

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CADÁVER: REVISIÓN Y TENDENCIA

The legal status of the human corpse: Review and trend

La natura giuridica del cadáver: Revisione e tendenza

Jorge Armando Guzmán Lozano¹

Recibido: 6 de septiembre de 2018

Aprobado: 9 de octubre de 2018

Resumen: El presente artículo busca examinar de forma sintética las diferentes posiciones sobre el estatuto jurídico del cadáver humano por medio de la actualización del trazado histórico-doctrinal. A lo largo de la historia la atribución o no de cierto estatus al cadáver no ha sido pacífica; entre las teorías más destacadas veremos la teoría de la semipersonalidad o personalidad residual y la teoría de la res o cosa. Continúa el texto con el estudio de una serie de conceptos e interpretaciones, las cuales se enmarcan en las llamadas teorías resolutorias, que buscan superar las limitaciones prácticas de las teorías predecesoras, analizando cómo las variaciones doctrinales más modernas apelando a una funcionalidad pragmático normativa intentan resolver el conflicto. Finalmente, el repaso histórico-doctrinal nos lleva a considerar qué posición frente al cadáver adopta el ordenamiento jurídico argentino. Evaluando, además, si es cierto que doctrina, ley y jurisprudencia confieren mayoritariamente al cadáver la cualificación jurídica de “cosa fuera del comercio”.

Palabras clave: Naturaleza jurídica del cadáver - Muerte - Respeto por los difuntos - Ética.

Abstract: The article examines in a synthetic way the different positions on the legal status of the human corpse by means of a historical doctrinal update. The considerations that try to solve in a functional and pragmatic way the controversies and disagreements of the classical theories stand out. The review is completed whit the position adopted by the Argentine legal system.

Keywords: Legal status of human corpse - Death - Respect for the dead - Ethics.

¹ Médico (Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca), Especialista en Medicina Legal (Pontificia Universidad Católica Argentina), Magister en Ética Biomédica (Pontificia Universidad Católica Argentina). correo electrónico: jorgeguzmanlozano@hotmail.com

Sommario: Questo articolo cerca di esaminare diverse posizioni sullo stato giuridico del corpo umano attraverso l'aggiornamento storico e dottrinale. Nel corso della storia l'attribuzione di certo stato al corpo non è stata pacifica, tra le teorie più importanti vedono la teoria della personalità residua e la teoria della res o cosa. Testo continua con lo studio di una serie di concetti ed interpretazioni, che fanno parte delle teorie aggiudicativo chiamati, cercando di superare i limiti pratici delle teorie precedenti, analizzando come le ultime variazioni dottrinali appello a regole pragmatiche funzionalità tentano di risolvere il conflitto. Infine, la revisione storica e dottrinale ci porta a considerare che la posizione contro il corpo adotta il sistema giuridico argentino, anche valutando se è vero che la dottrina, la legge e la giurisprudenza danno al corpo la qualifica giuridica di “cosa fuori dal mercato”.

Parole chiave: Natura legale del cadavere - Morte - Rispetto per il defunto - Etica.

Para citar este texto:

Guzmán Lozano, J. A. (2018). “La naturaleza jurídica del cadáver: Revisión y tendencia”, *Prudentia Iuris*, N° 86, pp.

Introducción

Pese a atravesar períodos de cierta concordancia doctrinal, el debate sobre la naturaleza jurídica del cadáver es un tema que intermitentemente emerge demandando reajustes en su definición. La importancia de una cabal determinación de su naturaleza tiene que ver con sus proyecciones normativas, es decir, las que segundan al acto nominal. Atribuir a los muertos uno u otro *estatus* conlleva a una u otra interpretación –jurídica y ética– de lo que es cierto, justo y admisible en cuanto a la manipulación del cadáver –manipulación en un sentido no restringido a lo mecánico, sino a la variedad de actos posibles *en y con* la figura del fallecido.

A lo largo de la historia esta discusión no ha sido pacífica² y hasta hoy continúa dividiendo a los teóricos del Derecho Civil, quienes tradicionalmente se han posicionado entre dos teorías: la teoría de la semipersonalidad y la teoría de la res. A éstas se suman una serie de conceptos e interpretaciones que en su conjunto proponen superar las limitaciones prácticas de las predecesoras. Se trata de variaciones doctrinales que, apelando a una

² Malacki, A. (1985). “El cadáver: Actos dispositivos”. En *La Ley* Tomo 1985-C.

funcionalidad pragmático normativa, intentan resolver el conflicto. Para fines didácticos se han reunido en una sola mención las teorías resolutivas.

El propósito de la siguiente nota es examinar de forma sintética las diferentes posiciones en cuanto al estatuto jurídico del cadáver humano. A su vez, verificar la vigencia/obsolescencia de algunas y la concordancia/discordancia de otras cuando son cotejadas con la posición que adopta el ordenamiento jurídico argentino.

Teoría de la semipersonalidad o la personalidad residual

A principios del siglo pasado, Demogue defendía que los muertos podían ser considerados *semipersonas*, basando su argumento en la existencia de normas que protegían su memoria y que castigaban las profanaciones de sus despojos³. Esta visión histórica puede verse como una de las más radicales –sino la más radical– y en la actualidad carece de defensores. Mermando la posición anterior, Gierke sostiene que el cadáver es un “resto o residuo de la personalidad, sujeto a la decisión de los deudos”⁴. Kipp concuerda con este pensamiento pues habla también de una “personalidad residual” que a su vez les permite a los deudos decidir sobre su destino⁵. Por su parte, los portugueses Antunes Varela y Pires de Lima abogan por la “teoría de la personalidad jurídica parcial pos-mortal”, considerando que el difunto permanece con un residuo de su personalidad, sugiriendo que su capacidad repercute más allá de la vida en algunos aspectos⁶. Los autores afirman que tal protección *post mortem* es un desvío a la regla general de que la existencia acaba con la muerte: “*mors omnia solvit*”. Leite dos Campos considera que es la teoría *más conveniente*, aquella que ve en la adquisición de un derecho *post mortem* todavía una manifestación de la personalidad jurídica⁷. Afín a la línea de la semipersonalidad, pero con una peculiar interpretación de la misma, Migliore asume su particular postura: “No es la personalidad jurídica que subsiste a la muerte, pero sí la personalidad *bioafectiva*.”

³ Demogue, R. (1909). *La notion de sujet de droit: “revue trimestrelle de Droit Civil”*. Paris, 631. Citado por Malacki, A. (1985). Ob. cit., 833.

⁴ La posición de Gierke es citada por Enneccercus, L.; Kipp, T.; Wolf, M. (1955). *Tratado de Derecho Civil*. T. I, 1ro. Barcelona. Bosch, 533, nota 8.

⁵ Kipp comentado por Malacki, A. (1985). Ob. cit., 834.

⁶ Pires de Lima, Antunes Varela. (1987). *Código Civil anotado*. Coimbra. Coimbra Editora, 105. Citado en Migliore, A. (2006). *Direitos da personalidade post mortem*. Tese doutoral. USP. São Paulo, 227.

⁷ *Ibíd.*, 228.

Es eso lo que sobrevive a la muerte para siempre, porque nadie será igual al otro y todos serán unidades diversas de una misma especie. Esa parte de nosotros no perece. Entonces, de hecho, sí existe una personalidad parcial pos-mortal”⁸.

El autor no solo ultrapasa la interpretación jurídica sino que también intenta driblar su posición basado en la persistencia de una cualidad sensible que excede la muerte, interpelando un reconocimiento legal de la misma.

Una de las más conocidas críticas a las teorías de semipersonalidad es la postura de Llambías, quien reprocha, entre otras cosas, que la personalidad no es susceptible a *gradaciones*: “Se es o no persona”⁹. Cifuentes, en similar tono, considera que la idea de resto o residuo de la personalidad es abstracta, y que la teoría de la semipersonalidad contradice el concepto de derechos personalísimos¹⁰. Tobías acrescenta que “la extinción de la vida humana determina la inexistencia del sustrato que es requisito esencial de la personalidad: Esta se extingue con la muerte, por lo que el cadáver no puede ser titular de derecho alguno”¹¹.

La citada crítica tiene gran respaldo por parte de otros autores, quienes de una u otra forma convienen en la misma proposición: “Se es o no se es persona”. Resulta fácil adherirse a esa postura, y sin agregado alguno, más aun considerando que de fondo sopesa una fuerte consideración ética¹². Resta destacar que actualmente es escasa la consideración que se tiene a los criterios que adjudican al cadáver la calidad de semipersonas.

Teoría de la res¹³ o cosa

Tanto en el léxico jurídico como en el lenguaje común resulta inevitable que la sola mención de “cosa” de inmediato seduzca indagar: ¿comercializable?; ¿en qué

⁸ Ídem.

⁹ Llambías, J. (1975). *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, T. I. Buenos Aires. Perrot, 220.

¹⁰ Cifuentes, S. (2008). *Derechos personalísimos*. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea, 420.

¹¹ Tobías, J. W. (2009). *Derechos de las personas: Instituciones de Derecho Civil*, Parte General. 1ª Ed. Buenos Aires. La Ley, 642.

¹² Sostener la existencia de *gradaciones* de la persona podría acarrear nociones erróneas sobre *gradaciones en su dignidad*, lo cual es ontológica y éticamente inaceptable.

¹³ *Res*: Del protoitalico *rē-*, y este del protoindoeuropeo *reh-i-* (“bien”). Compárese el sánscrito $\square\square\square$ (*rayi*, “propiedad”) y el avéstico *ray*, “riqueza”. 1 → *reus*. Cfr. <https://es.wikinaria.org/wiki/res> (Último acceso: 9-10-2017).

circunstancias?; ¿quién o cómo se dispone? Un fallo reciente resume con gran acierto lo problemático del concepto cadáver-cosa: “Tal vez la dificultad en hallar un encuadre satisfactorio radica en que el afán por encontrarle [al cadáver] un lugar en el mundo de las clasificaciones jurídicas encuentra natural resistencia a considerarlo cosa con perspectiva económica”¹⁴.

Por esa razón la cualificación *cosa* precisa complementarse con las condiciones de la cosa, principalmente en lo referido a su disposición; así al menos lo manifiestan la mayoría de los doctrinarios.

Para Coviello, el cadáver es cosa en sentido jurídico y el derecho de disponer le corresponde al que algún día va a ser cadáver. La disposición puede ser a título gratuito como oneroso en razón a alguna utilidad industrial o científica¹⁵. Carranza compartía similar posición a la precedente; en su momento, manifestaba que la tendencia parecía dirigirse a la consideración del cadáver como *algo in commercium*, tal vez para no incurrir en el vicio de juzgar a lo nuevo de acuerdo con lo viejo¹⁶. Esta postura no ve ilicitud del acto de disposición del cadáver a título oneroso.

Oertmann, en la consideración del cadáver *cosa*, aduce que “por motivos de moralidad pública son limitadas las relaciones jurídicas que pueden entrar como objeto en esta *res extra commercium*”. Para Enneccerus, igual es *cosa*, aunque no sea propiedad del heredero ni susceptible de apropiación¹⁷.

El francés De Cupis nominaba al cadáver como cosa *extra commercium* acentuando su restricción comercial en razón a la dignidad humana: “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 extra commercium*. No siendo la persona, cuando viva, objeto de derechos patrimoniales, no puede serlo también el cadáver, lo cual, a pesar de la mudanza de sustancia y función,

¹⁴ Cfr. Fallo Cámara Nacional Civil, Sala G, 5-6-2014. “B. J. E. c/ P. E., E y otros/ Daños y perjuicios”.

¹⁵ Coviello, N. (1965). *Doctrina general del Derecho Civil*. Traducido de la 4ª edición italiana. Buenos Aires. El Foro, 331-332. Citado por Cifuentes, S. (2008). Ob. cit., 420.

¹⁶ Carranza, J. A. (1972). *Los trasplantes de órganos*. La Plata. Ed. Platense, 65. También citado y comentado por Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). *Trasplantes de órganos: Entre personas con órganos de cadáveres*. Buenos Aires. Hammurabi, 181.

¹⁷ Oertmann, P. (1933). *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona. Labor, 24. Citado por Spota, A. (1947). *Tratado de Derecho Civil*. T. I, parte general, vol. 35. Buenos Aires. Depalma, 194. Ambos autores ampliamente comentados por Malacki, A. (1985). Ob. cit., 834-835.

conserva el cuño y el residuo de persona viva. La comercialidad estaría, pues, en nítido contraste con tal esencia del cadáver, y ofendería la dignidad humana”¹⁸.

Para Chaves, la naturaleza *cosa* del cadáver también es el criterio cierto. Su visión particular consta en creer que el cuerpo no debería estar sujeto a las actitudes y deseos del muerto o de sus familiares, sino a las prácticas demandadas por el interés público: “bien de dominio común”¹⁹. Esta teoría claramente no tuvo grandes adeptos²⁰.

Existen posturas que atribuyen al cadáver una figura *bifrontal* (*ora cosa, ora bien no cosa*), según que esté destinado a la inhumación o a fines de estudio, investigación o trasplante²¹. Bueres no está de acuerdo con esto último y señala que, o se lo trata como bien material o lisamente y llanamente como cosa; además, el valor denominado en el código no solo debe referirse al valor económico sino que puede tener “valor social”²². Castán Tobeñas, amparado en la doctrina internacional y el valor social, admite que “el cadáver no es cosa susceptible de apropiación y comercio, sino *res extra commercium* sujeta a normas de interés público y social”²³.

Sobre este punto, Malacki dice que el valor debe ser entendido en un sentido más amplio, no solo comprensivo del valor económico sino entendido como idoneidad para desempeñar una “función social o humanitaria”²⁴.

Acentuando el debate sobre la comercialidad, Spota y Gatti coinciden en la rotulación del cadáver como *res*, pero sin reconocer, *prima facie*, su onerosidad. La divergencia entre

¹⁸ De Cupis, A. (1950). *Il diritti della personalità*. Milano. Giuffrè, 77.

¹⁹ Chaves, A. (1994). *Direito à vida e ao proprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo. Ed. Rev. dos Tribunais, 252.

²⁰ El gran problema de la teoría defendida por Chaves, según Arthur Abbade Tronco, es su carácter fuertemente utilitarista, una vez que prioriza la supremacía del interés público de una forma desmedida y no da el menor margen de actuación a la manifestación de la voluntad privada e individual, situación de restricción tal que puede ser vista, inclusive, como atentatoria a la dignidad humana. En Abbade T., A. (2013). *Estudo comparado da regulamentação da doação de órgãos pós-morte*. TCC. USP-RP, São Paulo, 29. Disponible en <https://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-27112013-161535/?&lang=br> (Último acceso: 5-8-2015).

²¹ Cfr. Tobías, J. W. (2009). Ob. cit., 643.

²² Bueres, A. en su prólogo a Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). Ob. cit., XL.

²³ Castán Tobeñas, citado por Ramos, M. (2012). *La protección de la memoria defuncti*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. Salamanca, 71. Disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121403/1/DDP_RamosGutierrezMercedes_Tesis.pdf (Último acceso: 4-6-2017).

²⁴ Cfr. Malacki, A. (1985). Ob. cit., 838.

ambos autores se encuentra en que el primero no concibe la venta de despojos mortales, aun si hubiere sido autorizada por la persona en vida, en virtud a que la autonomía de libertad halla su límite en la ley, imperativo o de orden público, en las buenas costumbres y en el abuso del derecho. Mientras que el último consiente que para finalidades curativas, salvación de vidas o investigaciones científicas, pueda ser considerado “expresamente cosa”, inclusive cual si fuese “objeto de Derechos Reales”²⁵.

Ampliamente citada es la definición *iusfilosófica*, casi poética, de Cifuentes. “El ser físico del hombre al expirar se convierte en un resto opaco, insensible, pierde movimiento y vida. Esa incomunicación hacia el exterior y con los vivos, esa soledad total, lo aísla de tal modo que pasa a ser un objeto despojado de los más caros atributos humanos, aquellos que definen la persona. Lo que queda es materia rígida, insensible, que comúnmente entra en descomposición hasta desaparecer”²⁶.

El autor sitúa al cadáver como bien material fuera del comercio, aunque enérgicamente admite la posibilidad de que sea objeto de contraprestación pecuniaria, siempre dentro de determinados límites. Sobre los criterios de excepción el autor expone: “Cuando se trata de momias históricas, restos antiguos, esqueletos o calaveras abandonadas, piezas anatómicas de estudio y giradas a los institutos de enseñanza y experimentación, sufre un vuelco la naturaleza del cadáver. Se configura un elemento que modifica la condición natural de los restos [...] y así adquieren nueva condición dominical y mobiliaria, diversa de su origen”²⁷.

Bertoldi también observa el mismo fenómeno [de excepcionalidad] en momias, esqueletos como hallazgos arqueológicos o preparaciones anatómicas²⁸. La autora considera que en estos supuestos no se ha negado la naturaleza jurídica de cosa que revisten dichos restos mortales; y que –por ejemplo– entre los estudiantes de medicina es bastante frecuente la compra-venta de huesos con fines de estudio. A la vez, sustenta la existencia de un proceso de *deshumanización* del cadáver con el paso del tiempo, en el que el Derecho relativiza más su inenajenabilidad²⁹.

²⁵ Cfr. Ghersi, C. A. (2003). *Trasplantes de órganos*. Buenos Aires. La Ley, 66. Ver también Malacki, A. (1985). Ob. cit., 835 y sigs.

²⁶ Cifuentes, S. (2008). Ob. cit., 417.

²⁷ *Ibíd.*, 439.

²⁸ Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). Ob. cit., 185.

²⁹ *Ibíd.*, pg. 183.

Cuando estos autores hablan sobre presupuestos que modifican su naturaleza comúnmente se impulsan en razón de la larga costumbre aún vigente en la didáctica médica, la museología y la arqueo-paleontología y/o en una supuesta admisión unánime de la doctrina. En todo caso, la principal crítica sobre la *mutación* de su naturaleza jurídica tiene que ver con la dependencia socio-cultural de las condiciones de excepcionalidad y por la imprecisión semántica del presupuesto *despersonalización, deshumanización o pérdida de identidad* de los restos –dudando, en todo caso, de que tal hecho sea enteramente posible³⁰.

Las posiciones *res in commercium* y *res extra commercium* se contraponen, claro está. La primera va en contramano a la tradición y las buenas costumbres, desconociendo además la *sacralidad* del cuerpo muerto –sentimiento largamente incorporado en nuestra cultura. La segunda limita las **aplicaciones** benéficas aceptadas por la comunidad y *a priori* no violatorias del debido respeto a los difuntos –como trasplantes, didáctica médica o investigación científica. Posiciones extremas están desalineadas a la normativa y difícilmente se adaptan a las demandas sociales, culturales, confesionales o científicas propias de la modernidad. Por su parte, una posición *res extra commercium con posibilidad de disposiciones gratuitas u onerosas* retira al cadáver del comercio pero de inmediato lo retorna en determinadas cláusulas: “*ora comercializable, ora no comercializable*”. Su principal dificultad reside en determinar las condiciones, circunstancias y los límites de la disponibilidad comercial en una variedad de escenarios, un análisis titánico de causa y efecto.

Teorías resolutivas³¹

López y López, dentro de los que consideran al cadáver cosa, asume su comercialidad particularizándolo como “una cosa-mueble de *naturaleza especial*, y en el que las razones de moral social son las que influirán en la especialidad del tratamiento jurídico, su

³⁰ Cfr. Perosino, M. C. (2013). *Umbral. Praxis ética y Derechos Humanos en torno al cuerpo muerto*. Tesis doctoral. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 192 y sigs. Disponible en <https://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/1653> (Último acceso: 4-6-2017).

³¹ Se dicen resolutivas por su tenor de resolución y por el acto de resolver. *Resolutivo*, va. 2.- Adj. Que intenta resolver, o resuelve, cualquier asunto o problema con eficacia, rapidez y determinación. Diccionario de la Real Academia de Lengua española [online]. Disponible en <https://del.rae.es/srv/search?m=30&w=resolutivo> (Último acceso: 15-8-2018).

extracomercialidad, el ámbito, atribución de poder, etc.”³². Con similar raciocinio, De Castro considera que “con la muerte de la persona ha devenido en la *especial cosa-mueble* que merece un trato más digno que el que corresponde a las vulgares cosas comerciales”³³. Ambas visiones ya denotan una novedad que irrumpe en el esquema tradicional: la cualificación cosa especial. Esta expresión también es usada por Salvat y López Olaciregui: “Con la muerte del hombre deja de ser sujeto de derecho y se convierte en objeto de derecho. Adquiere carácter de *cosa especial*”³⁴.

Anterior a éstos, Fadda y Bensa ya encuadran al cadáver resaltando su peculiaridad; sentencian: “[...] cosa no reducible al régimen general de las cosas. En definitiva, el cadáver se calificará como *cosa sui generis*, fuertemente improntada en su peculiar tratamiento jurídico por su consideración de ser huella y residuo de la personalidad”³⁵. Leonfanti comparte que el cadáver es *cosa sui generis* a la que se debe respeto y correspondiente sepultura³⁶. En tono similar, Solá expresa: “Creemos que es éste el criterio moral y jurídicamente correcto, porque si bien la muerte extingue la personalidad, y el cadáver en sí adquiere la categoría legal de una cosa, se trata de una cosa *sui generis*, que debe considerarse fuera del comercio y de toda especie de contratación”³⁷.

Más contemporáneo y muy citado en nuestro ámbito, Sagarna también lo clasifica como *cosa sui generis*³⁸. Freitas Junior, apoyándose en la noción de *dignidad pretérita* del cadáver, expresa: “El cuerpo humano sin vida no puede más ser considerado persona, al mismo tiempo en que no puede ser tenido como una cosa común, pues conservaría su

³² López y López (1969). “Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos”. En *Separata del anuario de Derecho Civil*, vol. XXII, 152.

³³ De Castro citado en Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). Ob. cit., 171.

³⁴ Salvat, López Olaciregui (1964). *Tratado de Derecho Civil*, parte general, 356, nro. XVIII. Buenos Aires, 357. Citado en Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). Ob. cit., 173.

³⁵ Citados en Malacki, A. (1985). Ob. cit., 835. Vale la pena aclarar que aquí los autores no se refieren a la teoría de la personalidad residual.

³⁶ Leonfanti, M. A. (1977). “Trasplante de órganos humanos: Régimen legal”, 1ª parte. En *La Ley*, 1977-C196.

³⁷ Solá, R. (1967). “¿Es crimen el trasplante de corazones?”. En *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 37, año XXXII, 188.

³⁸ Sagarna, F. (1996). *Los trasplantes de órganos en el Derecho*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 223.

dignidad humana, consistiendo, entonces, una *cosa sui generis*, pero todavía así, una cosa”³⁹.

Recientemente, J. Sordo llama a superar las teorías clásicas y emite su posición de forma crítica: “El Derecho debe establecer nuevas categorías e instituciones, para dar cobija a una realidad social cambiante, más rica que la jurídica, pues este es su cometido, no el de petrificarse en instituciones ya preestablecidas, que no estén acordes para dar solución a la naturaleza de nuevas figuras, como es el caso. Me parece más atinado con su naturaleza, la idea de considerarlo como un *bien especial*, extrapatrimonial”⁴⁰.

Ya se ha destacado en este texto la necesidad de una íntima relación entre nominación y normativa; en todo caso, algunos de los autores que huyen de las consideraciones tradicionales lo hacen pues entienden que las normativas que establecen las relaciones jurídicas del muerto y su relación *ultractiva* con el vivo –futuro muerto– deben regirse por normas consonantes a su cualificación. Así, Varsi divide la cuestión problemática entre los que ven al cadáver como objeto de derecho común y los que lo ven como objeto de derecho especial, admitiendo como cierto el último criterio: “El cadáver como objeto de derecho especial, en razón que tuvo vida, con contenido humano, con otrora vitalidad”⁴¹. Navarro Floria, prudencialmente, admite que “el cadáver no siendo ya una persona, tampoco es una cosa; y que al menos merece una consideración especial en homenaje a la persona que lo habitó”⁴².

El cadáver como *cosa especial* [*cosa sui generis*, objeto especial, cosa peculiar, cosa digna de trato especial] no encuentra contradicción entre ser y no ser a la vez, ni precisa de enumerar excepciones para determinar su establecimiento. Atribuirle la naturaleza jurídica de *cosa sui generis* cierra un circuito más nomotético y menos restrictivo que las teorías predecesoras. El cadáver al no ser *resto de persona* ni *cosa a secas* en verdad es algo novedoso, único, no comparable con ningún otro *elemento* existente. Por un lado, el cuerpo muerto *contiene* la dignidad de su vida vivida y furioso se ata a una personalidad

³⁹ Freitas Junior, J. (1995). *Direitos da personalidade: doação de órgãos*. Teresina. EDUFPI, 24. Ver también Abbade T., A. (2013). Ob. cit., 31.

⁴⁰ Sordo, J. E. (2017). *¿Existe un derecho de disposición sobre el cadáver?* Valencia. IDIBE, 81. Disponible en https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/04/Cuaderno_IDIBE_Jorge_Enriquez-DEF.pdf (Último acceso: 15-8-2018).

⁴¹ Varsi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima. Gaceta Jurídica, 131.

⁴² Navarro Floria, J. G. (2017). “Algunas consideraciones sobre la muerte y los muertos en el Código Civil y Comercial”. En *Prudentia Iuris*, N° 84, 95.

extinta pero no olvidada ni desindividualizada. A su vez, es también resto inerte, testigo corpóreo de la finitud vital, ya no actualiza ni es potencia, su no inmanencia es irreversible, eso lo convierte en cosa, pero no en cualquier cosa, sino en una cosa sin parangón en el universo. Ese estatus tan *peculiar* exige naturalmente de normas peculiares para su tratamiento jurídico, ético y social. La ficción que atribuye al cadáver la condición *cosa sui generis* o *cosa especial* no irrumpe de forma grosera la lógica jurídica, por el contrario, se armoniza, contiene y ordena a ella.

Rendición incondicional: La palabra del ordenamiento jurídico argentino

Clásica referencia jurisprudencial es el voto de Tezanos Pinto, del fallo de la Cámara Civil 2ª argentina, quien refiriéndose al carácter jurídico de un cadáver expresó que un despojo mortal está muy lejos de constituir una cosa en el sentido legal de la palabra porque para ser tal, necesita representar, además, un valor pecuniario del que carece. Pese a esto, asegura que tampoco constituye un sujeto de derecho debido a que junto con la vida, la aptitud psíquica y legal de la persona que tenía para adquirir derechos y contraer obligaciones, ha desaparecido⁴³.

Otro fallo: “Una vez producida la muerte de una persona los restos se convierten en bien material que está fuera del comercio pero que, como los demás derechos personalísimos, puede ser objeto de relaciones jurídicas determinadas pudiéndose disponer dentro de ciertos límites. De modo que debe indemnizarse a los padres del niño cuando un establecimiento asistencial extravió su cadáver”. (CNCiv., Sala F, 24 de marzo de 1980)⁴⁴.

Así también: “Con la sanción de la Ley N° 21.541, el cadáver humano puede concebirse como cosa *extra commercium* de disponibilidad relativa, en virtud de que se puede disponer para otros fines que los naturales, si media autorización previa del titular del cuerpo o de sus parientes inmediatos”. (CNCiv. Com. de 4ª Nom. Córdoba, 31-7-1997, “C. de R., M. C. y otros c/ Fernández, Carlos y otros”, *LLC*, 1998-1111 – *LL*, 1999-A, 471; 41.125S).

⁴³ Malacki, A. (1985). Ob. cit., 835.

⁴⁴ Citado por Morelli, M. (2009). “Extracción de órganos de cadáveres con fines de trasplante: voluntariedad y consentimiento presunto”. En *Vida y Ética*, año 10, N° 2, 128.

“Cuando ha desaparecido la vida –*conditio sine qua non* para la muerte– los restos son siempre bien material que, como en los demás derechos personalísimos, puede ser objeto de relaciones jurídicas determinadas y hay si se quiere una posibilidad de disponer dentro de ciertos límites”. (CNCiv., Sala F, 24-3-1980, “R. A. R. c/ A. M.A.S.A.”, LL, 1981-B, 65)⁴⁵.

Un reciente fallo compendia la cuestión lacónicamente: “En forma reiterada y concordante, la jurisprudencia ha descartado que sean aplicables a los muertos las normas legales sobre las cosas, acudiendo, en cambio, a los principios generales del Derecho”. (CNCiv., Sala G, 5-6-2014, “B., J. E. c/ P. E., E. y otros s/ Daños y perjuicios”)⁴⁶.

A expensas de Código Civil y Comercial, “el cuerpo humano, antes o después de la muerte, está como regla fuera del comercio (art. 17) y no puede ser objeto de actos jurídicos (art. 1004)”⁴⁷. Además, el art. 61 (exequias) aporta a delimitar su disposición.

Colofón

Por fin, resulta incondicional reconocer que doctrina, ley y jurisprudencia confieren mayoritariamente al cadáver la cualificación jurídica de “cosa fuera del comercio”. Sin embargo, en busca de determinadas metas sociales, su inenajenabilidad es relativa, tal es el caso de investigación, enseñanza, trasplante, o cuando reviste valor histórico-social. Su inenajenabilidad es absoluta y exclusiva cuando su destino inmediato es la inhumación o cremación. Su comerciabilidad plena –como Derecho Real– se da cuando los despojos se han “desindividualizado” del sujeto (esqueletos, momias, restos de valor histórico, etc.) o cuando aún individualizados han adquirido valor en otros sentidos socialmente aceptados⁴⁸.

⁴⁵ Los dos últimos fallos son citados en Gherzi, C. y Weingarten, C. (2015). *Código Civil y Comercial. Análisis jurisprudencial, comentado, concordado y anotado*. T. I. Rosario. Nova Tesis, 86.

⁴⁶ El citado fallo se respalda en dos fallos anteriores: Cfr. CNCiv., Sala E “P. S. B. y Y., F. L.”, del 15-4-2008, en *La Ley* 2008-C, 550 y “Kaplan c/ Gallo y Kaplan s/ autorización”, del 24-4-2014.

⁴⁷ Navarro Floria, J. G. (2017). *Ob. cit.*, 94.

⁴⁸ Claro está que la cuestión sobre el estatus jurídico del cadáver es punto de inicio crítico para incorporar las demás cuestiones problemáticas a éste referidas (objeto de derecho; concordancia con los derechos personalísimos; forma, límites, contenido de disposición; derechos *post mortem*; titularidad; actos sucesorios; entre otros).

El respeto por los que partieron es parte de un patrimonio intangible forjado en el tiempo y que trasciende transversalmente, con sus lógicos matices, las más variadas culturas del mundo. Se trata de la manifestación pura de una intuición moral que nos es propia y que nos permite visualizar en un cuerpo muerto mucho más que un mero residuo biológico. No obstante, en una modernidad amorfa que adolece de una profunda crisis de valores, y ante una cantidad emergente de actos éticamente reprochables ejercidos en cadáveres, y más aún frente al vertiginoso avance biotecnológico, toca al Derecho precautelar, lo más holísticamente posible, la sana institución del respeto debido a los muertos. El trato hacia los difuntos dice mucho de las normas que lo rigen y de la sociedad que las dicta. En ese afán, será de buena práctica recordar en todo momento los dichos de Lucas Lucas: “No es solo el cuerpo el que muere: es el hombre el que muere. Todo el hombre, cuerpo y espíritu, inteligencia y libertad, esfuerzo y amor, está involucrado en la muerte”⁴⁹.

Queda en suspenso saber si las doctrinas que conciben en el cadáver cierto valor pretérito alcanzan robustez suficiente para reavivar el debate. Humildemente, considero que toda alternativa que resalte la dignidad de la persona en todo momento, desde la concepción hasta y después de la muerte, así como el valor inconmensurable del cuerpo humano, vivo y/o muerto, total y fracción, forma parte de una tendencia superior digna de saludar.

Bibliografía

Abbade T., A. (2013). Estudo comparado da regulamentação da doação de órgãos pos-morte. TCC. USP-RP, Sao Paulo. Disponible en <https://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-27112013-161535/?&lang=br> (Último acceso: 05/08/2015).

Bergoglio, M., Bertoldi, M. (1983). Trasplantes de órganos: Entre personas con órganos de cadáveres. Buenos Aires. HAMMURABI.

Carranza, J. A. (1972). Los trasplantes de órganos. La Plata. Ed. Platense.

Chaves, A. (1994). Direito a vida e ao proprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. Sao Paulo. Ed. Rev. dos Tribunais.

Cifuentes, S. (2008). Derechos personalísimos. Buenos Aires. ASTREA.

Coviello, N. (1965). Doctrina general del derecho civil. Traducido de la 4ta ed. italiana. Buenos Aires. El Foro.

De Cupis, A. (1950). Il diritti della personalità. Milano. Giuffré.

⁴⁹ Lucas Lucas, R. (2001). *Antropología y problemas bioéticos*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 139.

- Demogue, R. (1909). La notion de sujet de droit: "revue trimestrelle de Droit Civil". Paris.
- Enneccercus, L., Kipp, T., Wolf, M. (1955). Tratado de Derecho Civil. t. I. Barcelona. Bosch.
- Freitas Junior, J. (1995). Direitos da personalidade: doacao de órgaos. Teresina. EDUFPI.
- Gherzi, C. A. (2003). Trasplantes de órganos. Buenos Aires. La Ley.
- Gherzi, C. y Weingarten. (2015). Código Civil y Comercial. Análisis jurisprudencial, comentado, concordado y anotado. t. I. Rosario. Nova Tesis.
- Leonfanti, M. A. (1977). Trasplante de órganos humanos: Régimen legal, 1ra parte. En La Ley, 1977-C196.
- Llambías, J. (1995). Tratado de derecho civil. t. I: Parte General. Buenos Aires. Perrot.
- López y López. (1969). Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos. En Separata del anuario de derecho civil, vol. XXII, 145-161.
- Lucas Lucas, R. (2001). Antropología y Problemas Bioéticos. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Malacki, A. (1985). El cadáver: Actos dispositivos. En La Ley, Tomo 1985-C.
- Migliore, A. (2006). Direitos da personalidade post mortem. Tese doutoral. USP, Sao Paulo.
- Morelli, M. (2009). Extracción de órganos de cadáveres con fines de trasplante: voluntariedad y consentimiento presunto. En Vida y Ética, año 10, N° 2, 123-153.
- Navarro Floria, J. G. (2017). Algunas consideraciones sobre la muerte y los muertos en el Código Civil y Comercial. En Prudentia Iuris, N° 84, 73-106.
- Oertmann, P. (1933). Introducción al derecho civil. Barcelona. Labor.
- Perosino, M. C. (2013). Umbral. Praxis ética y derechos humanos en torno al cuerpo muerto. Tesis doctoral. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Disponible en <https://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/1653> (Último acceso: 04/06/2017).
- Pires de Lima, Antunes Varela. (1987). Código Civil anotado. Coimbra Editora. Coimbra.
- Ramos, M. (2012). La protección de la memoria defuncti. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca. Disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121403/1/DDP_RamosGutierrezMercedes_Tesis.pdf (Último acceso: 04/06/2017).
- Sagarna, F. (1996). Los trasplantes de órganos en el Derecho. Buenos Aires. Ed. Depalma.
- Salvat, R.- López Olaciregui. (1964). Tratado de derecho civil. Parte general. Buenos Aires. Tea.
- Solá, R. (1968). ¿Es crimen el trasplante de corazones? En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 37, año XXXII, 167-195.

Sordo, J. E. (2017). ¿Existe un derecho de disposición sobre el cadáver? Valencia. IDIBE. Disponible en https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/04/Cuaderno_IDIBE_Jorge_Enriquez-DEF.pdf (Último acceso: 15/08/2018).

Spota, A. (1947). Tratado de derecho civil. T. I: Parte general. Vol. 3.5. Buenos Aires. Depalma.

Tobías, J. W. (2009). Derechos de las Personas: Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Buenos Aires. La Ley.

Varsi, E. (2014). Tratado de Derecho de las Personas. Lima. Gaceta Jurídica.