (JIMÉNEZ, F., 2003).

3 “Los muertos también tienen derechos: derecho, sobre todo, a que sus bienes se administren según su última voluntad” (Salazar, 2007).

4 Como dice Cantor: “Even if cadavers cannot sense the actual violation of a lifetime’s legacy, their image and identity are things they have worked to establish that can be harmed” (CANTOR, 2010, p. 39).

A pesar de la muerte, la protección que el derecho da a la persona, se prolonga también de alguna manera al cadáver (ORGAZ. 1961, p. 132), y es que, como dice Lacalle: “Aunque el fallecimiento extingue la personalidad y, por tanto, los derechos de la persona, se sigue protegiendo durante un tiempo lo que la doctrina llama *la personalidad pretérita*, o la honra de los difuntos” (LACALLE NORIEGA. 2013, p. 239).

A mayor abundamiento, siguiendo a Juan Espinoza, debe tenerse presente que:

“El Derecho tutela, más allá de la existencia de las personas, determinadas situaciones jurídicas, vale decir, la intimidad, la identidad, la reputación y esto sucede independientemente de los intereses que puedan tener sus parientes. Aquel que ha vivido es protegido en cuanto tal: la muerte de un sujeto no es una suerte de desaparición instantánea en el mundo de las relaciones jurídicas. Si en estos casos no se puede hablar de ‘derechos’, no se puede decir lo mismo por cuanto respecta a la protección ‘ultraexistencial’ del sujeto. Si un sujeto muere no se puede ignorar la esfera privada que ha tenido y divulgar noticias íntimas sobre su vida, ni se puede alterar la proyección social que su personalidad tenía en vida, entre otros aspectos” (ESPINOZA ESPINOZA, 2012, p. 351).

Técnicamente, entonces, no es que el muerto tenga derechos, sino que las personas, estando en vida, tienen ciertos derechos que se generan en vida para que se ejecuten *post mortem*. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el entierro, que es un derecho que todos tenemos como

personas, pero que ninguno puede ejecutar mientras lo sea.

Los muertos, en la práctica, sí tienen algunos derechos; en forma limitada, restringida, relativa, sin poder ejercerlos por sí mismos, pero derechos al fin y al cabo.

Hablar de “derechos de los muertos” no es en rigor exacto, pues solo las personas los tienen, pero vale el término si lo que queremos decir es que tenemos derechos que se ejercen luego de haberse muerto (RUBIO CORREA. 1995, p. 61)⁵. Se trata de derechos pretéritos, que, nacidos antes, se ejercen o se siguen ejerciendo luego de la muerte, especialmente aquellos personalísimos vinculados con el honor, la intimidad, la dignidad o la paz inclusive⁶.

Toda persona tiene derecho a su dignidad. Esté consciente o no, esté sana o enferma, esté por nacer o esté por morir. Incluso después de muerta. Como afirma Nevárez-Muñiz (2013: p. 132), “la dignidad del ser humano prevalece aun después de la muerte”, la cual viene a ser por tanto no solo uno de los derechos *post mortem* de la persona, sino el fundamento mismo de dichos derechos (VILLARREAL. 2003, p. 1).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Instituto Pacífico, Lima, 2014.

CANTOR, Norman L. *After we die: The life and times of the human cadaver*. Georgetown University Press Washington DC, 2010.

5 “La expresión derechos de los muertos sería incorrecta si con ella quisiéramos decir que los cadáveres tienen derechos, pues solo las personas son sujetos de ellos; pero puede ser válida si el sentido es que las personas conservan derechos después de su muerte, puesto que su dignidad no acaba con su fallecimiento” (VILLARREAL, 2003, p. 3).

6 Sobre este último derecho, ver Hurtado Pozo. 2010-2011, p. 244.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. VI, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Tomo I: *Concebido y Personas Naturales*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.

GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas Naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

HURTADO POZO, José. "Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano". En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 4-5, N°s 6 y 7. 2010-2011.

JIMÉNEZ LOZANITOS, Federico. "Imágenes y muertos". En: *El Mundo*. Edición del 2 de diciembre de 2003, Madrid. Disponible en: <http://www.elmundo.es/papel/2003/12/02/opinion/1533161_impresora.html>.

LACALLE NORIEGA, M. *La persona como sujeto de derecho*. Dykinson, Madrid, 2013.

LYON PUELMA, Alberto. *Personas Naturales*. 3ª edición ampliada, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007.

MORALES GODO, Juan. *Hacia una concepción jurídica unitaria de la muerte*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

MORELLI, M.G. "Extracción de órganos de cadáveres con fines de trasplante. Voluntariedad y consentimiento presunto". En: *Vida y Ética*. Diciembre de 2009. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/>

extracción-órganos-cadaveres-consentimiento-presunto.pdf> (Consulta: 28/10/2015).

NEVARES-MUÑIZ, Dora. "Deliberación en Bioderecho". En: *Revista Lumen*. N° 9, Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima.

ORGAZ, Alfredo. *Derecho Civil Argentino. Personas Individuales*. 2ª edición revisada y ampliada. Assandri, Córdoba, 1961.

RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Biblioteca: Para Leer el Código Civil. Vol. XII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

SALAZAR, Federico. "Los muertos también tienen derechos". En: *La República*. Lima, 8 de abril de 2007.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil I*. Tomo II, Derechos Reales. Décimoprimer edición, Nomos, Bogotá, 2012.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. 5ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995.

VILLARREAL, Héctor. "Fundamentos de los derechos post mortem de la persona y su situación en la ciudad de México". 2013. Disponible en: <https://www.academia.edu/1131514/Fundamento_de_los_derechos_post_mortem_de_la_persona_y_su_situaci%C3%B3n_en_la_Ciudad_de_M%C3%A9xico> (Consulta: 27/04/2016). ■