



IUS. Revista del Instituto de Ciencias
Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
A. C.
México

Enriquez Sordo, Jorge

El ars notariae como alternativa de protección al derecho de disposición sobre el cadáver

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IX, núm. 36, julio-
diciembre, 2015, pp. 203-233

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293244044009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El *ars notariae* como alternativa de protección al derecho de disposición sobre el cadáver*

The Ars Notariae as an alternative to protect the right of disposition over the dead body

Jorge Enriquez Sordo**

RESUMEN

Con las presentes líneas se busca reflexionar sobre la importancia de la función notarial como alternativa a la deficiente protección del derecho de disposición sobre el cadáver en el ámbito sustantivo y procesal civil en Cuba. Se parte de analizar los aciertos y desaciertos de la regulación de este derecho en los espacios mencionados, para cerrar con la valoración de la importante actividad que puede realizar el notario, mediante sus funciones principales (fedante y de preconstitución de prueba), y sus funciones conexas (asesora, de consejo y de higiene preventiva), en aras de evitar futuros litigios y que el derecho objeto de estudio se pueda realizar de forma más completa, en tanto y en cuanto se modifique la legislación vigente.

PALABRAS CLAVE: *Derecho de disposición sobre el cadáver, protección civil, proceso civil, función notarial, medidas cautelares.*

ABSTRACT

The aim of this paper is to reflect on the importance of the notarial function as an alternative to the deficient or lack of protection to the right of disposal over the corpse in the substantive scope of due civil process in Cuba.

It analyzes the achievements and shortcomings of the current regulations of these rights,, and closes with the valuation of the important activity that can be performed by the notary. It is through his main functions (as confidant and providing pre-constitutional verification), and his related functions (advisor, Council and preventive hygiene), in the interest of avoiding future litigation that civil rights can be somewhat protected. Hopefully the legal topic of study will be undertaken in a more comprehensive manner, insofar as to propose how they can modify the legislation in force.

KEY WORDS: *Right of disposal over the dead body, civil protection, civil process, notarial function, precautionary measures.*

* Recibido: 23 de febrero de 2015. Aceptado: 6 de abril de 2015.

** Profesor asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba y notario con competencia provincial en la misma ciudad. (jorge.enriquez@lex.uh.cu)

SUMARIO

1. Consideraciones preliminares
2. Cómo reaccionar ante la violación del derecho de disposición sobre el cadáver en el plano sustantivo civil
3. La protección procesal civil del derecho de disposición sobre el cadáver
4. El *ars notariae* en función del derecho de disposición sobre el cadáver
5. A modo de cierre

1. Consideraciones preliminares

La protección de la persona es un hecho cierto que de siempre ha preocupado al ser humano. La necesidad de no ser lesionado en su integridad física, de proteger su vida, expresar sus ideas, tener una identidad, defender su intimidad o disponer de su cadáver o sus partes, ha estado siempre latente a lo largo del proceso civilizatorio. En la medida en que la ciencia del derecho avanzó, se fueron perfilando mejor estos intereses tan valiosos, hasta plasmarse primeramente en los textos constitucionales, en un segundo momento en los códigos penales, y por último en los códigos civiles bajo la denominación de derechos de la personalidad; con un encuadre en la norma sustantiva y, posteriormente, con una instrumentación en la norma procesal.

El tema de los derechos personalísimos ha cobrado tal relevancia, que hoy ocupa un lugar obligado en los textos de derecho civil, específicamente en aquellos que abordan la parte general y el derecho de personas.¹ Esto demuestra la trascendencia que, tanto en el ámbito social como en el jurídico, han adquirido estos derechos subjetivos. De ahí, entonces, que sea necesario contar con una legislación que proporcione una tutela efectiva y completa, que permita su plena realización dentro de los límites permitidos en cada sociedad.

No es suficiente con que las situaciones jurídicas de poder estén enunciadas en la normativa; es necesario que se pueda reaccionar ante su violación y, a través de un medio rápido, recuperar el estado anterior al daño. Entonces sí se puede hablar de verdaderos derechos subjetivos. Empero, esto no siempre ocurre así, por lo que debemos valernos de soluciones creativas y herramientas alternativas, a veces profilácticas y antilitigiosas, que, ante la deficiente

¹ V. gr.: VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN. *Derecho Civil. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2002; DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*, tomo-I, *Personas*, volumen 2, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. *Derechos de las Personas*, Hullaza, Lima, 2001; DIEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1984; CIFUENTES, SANTOS. *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

tutela sustantiva y procesal, permitan que el derecho se realice y cumpla su cometido, o que las consecuencias dañosas se reduzcan a la mínima expresión, o crear un documento público que sirva de guía y brinde seguridad a la hora de entablar cierto proceso judicial.

Queremos dedicar estas líneas a reflexionar sobre el derecho de disposición sobre el cadáver, conscientes de sus particularidades y de la necesidad de que se le brinde tutela ágil y eficaz. Los planteamientos que haremos a lo largo de este artículo se asientan sobre el entendido de que el derecho de disposición sobre el cadáver es un derecho personalísimo (cuando hablamos de su titular originario) y que se ejercita en un momento marcado por el dolor, donde muchas veces no está presente la razón, sino que prima el aspecto emotivo y afectivo, además de estar signado por la urgencia que nace de los procesos biológicos y naturales a los cuales inexorablemente se ve sometido el cuerpo humano muerto y sus partes.

Por ello, nos encaminamos a cavilar, en el primer momento, sobre la posibilidad de protegerlo en el orden sustantivo civil; en el segundo, en el ámbito procesal civil, develando las insuficiencias que estos espacios presentan a la hora de tutelarlos en el contexto cubano; y en el tercero, plantear cómo, a través de las funciones principales y conexas del notario y situados en sede de higiene preventiva, podríamos aminorar en alguna medida dichas carencias y brindar mayor seguridad jurídica a la hora de ejercerlo.

2. Cómo reaccionar ante la violación del derecho de disposición sobre el cadáver en el plano sustantivo civil

Las posibilidades de actuación ante la violación de los derechos personalísimos en el ámbito sustantivo tienen muy variada configuración, sin importar que sean propias o que pertenezcan a un tipo de derecho particular (como el caso del derecho objeto de análisis). Uno de los aciertos a la hora de elaborar una disposición jurídica está dado por la capacidad de abstracción de sus preceptos, no por su particularización; ello demuestra el empleo de una técnica jurídica de vanguardia, de la cual es claro ejemplo el Código Civil alemán. Empero, ello no obsta la existencia de determinados mandatos particulares más afines a la institución regulada.²

² De ahí entonces que no necesariamente nos encontremos, en las diferentes legislaciones, con un catálogo de acciones en sentido concreto que correspondan única y exclusivamente a los derechos personalísimos o al derecho de disposición sobre el cadáver. Sino que, por el contrario, podemos observar tres formas de regulación diferentes: la de aquellos ordenamientos jurídicos que establecen un conjunto de acciones en sentido concreto, de carácter general para cualquier tipo de derecho, aquellos otros que sólo establecen acciones particulares para los derechos

Luego, las vías de accionar van a configurarse a partir de la viabilidad de responder ante un peligro inminente, ante una materialización del daño o ante una futura violación. La primera y la última estarán referidas al ámbito preventivo, mientras que la segunda abordará lo atinente a la cuestión resarcitoria de la situación jurídica perturbada, del daño acaecido. Somos del criterio de que tanto unas como otras son de perfecta aplicación al derecho de disposición sobre el cadáver, reforzando con ello su protección.³

Este catálogo de medios o de acciones en sentido concreto, ya sean de carácter general o particular, es el que va a permitir una completa satisfacción del derecho vulnerado. Pasemos a analizar su implementación en el contexto jurídico patrio.

El Código Civil cubano es el encargado de regular esta materia. Debemos dirigir nuestra mirada, en primer lugar, a su artículo 38, el único precepto que hace referencia expresa a la protección de los derechos personalísimos (donde ubicamos el derecho de disposición sobre el cadáver), aunque condicionándolos solamente a aquellos reconocidos en la Constitución de la República. Este precepto es del tenor literal siguiente: “La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecte al patrimonio o al honor de su titular, confiere a éste o a sus causahabientes la facultad de exigir: a) El cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible; b) la retractación por parte del ofensor; y c) la reparación de los daños y perjuicios causados”.

Lo primero que debemos analizar es la redacción del precepto. El mismo circunscribe *ab initio* la posibilidad de reaccionar ante el hecho que ha acaecido, y no ante aquel que pudiera acaecer, cerrando las puertas a las acciones preventivas. Esto se aprecia de la utilización del verbo *afecte*, que indica realización, resultado. De lo contrario, se hubiera empleado la construcción “que afecte o que pueda afectar”.

También podemos agregar que se trata de un artículo que abarca las violaciones a los derechos personalísimos que tienen un contenido tanto

personalísimos, y aquellos que siguen una postura ecléctica. Somos del criterio de que la fórmula ecléctica es la más atinada, ya que permite conciliar la generalidad y abstracción, con la naturaleza jurídica especial de estos derechos. En este último sentido, se pueden confrontar los códigos civiles de Italia, Perú, Portugal y Brasil.

³ Cifuentes es del mismo sentir y expresa al respecto: “los medios tendentes a sancionar y subsanar el hecho consumado son el resarcimiento, las publicaciones, la respuesta y la retractación hechas públicas”. Y agrega: “claro que indirectamente sirven de contención pero el orden jurídico se estrecharía en marcos pobres e inadecuados si, además, fuera imposible usar otras armas para evitar la consumación del ataque, cuando aquella coacción de los medios sancionatorios pudiera resultar insuficiente”. Hace referencia entonces a la importancia de que existan acciones preventivas que se ejerciten antes de que el daño se materialice, como una manera de reforzar la tutela a estos derechos. Vid. CIFUENTES, SANTOS. *Op. cit.*, p. 648. También Bañegil Espinosa reconoce la posibilidad de que existan acciones de ambas naturaleza. Vid. BAÑEGIL ESPINOSA, MIGUEL ÁNGEL, en Juan Francisco Delgado de Miguel (Coord.), *op. cit.*, pp. 342-343.

patrimonial como puramente moral. Pues según se establece: “la violación a los derechos de la personalidad puede afectar el patrimonio o al honor de su titular”. Nuestra norma no acoge la categoría de patrimonio moral, cuestión con la que estamos de acuerdo; empero, sí reconoce el daño de tipo moral, el cual recae sobre derechos de esta naturaleza. Por tanto, la categoría honor a que hace referencia el precepto debe entenderse en el sentido de espiritualidad o como daño moral, o atentado a la esfera moral de la persona.

Ahora bien, después de haber hecho estas dos reflexiones, corresponde analizar las acciones que en sentido concreto recoge este artículo. Acciones que son conferidas de forma particular para los derechos personalísimos. En el inciso *a* se encuentran reguladas varias acciones. Es necesario preguntarnos cómo operan; es decir: ¿estamos ante acciones excluyentes? ¿Ante qué tipo de violaciones pueden ser utilizadas?

Si seguimos la dicción literal del precepto, cabría la posibilidad de pensar que estamos ante acciones excluyentes, pues la utilización de la conjunción *o* hace ver que no pueden ejercerse al mismo tiempo. Sin embargo, con una segunda lectura de la norma, podemos percatarnos que más que entrar en contradicción se complementan. Decimos esto porque el precepto admite dos posibilidades de defensa: detener la violación y reparar el daño ocasionado, si es posible. La primera se refiere a detener la lesión que se está realizando, en presente y de forma continuada; la segunda, a restaurar la situación anterior al daño siempre que sea posible, a un daño pasado. Por tanto, debemos decir que ambas se encuentran estrechamente relacionadas, y son perfectamente compatibles. Aunque también pudieran utilizarse por separado.

Como se comprende de esto, la primera posibilidad de actuación que se regula en este inciso es la de reaccionar ante una violación que se está desarrollando, que está ocurriendo en tiempo presente, que no ha terminado de producirse.⁴ Se trata de impedir que continúe realizándose. No obstante, una vez ejercida la acción no sería suficiente, pues con ella no se repara el daño, sólo se detiene la conducta lesiva; por tanto, es necesario ejercer la segunda acción que se regula, consistente en la reparación de los daños causados, de ser posible. En el supuesto de que no fuera viable repararlos, se tendría que hacer uso de la indemnización de daños y perjuicios que prevé el inciso *c*. Todo esto demuestra la incorrecta utilización de la conjunción *o*.

Por otra parte, si estuviéramos hablando de una lesión ya acaecida, no sería apropiado instar el cese inmediato de la violación, sino la reparación

⁴ Piénsese en un daño a la imagen de un cadáver mediante una publicación denigrante. Mientras continúe la distribución del periódico o revista, se continuará repitiendo la violación.

del daño, siempre que fuera pertinente. Se utiliza entonces la segunda opción, pero con independencia de la primera. Esta segunda posibilidad de actuar ante la violación es lo que la doctrina ha dado en llamar restitución o reparación *in natura*, y es lo más deseable como medio de restablecimiento de la situación jurídica anterior, lo más acorde en sede de derechos personalísimos.⁵ No obstante, a pesar de ser lo deseado, resulta en la práctica muy difícil su concreción atendiendo a la naturaleza de la lesión a estos derechos, pues no son comparables los efectos que puede tener la reparación *in natura* para un daño de tipo moral, eminentemente subjetivo, que para un daño de tipo material.⁶

Una última precisión que debemos hacer con respecto a este aspecto es la forma en que se encuentra redactada esta situación jurídica de poder en el inciso *a* del artículo 38. Se refiere a que el perjudicado puede solicitar la cesación de los efectos, de ser posible, lo cual propicia la idea errónea de que es una conducta que se está realizando en el tiempo, cuando en realidad la palabra cesación debe entenderse en el sentido eliminación o reparación. Por ello, debió haber expresado el legislador que el perjudicado podía solicitar “la eliminación o reparación de los efectos”, es decir, la eliminación o reparación del daño causado y su restitución a un estado anterior, como si no hubiera acaecido. Ello, a nuestro modo de ver, constituye el sentir del legislador en esta sede, y el sentido con que debe ser interpretado el precepto en su sistémica.

Por otra parte, este artículo recoge una tercera acción en su inciso *b*, encaminada a pedir la retractación del ofensor. En nuestra opinión, se trata de una modalidad de la restitución *in natura*, pues la misma persigue la restitución al estado anterior, pero relacionada con particulares violaciones a los derechos personalísimos. Es una acción que no tiene carácter general y regularmente se aplica a violaciones de los derechos personalísimos que tienen una connotación social, ya sea un colectivo reducido o a nivel de toda la sociedad. Normalmente, cuando se afecta el honor, la intimidad o la imagen de una persona y a la imagen de un cadáver y su memoria pretérita, y esa violación trasciende, esta acción resulta ser la que más se acerca a la reparación de la lesión espiritual causada, a la restitución al estado anterior. De ahí que a la hora de configurarse legislativamente se asigne de forma particular a los derechos personalísimos.⁷

⁵ Cifuentes es de este criterio cuando expresa: “para el daño moral y todas las indemnizaciones en que se intenta confortar el espíritu y lo extrapatrimonial lesionado, no es dable dar equivalente, pues en los tiempos actuales resulta imposible evaluar por completo, de compensación plena dineraria, la magnitud de este tipo de lesión”. *Vid. Cifuentes, Santos. Op. cit.*, 1995, p. 615.

⁶ Lo que se hace más grave en sede de disposición sobre el cadáver, piénsese en el supuesto en que la persona dispuso en vida que su cuerpo fuera inhumado, puesto que esta es la tradición familiar y es acorde con sus creencias religiosas; sin embargo, la mayoría de los hijos, a la hora de ejecutar su voluntad, no estuvieron de acuerdo con lo dispuesto por el finado y lo cremaron. ¿Puede existir reparación *in natura*? ¿Queda desprotegido este derecho?

⁷ Otra acción que se encuentra estrechamente relacionada con la anterior y que procura la reparación *in natura* es la

A pesar de su utilidad e importancia, el precepto en cuestión lleva a la reflexión pues no hace referencia al carácter público de la retractación. Por tanto, podemos formular la siguiente incógnita: ¿el hecho de no hacerse referencia al carácter público de la retractación nos circunscribe solamente al marco privado, al ámbito interno del proceso? La respuesta debe ser negativa. A nuestro modo de ver, se trata de un olvido del legislador, pues la interpretación de este artículo debe realizarse de conjunto con la interpretación de los artículos del Código Civil que implementan la responsabilidad jurídica de este tipo, específicamente el 83, inciso *ch*, y el 88, pues debemos partir de que toda lesión a los derechos personalísimos es una lesión de índole moral. Por tanto, dado que la retractación pública del ofensor es el contenido de la responsabilidad civil por violaciones de este tipo que establece nuestra norma sustantiva, el sentido del inciso *b* del artículo 38 debe ser el mismo.

Empero, este precepto debe interpretarse en el sentido de que procederá la retractación pública del ofensor en aquellos casos en que el daño haya trascendido a la sociedad. Así, el juez debe valorar el caso concreto y decidir si accede o no a la petición del actor, pues con ello se podría estar ocasionando otro daño moral a través de la propia norma, y protegiendo el sentimiento de la venganza, lo cual no es acorde con los valores que defiende nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, si accediéramos a disponer la retractación pública del ofensor en un caso en que la lesión no trascendió a la sociedad, estaríamos lesionando con ello la dignidad humana de la persona, valor que tiene rango constitucional en nuestro país.⁸

Otra cuestión muy diferente sería que el perjudicado renunciara a la posibilidad de exigir la retractación pública del ofensor en un caso en el que fuera procedente, y que prefiriera una retractación de orden privado. Esta solución debería ser acatada por el juez en virtud del principio dispositivo que impera en esta sede, y atendiendo al principio de impulso procesal a instancia de parte que opera en la rama procesal. Quizá con ese pedimento se esté logrando la reparación integral del daño causado. No debemos perder nunca de vista que nos encontramos en un campo donde el elemento subjetivo es sumamente importante y determinante.

En relación con este inciso, debemos hacer una última precisión con respecto a la utilización del término ofensor por la norma. ¿Estamos ante una categoría referente a aquella persona que ofendió a otra en su honor, o a aquélla que transgredió su esfera moral o espiritual? Nos parece más acertada la segunda

solicitud de publicación de la sentencia que en su día se dicte. Nuestro Código Civil, lamentablemente, no la recoge.

⁸ Así se aprecia en el Preámbulo de la Constitución cubana y en su artículo 9 inciso *a*.

tesis, pues de lo contrario estaríamos ciñendo la acción a la violación de un único derecho personalísimo, cuando en realidad la faceta espiritual o psíquica de estos trasciende al honor y se aplica a otros como el derecho de disposición sobre el cadáver. Por consiguiente, debemos interpretar el vocablo en el sentido de agresor o sujeto productor del daño. Ello, por supuesto, se encuentra en consonancia con el espíritu del artículo 38, que consagra medios de protección de carácter general contra violaciones a los derechos personalísimos, amén del contenido moral de la lesión que a estos derechos se le infrinja.

Por último, el artículo 38 establece, en su inciso c, la posibilidad de exigir la reparación de los daños y perjuicios causados, como vía subsidiaria a la reparación *in natura*. Como hemos dicho antes, lo deseable es la restitución al estado anterior al daño; pero ello no siempre es posible, más aún en esta sede. De ahí que operen los mecanismos indemnizatorios como vía para subsanar el daño acaecido y los perjuicios causados. Esta es una situación de poder que debe analizarse en correspondencia con los artículos que establecen el sistema de responsabilidad jurídica civil derivada de actos ilícitos de esta naturaleza; pues en ellos se encuentra el contenido de la indemnización, así como su naturaleza (pecuniaria, moral o mixta).

El Código Civil establece un sistema general de responsabilidad jurídica civil por actos ilícitos, que abarca tanto aquellos que tienen naturaleza contractual como los de naturaleza extracontractual. Al respecto, establece un contenido común. A ello arriba después de realizar una definición de *acto ilícito*. Las violaciones a los derechos personalísimos son el resultado de la realización de ilícitos civiles, toda vez que causan daño a una persona. El hecho de que estemos hablando de bienes o derechos que no se encuentran en el patrimonio, no es óbice para afirmar que no nos encontramos ante una trasgresión de este tipo. La definición que brinda el artículo 81 va dirigida a cualquier lesión que afecte la esfera jurídica general de la persona, ya sea en su faceta patrimonial o en la extrapatrimonial.⁹

¿Hasta qué punto es satisfactorio el contenido de la responsabilidad jurídica civil regulado en el Código en su aplicación ante violaciones de los derechos personalísimos y en específico el derecho de disposición sobre el cadáver? ¿En qué medida quedan satisfechas las lesiones ocasionadas a estas situaciones jurídicas dada su naturaleza no pecuniaria?

Ab initio, el contenido de la responsabilidad jurídica civil que establece el Código no resulta ser suficiente, ya que tiene un carácter eminentemente

⁹ Este precepto expresa: "Los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro". Como se puede observar, en ningún momento los circunscribe a una afectación de tipo patrimonial.

patrimonialista. No reconoce la doctrina del daño moral y reduce la protección del derecho de disposición sobre el cadáver, en tanto derecho personalísimo, a la indemnización de los perjuicios causados en los supuestos en que existan consecuencias patrimoniales, así como a la retractación pública del ofensor en los supuestos del daño puramente moral. Esto se puede apreciar de la interpretación en conjunto del artículo 38 en relación con los artículos del 81 al 88 del Código. El artículo 38 reconoce la posibilidad de que acontezcan ambos tipos de daño, el moral puro y el moral con repercusiones patrimoniales, aunque su reparación se encuentra acotada por los artículos referidos al contenido de la responsabilidad jurídica civil.

El artículo 83 del Código Civil establece: “el resarcimiento de la responsabilidad jurídica civil comprende: a) La restitución del bien; b) la reparación del daño material; c) la indemnización del perjuicio; y ch) la reparación del daño moral”. Sus tres primeros incisos tienen una naturaleza eminentemente patrimonial, mientras que el inciso *ch* es el único que se refiere a la reparación del daño moral.

De la lectura de los artículos 84 y 85, se aprecia fácilmente el contenido eminentemente patrimonial, tanto del daño como de la reparación. No es posible tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver por esta vía.¹⁰ En cambio, el artículo 86 pudiera ser utilizado para resarcir el daño que haya ocasionado repercusiones patrimoniales, aunque dentro de límites estrechos y que no van dirigidos directamente a la reparación del derecho personalísimo vulnerado.¹¹

Ahora bien, el artículo 88 cierra por completo la posibilidad de resarcir el daño moral puro con una compensación pecuniaria, pues prescribe: “La reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor”. Lo cual no resulta suficiente, pues el daño al derecho de disposición sobre el cadáver tiene un marcado contenido

¹⁰ El 84 prescribe: “La restitución debe hacerse del mismo bien, con abono del deterioro o menoscabo, siempre que sea posible y no haya sido adquirido de buena fe por tercero en establecimiento comercial o subasta pública”. Por su parte, el 85 expresa: “la reparación del daño material comprende el abono del valor del bien cuya restitución no es posible, o del menoscabo sufrido por éste”.

¹¹ Este precepto expresa: “La indemnización de los perjuicios comprende: a) En caso de muerte y en el supuesto de encontrarse la víctima sujeta al pago de una obligación de dar alimentos, una prestación en dinero calculada en función de las necesidades del alimentista durante el tiempo de vigencia de dicha obligación, después de descontar las prestaciones que debe satisfacer la seguridad social; b) en caso de daño a la integridad corporal y en el supuesto de que el lesionado pierda total o parcialmente su capacidad para el trabajo remunerado, o si sus necesidades aumentan o sus perspectivas en el futuro disminuyen, una prestación en dinero que compense la pérdida o la disminución de sus ingresos salariales, después de descontar, también, las prestaciones que debe satisfacer la seguridad social; c) los gastos de curación; ch) el importe del salario correspondiente a los días dejados de trabajar por la víctima del acto ilícito; d) otros ingresos o beneficios dejados de percibir; e) cualquier otro desembolso hecho por la víctima, sus familiares u otra persona, a causa del acto ilícito; y f) en el caso de daños al medio ambiente, los gastos necesarios para su rehabilitación total”.

espiritual¹² difícil de reparar *in natura*, por lo que una compensación económica pudiera aminorar el sufrimiento de los familiares, no como resarcimiento pecuniario, sino como desagravio económico. A esto le podemos agregar la inaplicabilidad de la retractación pública del ofensor a todas las lesiones que puedan acontecer sobre este derecho; contribuyendo ello a su deficiente protección.

Así las cosas, nos encontramos con que lo dispuesto en el inciso c del artículo 38 del Código Civil tiene muy poca virtualidad práctica, ya que, a pesar de tener carácter subsidiario, no cumple su objetivo salvo en lo que respecta a la indemnización del perjuicio en los supuestos que exista daño moral con repercusión patrimonial; puesto que la reparación de los daños se ve limitada a la retractación pública del ofensor, lo cual hace a este precepto inoperante en esta sede si tenemos en cuenta que el inciso b del artículo 38 ya lo prevé. Por lo tanto, su utilidad queda reducida a la aplicación directa del artículo 86 en sede de responsabilidad jurídica civil.

Lo hasta ahora abordado se encuentra estrechamente vinculado con la doctrina del daño moral, y con la posibilidad de que la compensación pecuniaria tribute a una protección más completa de este derecho. Por ello, es dable reflexionar sobre la incidencia que puede tener la satisfacción pecuniaria del daño moral en la protección efectiva de este derecho y su instrumentación en el proceso civil.

2.1 *El no reconocimiento de la reparación pecuniaria del daño moral y su incidencia*

La doctrina del daño moral se ha ido abriendo paso entre las diferentes legislaciones y tratadistas.¹³ Cada vez va siendo menos discutida la imposibilidad de reparar el daño puramente moral como obstáculo a la existencia de una compensación de tipo pecuniario. Se defiende la idea de que exista una

¹² Sobre la naturaleza de la lesión por daño moral, expresa la sentencia número 697 de 9 de noviembre del 2002 del Tribunal Supremo Popular en su primer considerando: "se debe partir del concepto de lo que constituye el daño moral, que no es otra cosa que la lesión de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal del sujeto de derecho, y que repercute de alguna manera en sus intereses de índole afectiva y emocional, así como que para que este daño sea estimado con relevancia jurídica, debe producir un perjuicio, una pérdida o menoscabo y también debe incidir sobre un bien jurídico de la persona y ser susceptible de resarcimiento en concepto de responsabilidad civil". Vid. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. *Código Civil de la República de Cuba, Ley No.59/1987 de 16 de julio. Anotado y Concordado*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p.108.

¹³ CIFUENTES, como exponente de la doctrina argentina, también apoya esta posibilidad y dice sobre ello: "Aun cuando los bienes heridos en sí sean inestimables, y ninguna suma de dinero adecuada para justipreciarlos, de ello no se sigue que la víctima de un agravio a su persona ha de ser privada de toda satisfacción: mejor alguna cosa que nada. Cuanto menos una para mitigar el dolor". Añade después: "El llamado 'precio del dolor' es un medio inevitable, necesario y absolutamente equitativo". Vid. CIFUENTES, SANTOS. *Op. cit.*, pp. 622-623.

satisfacción monetaria, distinta a la indemnización, y que valga de alivio a la víctima, atendiendo a la afectación de su salud psíquica, de sus sentimientos, de su estima social. No es cuestión de mercantilizar los bienes o derechos no patrimoniales, sino una exigencia para su tutela efectiva. El hecho del inconveniente de valuar económicamente las lesiones a estos derechos, así como la dificultad que su reparación encierra, pasan a convertirse en fundamento de la admisión de la doctrina del daño moral y de su plasmación legislativa.

Ante los tiempos que corren, el ordenamiento jurídico debe buscar mecanismos que tutelen de forma efectiva los derechos no patrimoniales, que lo protejan de agresiones que atenten contra la dignidad humana, otorgándole mayor o igual importancia que a los derechos patrimoniales, reforzando con ello el respeto a la esfera espiritual de la persona. La reparación pecuniaria del daño moral, si bien no cuenta con una fórmula mágica, podría ser de gran ayuda en su tutela efectiva. Ello, por supuesto, debe estar apoyado en la existencia de una cultura jurídica sobre el tema, entre los ciudadanos y entre los profesionales del derecho.

Como analizamos *supra*, la norma civil cubana no permite esta posibilidad de actuación.¹⁴ Correspondería hacernos las siguientes preguntas: ¿Por qué no lo admite? ¿Es que ello atenta contra los fundamentos del sistema sociopolítico cubano? Como respuesta a estas interrogantes, podemos decir que su no regulación se debe a que el legislador del Código de los cubanos no lo tuvo presente, pues no era una materia sobre la que se polemizara en nuestro país por aquel entonces, al menos no con la fuerza con que se hace hoy. Existe una escasa o nula literatura al respecto. A ello se le puede agregar la novedad que representaban los derechos personalísimos, y más aún el derecho de disposición sobre el cadáver, así como lo difícil de su reparación pecuniaria y el hecho de que el legislador hubiera preferido resaltar la naturaleza moral y espiritual de estos.

Con respecto a la segunda interrogación, defendemos la idea de que no existe contradicción entre la posibilidad de compensar pecuniariamente a la víctima o familiares y los fundamentos de nuestro sistema sociopolítico, ya que, como expresamos *supra*, el objetivo que se persigue no es monetarizar estos derechos, ni establecer una tasa de cambio, sino su tutela efectiva. Creemos que nuestro sistema, defensor de la dignidad humana desde el texto

¹⁴ Al respecto, se expresa en el Considerando 34 *in fine* de la Sentencia 110 de 2 de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo: "en lo que se refiere a la indemnización del daño moral, el Código Civil vigente, tal y como tantas veces se ha mencionado, lo ciñe exclusivamente a condenar al demandado a ofrecer una satisfacción a los ofendidos mediante su retractación pública". *Vid.* PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. *Op cit.*, p. 108.

constitucional, y amparado en los principios del marxismo-leninismo, permite perfectamente la tutela de los derechos no patrimoniales y del derecho de disposición sobre el cadáver a través de la compensación pecuniaria al dolor sufrido.

Estimamos firmemente que esta es una de las principales causas que inciden en la baja o nula radicación de asuntos de esta naturaleza en los tribunales populares cubanos. El ordenamiento jurídico tutela intereses legítimos de la persona humana, intereses que lo llevan a estimar necesario el ejercicio de sus derechos y su defensa. Empero, si ese interés falta para la persona, la situación jurídica de poder que ampara la norma pierde virtualidad. A modo de argumentación de esta idea, pudiéramos realizar el siguiente análisis. ¿Qué interés persigue una persona en la defensa de un derecho de carácter patrimonial? Que le sea restituido a un estado anterior a la violación, como si ésta no hubiera ocurrido. Para ello, en virtud del principio de reparación integral, la persona insta la restitución *in natura*; de no ser posible, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pudiendo, en atención al sistema de responsabilidad civil establecido en el Código, alcanzar una satisfacción plena.

Sin embargo, cuando la violación recae sobre el derecho de disposición del cadáver, el interés se debilita, pues si bien la persona (dígase familiar o el encargado de ejecutar la última voluntad del finado) también quiere la restitución *in natura* en primer lugar, la misma no siempre es posible dadas las particularidades del fenómeno muerte: lo irreversible de los procesos naturales de descomposición del cuerpo humano muerto y sus partes, las dificultades de conservación, la urgencia de determinados procedimientos médico-quirúrgicos (necesidad de determinado lapso breve para que sea viable la donación de órganos y tejidos), el ejercicio de algunos actos de disposición sobre el cadáver que resultan incompatibles entre sí (inhumación-cremación), entre otras situaciones.

Ello daría paso a solicitar la indemnización de daños y perjuicios, pero tomando en cuenta que la reparación de los daños se hace difícil, atendiendo a la naturaleza de la lesión y al contenido que nuestro Código establece para ello; en lo que respecta a la indemnización de los perjuicios, se ve limitada a la retractación pública del ofensor, lo cual a nuestro juicio no es suficiente ni aplicable a todos los supuestos. En consecuencia, el interés en la tutela deja de ser tal, para convertirse en una situación normal de impunidad para quienes cometieron el acto ilícito.

El dolor que se desencadena con el evento muerte y la única posibilidad indemnizatoria de obtener una disculpa por parte del agresor traen consigo que sea más tortuoso para los familiares la contienda judicial con sus diferentes instancias, que el hecho de asumir una actitud pasiva y de resignación;

por tanto, desisten de emprenderla, a pesar de dejar en estado de impunidad al agresor y en ocasiones obrar en contra de la voluntad del finado y dañar su memoria. Esta postura del legislador refuerza injustamente las situaciones de carácter patrimonial en detrimento de las no patrimoniales, cuando en realidad estas últimas son las que más propenden al desarrollo de la dignidad humana y de la personalidad y espiritualidad del individuo.

2.2 La incidencia del artículo 111 del Código Civil cubano en el derecho de disposición sobre el cadáver

Nos encontramos ante un artículo de gran valor para el ámbito sustantivo civil. El Código Civil cubano sigue una postura mixta a la hora de abordar las acciones que pueden utilizarse en la protección de los derechos personalísimos. Su técnica consiste en asignarle un conjunto de acciones en específico para la tutela de estos derechos; por otra parte, establece una nómina general para el resguardo de cualquier derecho subjetivo de carácter civil. El precepto en cuestión tiene un alcance general y va encaminado a la tutela de todos los derechos subjetivos de carácter civil; y dado que el derecho de disposición sobre el cadáver es una especie de estos, es perfectamente aplicable.

Ergo, habría que meditar sobre la relación que guarda este precepto con el artículo 38 de dicho cuerpo legal, y la posibilidad de incluir en él nuevas acciones que estén en el artículo 111 y que puedan utilizarse para completar el cuadro proteccional que ofrece el 38. Con respecto a la primera cuestión, debemos apuntar que el artículo 38 tiene carácter preferente, en virtud del principio de especialidad; es necesario acudir primeramente a su sustancia antes de pasar la mirada al artículo 111. Este último tendría entonces un cariz supletorio; se utilizaría como complemento a lo dispuesto en el artículo 38, ante sus deficiencias y ante la falta de previsión. Ello nos lleva entonces a abordar la segunda problemática: ¿en qué medida complementa el artículo 111 al 38? En líneas generales, pudiéramos decir que ambos artículos prescriben cuestiones bastante similares en lo que atiende a la protección de estos derechos, salvo en lo que respecta al inciso *a*, que incluye una figura nueva, al igual que en todo lo que se refiere a una mejor técnica jurídica en su redacción.

El inciso *a* del artículo 111 prescribe como medio de protección la posibilidad de exigir el reconocimiento del derecho. Este constituye un medio de defensa útil a cualquier derecho, y más al derecho de disposición sobre el cadáver, pues puede emplearse en el ámbito preventivo, cuando aún no se ha materializado la violación. Esto se conoce por la doctrina como acción declarativa; persigue que se declare la existencia de determinada situación jurídica

para hallar la certidumbre jurídica. Ello permitiría darle solución a cualquier incertidumbre en torno a éste, máxime cuando estamos ante una situación jurídica de poder cuya ordenación tenga mayor desarrollo en el campo doctrinal que en el positivo, cuya regulación se caracterice por la dispersión normativa y su tratamiento asistémico. Al no hacer el artículo 38 previsión al respecto, pudiera utilizarse el 111, siempre que sea afín a la situación que se pretende proteger.

Las otras posibilidades de actuación que regula este precepto y que pueden aplicarse al derecho de disposición sobre el cadáver son las reguladas en los incisos *b* y *d*. Ambas coinciden con las previstas en los incisos *a* y *c* del artículo 38, aunque debemos señalar que con mejor técnica jurídica, en especial su inciso *b*: “el restablecimiento de la situación existente antes de la vulneración del derecho y el cese inmediato de los actos que lo perturben”. Se trata de las mismas acciones que se regulan en el artículo 38, pero con mucha más claridad. Por tanto, puede emplearse el artículo 111 para realizar una mejor intelección del precepto principal, dado su carácter supletorio.

2.3 Las acciones preventivas y el derecho de disposición sobre el cadáver

Con respecto a este punto, cabe hacer algunas reflexiones. En primer término, defendemos la idea de que siempre es preferible hacerle frente a los fenómenos antes de que se materialicen, y más aún cuando puedan acarrear un posible daño. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la obligación de indemnizar, si se demuestra que no existía tal peligro, y que no obraba razón al actor. Ello se potencia mucho más en esta sede, en que se dificulta en grado sumo la reparación integral del derecho lesionado.

Estas posibilidades de actuación van a estar encaminadas a prever que el daño no se materialice y a impedir la reiteración futura de una conducta que ya se materializó en un daño, o su agravación. La primera está encaminada a frenar un acto potencialmente lesivo, actual e inminente, digno de la tutela jurídica. La segunda se dirige a prohibir la realización de conductas similares en un futuro, tomando medidas al respecto, o a evitar el empeoramiento de una situación dañosa.

El Código Civil cubano no reconoce de forma expresa acciones de esta naturaleza que puedan ser utilizadas en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver, salvo la acción declarativa que se encuentra regulada en el inciso *a* del artículo 111. Con ella se puede instar el reconocimiento de un derecho controvertido, en derredor del cual existe cierta ambigüedad jurídica, y de la cual se pudiera derivar un posible daño. Pero ello, sólo sería eficaz ante

este tipo de supuestos, no dando respuesta la norma ante otras situaciones de conflicto que no se hayan materializado en un daño real.

La regulación que ofrece el Código Civil es deficiente en este sentido; se inclina por una postura objetiva, caracterizada por la manifestación real del daño. Obviando medios de defensa sumamente útiles para la protección de este derecho en aquello que le sea pertinente.¹⁵ Ello se aprecia claramente del espíritu de los artículos 38, inciso *a*, 111, inciso *b* y el 82 del Código Civil. También se encuentra en estrecha relación con las medidas cautelares y con las autosatisfactivas, las cuales, en cierta medida conforman el camino que lleva a vías de hecho las acciones de prevención.

3. La protección procesal civil del derecho de disposición sobre el cadáver

Como decíamos al inicio de este artículo, la rama procesal y la sustantiva están estrechamente vinculadas; entre ellas existe una interrelación dialéctica. Lo sustantivo dice qué pedir y lo adjetivo dice cómo pedir. El ordenamiento procesal es el responsable de crear los mecanismos a través de los cuáles se materializa en la esfera judicial la protección que brinda la norma sustantiva, y en la medida en que el derecho procesal sea garantista, creativo y ofrezca múltiples variantes, se podrá instrumentar mejor la protección del derecho de disposición sobre el cadáver.

En sede procesal, debemos analizar tres cuestiones que inciden en la protección de este derecho: qué procesos establece la norma adjetiva que permiten la tutela del mismo, a quién se le atribuye el conocimiento de estos asuntos, y cuál es el tratamiento cautelar que se les brinda.

Al analizar el articulado de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, nos percatamos de la ausencia de pronunciamientos con respecto a los derechos personalísimos o a este derecho en particular, tanto por la falta de un procedimiento especial que los tutele, como por la inexistencia de mención expresa dentro de las materias asignadas a los dos grupos de procesos que recoge la Ley ritual, el sumario y el ordinario. La técnica empleada por las legislaciones foráneas ha sido atribuir de forma expresa la protección de estos derechos a algunos de los procesos modelos o dejar al arbitrio del juez la posibilidad de tutelarlos según la rapidez que requiera la

¹⁵ Cifuentes defiende las acciones de carácter preventivo; al respecto, señala tres de ellas que, a su juicio, ofrecen una protección muy eficaz a los derechos personalísimos: la *azione* inhibitoria, la *azione di rimozione* y la legítima defensa. *Vid.* CIFUENTES, SANTOS. *Op. cit.*, pp. 648-653.

cuestión por alguna de las vías establecidas. No es común encontrarnos con un proceso destinado exclusivamente a la protección de los derechos personalísimos o del derecho de disposición sobre el cadáver.¹⁶

3.1 El derecho de disposición sobre el cadáver y la competencia por razón de la materia o la cuantía

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico establece un proceso modelo de carácter ordinario (con una *cognitio* judicial amplia) y regula un proceso sumario (con una *cognitio* judicial reducida), dados sus trámites más abreviados, atendiendo a la naturaleza de los asuntos que en él se ventilan, al cual le sirve de supletorio el proceso ordinario. También establece un repertorio de procedimientos especiales, así como los de jurisdicción voluntaria. Estos dos últimos salen del análisis, pues los procedimientos especiales son *numerus clausus*, y ninguno de ellos se refiere a la protección de este derecho; y el de jurisdicción voluntaria, al carecer de litis, también se aparta del análisis. Ello nos lleva a circunscribir el examen a los procesos sumarios y ordinarios.

Somos incondicionales a la idea de que la protección de este derecho debe ser encauzada con celeridad, buscando una respuesta rápida ante la violación ocurrida, pues se trata de lesiones que revisten un carácter especial, atendiendo a la naturaleza del bien y del derecho lesionado. Por ello, comenzamos el análisis por el proceso sumario.

El proceso sumario se encuentra regulado en la Ley Procesal desde el artículo 357 hasta el 367, con trámites relativamente breves. En el artículo 358 se regulan las materias que van a poder ser conocidas a través de él. El precepto presenta cinco apartados, con un criterio *numerus clausus*, es decir, que sólo podrán ser conocidos por este trámite las materias expresamente previstas. De los cinco apartados, parece ser el primero el único que brinda cierta posibilidad de defensa a este derecho, aunque no de forma expresa. Dispone: “podrán ser conocidas en proceso sumario las demandas de contenido económico en

¹⁶ La Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente a la sazón hace alusión expresa a los derechos personalísimos, y atribuye su conocimiento al juicio ordinario. Así lo prescribe en el artículo 249. Por su parte, el Código Procesal Civil que estuvo vigente en Colombia implementa, a través del proceso ordinario, la protección de los derechos no patrimoniales. Así se establecía en su artículo 397. Por otra parte, el Código Procesal de Argentina provee la posibilidad al juez de escoger el tipo más adecuado de proceso para la protección de los derechos no valuables económicamente; siempre que no correspondiere juicio especial o proceso sumarísimo. Así lo establece en su artículo 319. La línea seguida por este último código procesal constituye a nuestro juicio una solución de vanguardia, que permite brindar una mejor tutela a los derechos personalísimos dentro de los cuales el derecho de disposición sobre el cadáver es una especie; y que de forma general simplifica la norma procesal.

que la cuantía de lo reclamado o el valor de los bienes sobre los que se litigue no exceda de diez mil pesos”. Luego, para que pueda ser tutelado este derecho en este tipo de proceso, se deben cumplir dos requisitos: en primer lugar, que la demanda fuere de contenido económico, y en segundo, que se trate de una lesión que acarree repercusiones patrimoniales.

Sobre estos particulares, valoramos como necesario hacer la siguiente acotación. El término *demanda de contenido económico* no nos parece el más acorde para referirnos a una que verse sobre la protección del derecho de disposición sobre el cadáver, pues hablamos de un derecho y de un bien no conmensurables económicamente. Por lo tanto, el resguardo que pudiera ofrecer este apartado desnaturaliza su esencia al poner el énfasis en el contenido económico de la demanda. Si bien el daño moral con repercusiones patrimoniales tiene algo de carácter económico, ello no debe opacar la naturaleza específica de este derecho, ni debe ser lo determinante; empero, es dable destacar que, a través de esta vía, se pudiera tutelar esta situación jurídica de poder de una forma más rápida.

Entonces, sólo cabría al amparo del artículo 5, apartado 1, de la Ley ritual, la posibilidad de presentar demandas por lesiones a este derecho cuando tuvieran consecuencias patrimoniales, bajo el expediente de la responsabilidad jurídica civil, pero teniendo el proceso como pretensión principal la indemnización de los perjuicios causados. Esto, a nuestro modo de ver, atenta contra una protección garantista del mismo, ya que el contenido de la indemnización que prevé el artículo 86 del Código Civil es bastante limitado.

Por último, podríamos preguntarnos si cabría la posibilidad de reparar el daño moral en el mismo proceso o sería necesario instar uno nuevo. Como hemos dejado expuesto arriba, toda lesión a este derecho comporta un daño de índole moral, tenga o no consecuencias patrimoniales. Luego, dado que la vía que dispone el apartado en análisis tiene un marcado carácter económico, cabe pensar que sólo se puede exigir la indemnización de los perjuicios, no así la reparación del daño moral que previene el artículo 88 del Código Civil. No somos de la idea de que la cuestión se deba ventilar en otro proceso, pues ello atentaría contra los más elementales principios de justicia y contra la economía procesal, máxime cuando el apartado no prescribe que la demanda deba ser de sustancia puramente económica, sino que tenga contenido de esta naturaleza.

En otro orden de cosas, y una vez analizada la competencia por razón de la materia y la cuantía en el proceso sumario, corresponde determinar qué tutela brinda el proceso ordinario a este derecho. Este se encuentra regulado en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, desde el artículo 223 hasta el 356. Se caracteriza por presentar una *cognitio* judicial

amplia, con una serie de trámites que permiten llegar al fondo del asunto a través de un amplio uso del material probatorio que se establece en la Ley.

El artículo 223 fija los asuntos que por razón de la materia deben ser ventilados en este tipo de proceso. Este precepto se compone de tres apartados, pero de ellos sólo dos nos son útiles en aras de la protección del derecho objeto de análisis. El apartado 1 manda: “podrán ser conocidas en proceso ordinario las demandas de contenido económico en que la cuantía de lo reclamado o el valor de los bienes sobre los que se litigue excedan de diez mil pesos o sea indeterminable”. Con respecto a lo que dispone, nos remitimos a lo dicho anteriormente con relación al apartado uno del artículo 358, por ser de aplicación y por ser la única variación en lo concerniente a la cuantía. A contrario *sensu*, sí amerita analizar detenidamente el apartado 3, en el cual se establece: “podrán ser conocidas en proceso ordinario las demandas para la decisión de las cuales la ley no establezca otro procedimiento”.

Esta es una norma residual, que no es exclusiva del ordenamiento cubano, sino que se hace común en muchos de los ordenamientos procesales extranjeros,¹⁷ como mecanismo para evitar el casuismo, o la proliferación de procesos especiales en la norma según casos presentados o derechos existan, además de ser una forma abstracta de dar respuesta a la riqueza de la vida jurídica de cualquier sociedad.

Este precepto general permite tramitar cualquier asunto que atente contra el derecho de disposición sobre el cadáver; ya que éste, como especie de los derechos personalísimos, carece de trámite especial en la norma. Estamos ante el único precepto que da entrada plena, sin discusión, a las demandas que versen sobre bienes y derechos de naturaleza no pecuniaria. A través de este proceso, se puede encausar el arsenal de acciones en sentido concreto que propone la ley sustantiva como medios de tutela a los derechos no patrimoniales. Esto es importante pues se puede acceder a la contienda judicial y salir de ella con una sentencia favorable.

Además, al ser un proceso de *cognitio* judicial amplia, las partes pueden instrumentar diferentes posibilidades de defensa, y el fallo se acerca más a la verdad material y a la justicia. Empero, como hemos acentuado anteriormente, somos partidarios de que se le otorgue una respuesta ágil a la lesión de esta particular situación jurídica de poder. Al mismo tiempo, tanto reconocemos las ventajas de este proceso como vemos sus principales inconvenientes.

Luego, hay una cuestión que a nuestro juicio no hace idóneo este proceso para tutelar este derecho, a la cual vemos como principal debilidad y como

¹⁷ V. gr. cfr. Código Procesal de Venezuela, artículo 338; Código Procesal de Colombia, artículo 396.

causa que debilita su protección efectiva. Ello se refiere a su excesiva duración y a la imposibilidad de determinar otro proceso acorde con la gravedad de la situación que se presente y la necesidad de otorgarle una respuesta rápida.

Nos encontramos ante una debilidad de peso, que no está dada por la simple correspondencia entre dos normas, sino por la necesidad de brindar una respuesta ágil, que ofrezca una tutela eficaz a este derecho. Se trata de un derecho cuya lesión afecta a un bien inestimable económicamente, que tiene un sustrato moral, espiritual, que atiende a los sentimientos, el dolor, la psiquis humana, la memoria pretérita del finado y que acontece en un momento en que su titular ha fallecido. *Ergo*, el transcurso del tiempo puede agravar, traer consigo consecuencias mucho peores que los beneficios pretendidos con el proceso ordinario, con el perjuicio que ello puede acarrear. Por eso, la respuesta debe ser rauda, pertinente, y eficaz materialmente.

El proceso ordinario goza de una *cognitio* amplia, relacionada con los diferentes trámites que prevé, así como con respecto a su duración. Esta permanencia, en condiciones normales, sería de tres meses, aproximadamente, teniendo en cuenta los términos de contestación, réplica, dúplica, reconvencción, presentación y práctica de pruebas, concluso para sentencia, por sólo citar los más importantes. Esto, por supuesto, con independencia de que los recursos interrumpen la ejecución, salvo que se pueda causar un perjuicio irreparable al beneficiado con la sentencia y éste otorgue fianza.¹⁸ Por consiguiente, el factor tiempo constituye un peligro innegable. A modo de ilustración, podemos citar los ejemplos siguientes.

En torno al ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver, se pueden suscitar diversos conflictos. Ante la muerte de la persona natural y habiendo manifestado su voluntad en vida con respecto a la suerte de su cadáver o sus partes, corresponde al cónyuge o a los familiares, según el vínculo de parentesco, ejecutar esa voluntad. Pero en el cumplimiento de esa voluntad pueden suscitarse discrepancias de mejores derechos; y si la norma no es clara, como en nuestro caso, la posibilidad de solución extrajudicial se hace más difícil. Igual conflicto se puede originar ante la ausencia de manifestación de voluntad en vida del finado.

Al ser el proceso ordinario el único que permite la protección de este derecho, nos veríamos obligados a transitar por toda su tramitación para obtener un pronunciamiento que dirima la litis. En lo que atiende al derecho de disposición sobre el cadáver, no parece ser viable, toda vez que el proceso sería inútil, ante conflictos de mejor derecho por determinar el lugar del entierro,

¹⁸ Así lo establece el artículo 606 de la Ley Ritual.

la realización o no de exequias, la cremación o la inhumación, la dación de órganos y tejidos para salvar vidas humanas, la práctica o no de autopsia, entre otras posibles situaciones.

Aquí, el factor tiempo es implacable, pues se necesitaría de instituciones que brindaran el servicio de conservación con capacidad suficiente para hacer frente a la demanda de la población en lo que se sustancia el proceso. En nuestro país, las funerarias que ofertan este servicio no son muchas, no tienen cabida de conservación para hacer frente a la demanda que se pudiera presentar y, por otro lado, le resultaría en extremo oneroso a la persona pagar por ese servicio durante el tiempo que dure el proceso, dadas las altas tarifas. Ello obligaría a la familia a manifestarse en uno u otro sentido con la correspondiente vulneración del derecho ejercido y del daño que puede encerrar a la memoria pretérita del difunto. Ello demuestra insuficiente protección a este tipo especial de derechos personalísimos y deja sin solución un posible conflicto.

En el caso de la dación de órganos y tejidos para salvar vidas humanas, que sería el supuesto más extremo, estaríamos ante un impedimento tanto desde el punto de vista médico como jurídico. Desde el punto de vista médico por el elemento tiempo y lo perentorio de tal proceder; desde el jurídico, porque la sentencia sería ineficaz, toda vez que el impedimento médico es determinante, y porque se mostraría frustrado el derecho personalísimo ejercido por el difunto.

Por último, otro elemento que conspira contra la eficacia de la norma procesal en esta sede es su rigidez, pues no da posibilidad al juez de arbitrar y valorar la urgencia de los casos, pudiendo determinar tramitarlos por uno u otro proceso, según sea la premura. La doctrina procesal moderna señala esto como una deficiencia, y algunos códigos procesales lo han regulado. La técnica consiste en establecer diferentes procesos modelos, con diferente amplitud de la *cognitio*, y permitir al juez determinar cual utilizar ante la urgencia del caso que se presenta.

En nuestra opinión, ésta constituye una solución revolucionaria que pudiera coadyuvar, de implementarse en nuestra legislación, a una tutela más efectiva de este derecho. Con ello se buscaría que la sentencia no sea ineficaz, ni provoque un perjuicio mayor que el beneficio que debe propiciar. Con ello, también se procuraría una mayor flexibilidad de la norma, al mismo tiempo que se evitaría la multiplicidad de procesos especiales, manteniendo la abstracción del cuerpo legal.

A pesar de que los procesos rápidos, atendiendo a su posibilidad de conocimiento más reducido, puedan atentar contra la verdad material y contra un fallo certero, y ocasionar con ello un perjuicio al demandado inocente, estimamos que es un riesgo que debemos correr en pos de una tutela más

efectiva del derecho de disposición sobre el cadáver, y por consiguiente de la dignidad humana.

Todo lo referente a la utilización de medidas cautelares en los diferentes procesos, como mecanismo que garantice la ejecución de la sentencia que en su día se dicte, goza de gran aceptación por la doctrina y es regulado en los diferentes cuerpos procesales civiles foráneos.¹⁹ Ante la existencia de procesos largos y el peligro de la ineficacia de la sentencia, se instrumentan medidas que, con anterioridad o posterioridad al proceso, y cumpliendo con determinados requisitos, tienden a asegurar su objeto y el fallo que en su día se dicte.

Como puede apreciarse, aquí se mezclan varias cuestiones de índole procesal: la existencia de un proceso largo, como el ordinario (que tutela el derecho de disposición sobre el cadáver), la necesidad de respuesta rápida ante violaciones a este derecho, la pertinencia de adoptar medidas cautelares como mecanismo de solución rápida ante la demora y la posibilidad de que la Ley Procesal instrumente esas medidas. Ahora bien, ¿cuál es la percepción del fenómeno desde la óptica del derecho positivo cubano?

En el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, se regula lo referente a los actos preparatorios del proceso de conocimiento. Con respecto a ello, debemos dejar apuntado que no constituyen medidas cautelares, sino diligencias de prueba en aras de que la decisión que en su momento se tome sea eficaz.²⁰ Se solicitan antes de iniciado el proceso. Si bien pudieran ser empleadas en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver, sería en cuanto al hecho de asegurar la prueba, pero no como medida cautelar.

Con la promulgación del Decreto Ley 241 de fecha 27 de septiembre de 2006, que modificó la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, al incorporar el procedimiento económico, se acompañó un catálogo de medidas cautelares basto y flexible, que permitía, antes o durante la sustanciación del proceso, la adopción de alguna de ellas. Empero, si bien resultó muy positivo, era criticable su inclusión en la parte económica, sin posibilidades de irradiar a otras áreas del texto legal. Al no existir un precepto que lo dispusiera, se cercenaba la posibilidad de que el proceso civil se beneficiara de ellas. Hubiera sido más beneficioso para los procesos colocar ese catálogo de medidas cautelares con carácter general, como sucede en muchas

¹⁹ V. gr. Cfr. El Código Procesal Civil de Uruguay artículos 311, 312, 316 y 317. También el Código Procesal Civil de Argentina trata este tema en sus artículos 195, 204 y 232. Es dable señalar que ambos cuerpos legales emplean un criterio flexible en esta sede.

²⁰ Éste, en su apartado 5, expresa: "antes de iniciarse el proceso el promovente podrá solicitar cualquier otra diligencia de prueba sin cuya práctica urgente pudiera originarse un perjuicio cierto al que la interese".

legislaciones. En lo que respectaba al proceso civil, le habría permitido dar respuesta a muchos problemas prácticos, como la protección de los derechos personalísimos y del derecho de disposición sobre el cadáver.

La práctica judicial demostró lo acertado y beneficioso que resultaba para los justiciables la aplicación de estas medidas cautelares en sede económica y posteriormente en sede familiar, cobrando fuerza la idea de los beneficios que podría acarrear su implementación en sede civil. Esta necesidad trajo como consecuencia que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular aprobara la Instrucción número 191, del 14 de abril del 2009, y posteriormente la Instrucción 217, del 17 de julio del 2012, las cuales hacían extensivas las regulaciones contenidas en la cuarta parte, capítulo x, artículos 799 al 810, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo referido al embargo de bienes y otras medidas cautelares, al ámbito civil en aquello que fuera pertinente y con vistas a asegurar el fallo.

Ello sin lugar a dudas tributa a una tutela más efectiva ante lesiones a la situación jurídica de poder que sobre el cadáver ostentan determinadas personas. Es apropiado señalar que hay determinadas medidas de esta naturaleza, que al ser de aplicación al proceso civil son muy útiles en la protección de este derecho. Verbigracia, el artículo 803, en su inciso *f*, prevé la posibilidad de pedir: “la suspensión o la abstención de actividad o conducta determinada”, para facilitar el ejercicio de acciones preventivas como la de *remozione* y la inhibitoria,²¹ que a pesar de que nuestra norma no las recoge en el campo sustantivo, al estar previstas, se pudieran instar desde la propia norma procesal. Por el contrario, si pudiera ser de aplicación la acción prevista en el artículo 38, inciso *a*, del Código Civil, se lograría una verdadera implementación práctica de ella, y no sería necesario esperar al final del proceso para detener una acción dañosa que se reitera en el tiempo.

Por otra parte, tenemos también la medida regulada en el inciso *b* del artículo 803, que posibilita el secuestro de los bienes en litigio, y que, en nuestra opinión, también podría ser utilizada en la protección del derecho de disposición sobre el cadáver. Ella pudiera ser solicitada en litigios sobre atentados a la imagen del cadáver y daños a la memoria pretérita, cuando existan publicaciones cuya distribución esté causando un daño o sencillamente para impedir que desaparezcan en el momento en que se dicte la sentencia disponiendo su destrucción.

²¹ Aquí, podemos pensar en una petición encaminada a que no se proceda a realizar una autopsia prevista o se detenga la que se está realizando, cuando el difunto o la familia son contrarios a esta práctica y deciden tutelar la integridad física del cadáver. Debe probarse en el proceso si realmente estamos ante una necropsia catalogada como obligatoria por nuestras normas o debe prevalecer el interés del difunto o los familiares, pero evitando lesionar el derecho o deteniendo su violación.

Por último, tenemos la prevista en el inciso *g* del artículo 803, que en sí misma no es una medida cautelar, sino la posibilidad de instar cualesquier otras medidas cautelares que puedan garantizar la eficacia del proceso, cuestión que permite dar respuesta a la riqueza de la vida de nuestra sociedad y a la variedad de situaciones conflictivas que se presenten. En sede de derecho de disposición sobre el cadáver, resulta de un valor inestimable, pues puede usarse para disponer la conservación del cadáver en tanto y en cuanto se sustancia el proceso por reclamaciones de mejor derecho y dar así solución ante la deficiente capacidad de congelación que existe en las funerarias que brindan el servicio y los altos costos de los mismos. De esta forma, el ciudadano puede acceder a las instituciones de salud, donde la atención médica es gratuita y existe capacidad de congelación, dado que no es posible este acceso de otra forma.²²

La presencia de medidas de esta naturaleza en el ámbito civil contribuyen a una mejor tutela del derecho de disposición sobre el cadáver mediante la utilización del proceso ordinario, mitigando en cierta medida su excesiva duración acorde con la naturaleza y particularidades de este derecho. No podemos perder de vista el dolor en que se encuentran inmersos los familiares, lo vulnerables que resultan en este momento, el peligro que representa desde el punto de vista psicológico la prolongación del duelo y cómo afecta ello a la protección del derecho, con vistas a que los dolientes prefieran no optar por la tutela judicial, desistan de ejecutar la última voluntad del finado o renuncien a los derechos que como familiares ostentan.

4. El *ars notariae* en función del derecho de disposición sobre el cadáver

Ahora analizaremos la importancia del ejercicio de la función notarial como medio útil, a fin de lograr una realización más plena del derecho de disposición sobre el cadáver. Ésta servirá de higiene a la dispersión normativa y deficiente regulación y protección que sobre éste existe en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal civil. A la par, tocaremos las principales problemáticas que presenta la actuación notarial en esta sede y propondremos algunas soluciones que, desde la práctica del *ars notariae*, pueden brindar luz en este laberinto jurídico.

²² También debemos tener presente la realidad que vive nuestro país, pues una parte importante de nuestros ciudadanos residen en el extranjero, ya sea de forma definitiva, por cuestiones de trabajo u otros motivos personales, y tienen derecho a disponer del cadáver de su familiar o ejecutar su última voluntad y defenderla, y se ven imposibilitados de concurrir en el preciso instante de la muerte. Al no existir capacidad de congelación, muchos de estos derechos se verían frustrados o vulnerados si no se hiciera uso de esa medida cautelar.

4.1 *Tipo de instrumento público que autorizaría el notario*

Corresponde analizar primeramente qué documento puede autorizar el notario ante una solicitud de este tipo. La Ley de las Notarías Estatales deja claro que la escritura pública es el medio idóneo para plasmar actos jurídicos. Acorde con lo establecido en el artículo 49 apartado 1 del código civil cubano, los actos jurídicos son manifestaciones lícitas de voluntad mediante las cuales se constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas, incluyéndose dentro de esta categoría general a la más específica de negocio jurídico.

Cuando la persona ejercita en vida el derecho objeto del presente estudio, está configurando un negocio jurídico, pues manifiesta una voluntad lícita con respecto a la disposición de su cadáver y de sus partes, reglamentando la relación jurídica que va a cobrar virtualidad a causa de su muerte. Configura con ello, dentro de los límites que establece la ley, cuál será su contenido; por lo tanto, el lugar más propicio para acogerla debe ser en una escritura pública.

A lo anterior se une entonces la labor calificadora que está obligado a realizar el notario. Debe reflexionarse sobre el *nomen iuris* que debería llevar el instrumento público, o si estos actos deberían acompañar inexorablemente al negocio testamentario. En aras de ofrecer claridad al asunto, debe quedar acotado, *prima facie*, que las escrituras públicas, como tipo particular de instrumento público, no tienen una naturaleza especial (*inter vivos* o *mortis causa*); sino que sólo constituyen el medio o vehículo formal en el cual, ya sea por su forma de ser o de valer, queda plasmada una u otra voluntad. Por tanto, no es la escritura, sino el negocio jurídico contenido en ella el que le impregna la especial naturaleza y por consiguiente lleva a que tenga una u otra denominación.

Precisamos tener claro que el testamento no es el único negocio jurídico *mortis causa* que existe, si bien es uno de gran relevancia. La categoría de negocios jurídicos *mortis causa* tiene carácter general; se caracteriza por poseer como elemento causal-funcional o desencadenante de sus efectos jurídicos a la muerte. Dentro del rubro de actos *mortis causa*, los de última voluntad constituyen un subtipo; se caracterizan por contener la última voluntad de una persona en el momento que se realiza, pero, siendo esta ambulatoria, los impregna de un marcado carácter revocable *ad nutum*.

El derecho de disposición sobre el cadáver se configura como un negocio jurídico *mortis causa* y de última voluntad, e irradia a la escritura pública que lo acoja de esa especial dualidad. Por lo tanto, no resulta necesario que se acompañe de otro negocio (como es el testamento), pues él se basta por sí solo.

Lo anterior nos permite concluir que el ejercicio de este derecho pudiera estar contenido en un testamento, como parte de su contenido atípico (debe-

mos recordar que el testamento es el negocio jurídico mortis causa de carácter patrimonial por excelencia),²³ o estar circunscrito a una escritura independiente, la cual recibirá el calificativo que más guste al notario, que en definitiva es su autor.²⁴

De igual forma, no se requeriría en el plano formal de los testigos instrumentales, pues ellos constituyen una formalidad propia del acto testamentario, y el que analizamos es un negocio distinto, de carácter personal puro, acorde con una de las particulares relaciones jurídicas objeto del derecho civil.

En sede de advertencias legales, si bien ambos negocios compartirían la que se refiere al carácter revocable, se alejarían al ser necesario consignar en sede de derecho de disposición sobre el cadáver aquellas que le son propias y que se relacionan con los límites que establecen la ley, las buenas costumbres, la salud pública y la moral.

4.2 *Contenido del instrumento*

En este momento reflexionaremos sobre cuál debería ser el contenido del instrumento público que recoja este acto, dígase testamento u otro acto. En la escritura pública por utilizar cabría consignar todo aquello relacionado con la disposición del cadáver y de sus partes, quiénes pueden disponer o ejecutar esa voluntad y qué advertencias legales deben quedar consignadas.

El notario deberá tener en cuenta, en primer lugar, que la parte dispositiva de la escritura contenga, de forma clara y sin ambigüedades, cuál es el deseo del otorgante con respecto al destino final de su cadáver (piénsese en la inhumación, cremación, dación para fines científicos, renuncia a las exequias, entre otros), pronunciamientos en cuanto a la integridad física del cadáver (si quiere ser embalsamado, si prohíbe la autopsia), al igual que con respecto a la dación de órganos y tejidos, ya sea para salvar vidas humanas o para investigación.

Otra cláusula de la escritura y a continuación de las anteriores debe estar destinada a los pronunciamientos con respecto a quiénes van a ser las personas legitimadas para ejecutar esa voluntad y protegerla. Debemos tener en cuenta que las normas en esta materia son dispositivas, al igual que los órdenes de suceder, y dado que no existe precepto ordenador al respecto, y en virtud de la autonomía de la voluntad, debe prevalecer la voluntad de la persona. En consecuencia, la persona podrá determinar quién o quiénes

²³ En relación con los caracteres del testamento véase RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ. *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 90-96.

²⁴ Aquí se manifiesta el principio de autoría y redacción, el cual se encuentra acogido en el artículo 13 de la Ley de las Notarías Estatales y en los artículos 39, 40, 63 y 80 de su reglamento.

pueden ejecutar sus deseos y quiénes van a tutelarlos. Igualmente, puede prohibir que tal o cual familiar sea el que ejecute esa voluntad, o que no esté presente en el lugar de las exequias. También podría dar directrices en cuanto a designar sustitutos ante imposibilidad o negativa de la persona designada o nombrar albacea.

Es oportuno dejar claro que en esta sede no necesariamente coinciden los términos herederos, familiares y sujetos legitimados. Ello se debe a distintas razones: en primer lugar, impera la autonomía de la voluntad y las normas dispositivas; en segundo, los herederos no son necesariamente los familiares del finado, pues pueden ser herederos vía testamento personas no familiares (igualmente, el causante puede excluir a los familiares y designar a un amigo). Los llamamientos sucesorios *ab intestato* podrían ser una guía, pero no necesariamente deben ser iguales, puesto que responden a otros criterios de conformación (piénsese en el primer llamado con los hijos, la viuda y los padres con especial protección).

En igual sentido, el derecho que nace en los familiares tiene lugar a falta de pronunciamiento expreso del finado, por lo que un pronunciamiento en contra valdría para excluirlos y no legitimarlos, por tal condición y no por ser llamados y aceptar la herencia. Así, tanto en la herencia testada como en la intestada, el incapaz para suceder por abandono definitivo del país, como el que renuncia, podrían disponer del cadáver de su familiar. Además, pueden existir sujetos legitimados a falta de los familiares, como el Estado a través de sus respectivas instituciones de salud.

Por último, cabe referirnos al contenido del instrumento público, al otorgamiento, y en especial a las advertencias legales que deben estar consignadas en él. Una de ellas sería la del carácter revocatorio del acto al ser una manifestación de última voluntad. Otra posible advertencia estaría relacionada con los límites de salud pública, buenas costumbres y moral que inciden en esta sede. Entre ellos, pudiera pensarse en la advertencia de que si en un futuro pensara disponer la cremación y prohíbe en la escritura la práctica de necropsia, en aras de tutelar la integridad física de su cadáver, no siempre será eficaz tal pronunciamiento, pues la norma exige que previo a la cremación se practique el reconocimiento o la necropsia, tutelando con ello un interés superior.²⁵ También se le podría advertir a la persona sobre los límites que para inhumaciones establecen los artículos 60, 61 y 62 del citado reglamento.²⁶

²⁵ En el artículo 43 del Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos se establece: "Para autorizar la cremación de un cadáver, se requiere: [...] haberse realizado el reconocimiento o la necropsia correspondiente".

²⁶ Artículo 60. "Las administraciones de los cementerios no podrán autorizar la inhumación de cadáveres sin previa presentación de la licencia de enterramiento por el funcionario del servicio funerario correspondiente."

Siguiendo la línea argumental utilizada hasta el momento, cabría también la advertencia legal de que la persona debe exteriorizar su voluntad amén de contar con un instrumento público, pues si ésta no se conoce oportunamente y los legitimados desconocen que lo son e ignoran la existencia del documento, puede verse dañada la memoria pretérita y el ejercicio eficaz del derecho. Recuérdese que se trata de situaciones perentorias, que prima la libertad de formas y que lo importante es tutelar la memoria pretérita y el desenvolvimiento pleno del derecho.

4.3 Aciertos e importancia de la actuación notarial en sede de derecho de disposición sobre el cadáver

Prima facie, y sin lugar a dudas, el notario desempeña un rol de trascendental importancia en el ejercicio de este derecho. El fedatario realiza funciones principales y conexas. Como funciones principales se encuentran la fedante y la de preconstitución de prueba; entre las conexas, las de asesoramiento, consejo e higiene preventiva. El conjunto de estas funciones permite dar una tutela efectiva al ejercicio de este derecho y paliar las deficiencias en el orden sustantivo y procesal; empero, es menester analizar el peso de estas funciones acorde con la naturaleza jurídica de este derecho, los principios que lo rigen y su regulación particular.

Recordemos, que en esta sede prima el principio de la libertad de formas, la autonomía de la voluntad y el carácter dispositivo de sus normas. De ahí que la persona busque la escritura pública como forma de valer, a fin de crear una prueba donde quede plasmada esa voluntad y se pueda acreditar frente a terceros y ante posibles conflictos. Empero, al primar el consensualismo, bastaría con el dicho de los familiares para ejecutar y tutelar la voluntad del finado, quedando la escritura en reserva para su probanza ante el funcionario que ponga impedimentos, ante discrepancias entre los legitimados o de guía a los jueces a fin de adoptar una medida cautelar o brindar solución a la contienda acorde con la memoria del fallecido y con su última voluntad.

Artículo 61. "Las inhumaciones de los cadáveres se realizarán dentro de las veinticuatro horas posteriores al fallecimiento si se hubiera practicado la necropsia y después a las seis horas y antes de las veinticuatro de ocurrido el fallecimiento si no se hubiere practicado la misma."

Artículo 62. "La autoridad sanitaria correspondiente podrá ordenar al administrador del cementerio la suspensión de la inhumación de un cadáver si sospechara que la causa de muerte es una enfermedad trasmisible o cuarentenable y no se le hubiere realizado la necropsia correspondiente, indicando entonces la misma."

Es importante resaltar que el mínimo de seis horas que se establece en el artículo 61 se encuentra desfasado en relación con el desarrollo de la ciencia y la tecnología aplicado a la medicina; así como en relación con lo que establece la Resolución número 90 de 2001 del ministro de Salud Pública sobre los criterios para el diagnóstico y certificación de la muerte en Cuba.

Este razonamiento nos obliga a detenernos en las funciones conexas y en la importancia que revisten para el ejercicio de este derecho. El notario, como profesor de los que solicitan su ministerio y como asesor imparcial, puede brindarles toda la información que necesitan con respecto a las posibilidades de actuación que éste encierra (qué pueden hacer, quiénes pueden ejecutar esa voluntad, cómo proceder ante conflictos o prevenirlos y qué advertencias legales deben estar presentes). En el mismo sentido, si el otorgante lo solicita, puede aconsejarlo sobre cuál es el camino más adecuado para materializar sus deseos, y qué previsiones puede contener el instrumento para que no sea una voluntad contenida en letra muerta.

En este momento previo, el notario es pieza clave. Debe jugar un papel proactivo, pues de ello depende en gran medida que el derecho se desarrolle en la normalidad. A esto se une la función de saneamiento e higiene preventiva que realiza este funcionario y que va a estar dada específicamente por la posibilidad de llenar las lagunas y la deficiente regulación de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, máxime cuando no contamos con preceptos que sirvan de guía para establecer quiénes son los sujetos legitimados para ejercitarlo y cómo proceder ante falta de acuerdo y, por otro lado, el hecho no menos importante de no contar con un proceso expedito para solicitar tutela jurídica, acorde con el carácter perentorio de las situaciones jurídicas que se presentan (dación de órganos, necesidad de conservación hasta que se termine la litis), quedando todo a merced del proceso ordinario que en condiciones normales puede tener una duración aproximada de tres meses. A ello se unen los gastos de sostenimiento de los órganos para el Estado o lo costoso que resulta para la familia mantener congelado el cadáver, salvo que se haga uso de las medidas cautelares analizadas *supra*. No obstante, siempre es deseable no llegar a ese extremo.

Ello obliga a los notarios, en aras de higienizar y evitar que se llegue hasta ese punto, a asesorar a la persona, específicamente en lo que toca a la designación de ejecutores de su voluntad, nombramiento de sustitutos, así como reglas para prevenir posibles conflictos a la hora de cumplir esa última voluntad.

Lo expuesto hasta aquí nos permite decir que en el juego de las funciones notariales, al menos en esta sede, prevalecen más las de carácter conexo, principalmente por la misión de higiene preventiva que desarrolla el notario. Ello sin demeritar su función principal, que quedará relegada al momento de la contienda o de los obstáculos y que, al contar con un contenido bien conformado, fruto cabal del ejercicio de las funciones conexas, será un instrumento blindado que coadyuve a llenar las deficiencias que al respecto padece nuestro ordenamiento.

Sin lugar a dudas, la importancia de la función notarial en este aspecto particular está dada por la alta labor sociojurídica que está llamado a realizar, por la trascendental función social que desempeña, brindando seguridad jurídica, completando las lagunas del ordenamiento, y permitiendo que el derecho civil se desarrolle en la normalidad.

En nuestros días es cada vez más común encontrarnos con la disposición del cadáver vía testamento, en especial lo referente a la cremación y al destino de las cenizas. Ello se debe a razones de distinta índole, unas técnicas y otras personales y sociales. En primer lugar, pudiéramos citar que el testamento es el negocio jurídico *mortis causa* y de última voluntad por excelencia. En segundo, podemos decir que en el testamento, si bien tiene un marcado carácter patrimonial, también es posible recoger contenidos atípicos y que están caracterizados por ser disposiciones no patrimoniales. En tercero, podemos argumentar que resulta lógico que al otorgar testamento la persona piense en su muerte, en que su existencia es finita y que puede pronunciarse sobre el destino final de su cadáver y sus partes.

Ergo, si bien ello aparenta mayor seguridad y garantías en el ejercicio de este derecho, no está exento de inconvenientes. Plasmar la última voluntad con respecto al cadáver y a sus partes vía testamento puede encerrar algunos tropiezos. Entre ellos podemos citar el carácter secreto de las cláusulas testamentarias, cuyo contenido no se conoce hasta después de la muerte del testador, quien es el único legitimado en vida para pedir copias del instrumento. A ello se une la necesidad de contar en Cuba con la certificación de actos de última voluntad a fin de determinar si es el último testamento. También podemos reflexionar hasta qué punto se pudiera ver frustrado el fin contenido en él si existe un testamento posterior que revoca al anterior y no se pronuncia sobre la pervivencia de este particular.

Otro problema relacionado con el anterior sería la oportunidad en que se conozca el contenido del testamento y que se pueda ver dañada la memoria pretérita del finado y su última voluntad. Es común que el testador concorra sólo ante el notario; así, el legitimado no tiene medios para conocer si existió o no pronunciamiento al respecto. Igualmente, no resulta común en nuestro país revisar el testamento al momento de fallecer la persona para buscar indicaciones con respecto a este asunto; las personas más bien se guían por la costumbre de inhumar, por la moda de cremar o por la voluntad del causante expresada oralmente a sus familiares.

Es importante señalar que en esta sede existe en nuestro país una gran incultura jurídica sobre el tema, tanto en la población como entre los funcionarios que intervienen. Piénsese en lo importante que resulta que no se conozca

oportunamente la última voluntad del finado en una u otra dirección, que si su designio era ser inhumado y su familia lo cremó, por desconocimiento del testamento, constituiría un daño a la memoria pretérita irreversible.

Lo anterior no quiere decir que desechemos el testamento como vehículo útil para plasmar esta voluntad; amén de que defendamos que no es una institución conexas al testamento y que por ende tiene vida propia y puede constar en escritura pública distinta. En este momento deben desarrollarse las funciones conexas del notario, pues es el instante propicio para que la persona reflexione sobre su muerte y su cadáver, y ahí el notario tiene que jugar una labor proactiva. Además, podemos esgrimir como paliativo a las deficiencias o flaquezas planteadas, que se utilice como advertencia legal que el testador debe informar a los legitimados para ello cuáles son sus deseos en este sentido, pues, primando la libertad de formas, basta con que los designados manifiesten esa voluntad para que se pueda cumplir. Así, el testamento queda con un valor residual en este ámbito.

Valor residual en el sentido de que los legitimados sabrían que cuentan con un documento blindado, tanto por la función principal de dación de fe y pre-constitución de prueba, como por las funciones conexas y que podrán utilizar ante estorbos y para prever o solucionar posibles litis y que igualmente podrá servir de guía al juez que conozca el asunto, para así respetar cabalmente la memoria pretérita del finado y cumplir su última voluntad.

5. A modo de cierre

El derecho de disposición sobre el cadáver se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, dado que se reconoce la mayoría de las posibilidades de actuación que contiene. Sin embargo, la deficiente técnica jurídica empleada por el legislador, así como la dispersión normativa imperante, y la insuficiente protección que se le brinda en el orden sustantivo y procesal civil, hacen del notario la figura clave a la hora de contribuir, a partir de la importante misión sociojurídica que realiza en situación de normalidad, a sanear las problemáticas antes de que se puedan presentar, posibilitando una realización más plena del derecho objeto de estudio, en consonancia con el respeto a la última voluntad del finado y a su memoria pretérita.

No debemos ver sólo la protección a los derechos como la posibilidad de reclamar ante las violaciones o lesiones a los mismos, sino de que estos se desarrollen en situación de paz y cumplan su cometido. Cuando las legislaciones son débiles en ello, el profesional del derecho, el estudioso y el operador jurídico en general deben ser creativos y buscar los mecanismos que permitan

aminorar esas imperfecciones, en tanto no ocurra una modificación legislativa. En la materia que nos ocupa, el *ars notariae* se erige como un pilar clave, profiláctico, que contribuye a higienizar el derecho y evitar o disminuir los litigios, brindando seguridad jurídica y tutela al ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver.

Las anteriores líneas buscan reflexionar sobre estas cuestiones en aras de inquirir posibles modificaciones legislativas, pero sin desconocer que aun cuando la norma sea la ideal, no puede ser suplantada la labor asesora y de higiene preventiva que realiza el notario como maestro y guía de aquellos que solicitan su ministerio en un ámbito de concordia; además de coadyuvar a construir una cultura jurídica en los ciudadanos que solicitan su actuación.