

**“BARAJAR Y
DAR DE NUEVO”:**

**trabajos sobre temas de derecho,
de sociología y de historia jurídicas,
dedicados a la Profesora Dra. Andrea Gaston**

COORDINADORES:

Wilson Alves de Souza | Ricardo Rabinovich-Berkman

AUTORES:

-
- Ana Claudia Moreira Miguel Philippini
 - Andrés Pérez Velasco
 - Carlos Magno Santos Clemente
 - Célia Teresinha Manzan
 - Deborah Marques Pereira
 - Fabiane Aparecida Santos Clemente
 - Gláucia Maria Teodoro Reis
 - Hugo Alexander Garcés Garcés
 - Ivo José Kunzler
 - Janice Amóras Monteiro
 - Jaqueline Proença Larréa Mees
 - Juan Sebastián A. Perilla Granados
 - Kleber David Siguencia Suárez
 - Lisane Carvalho de Melo Costa Pinto
 - Marcelo Lessa da Silva
 - Marcia Rabelo
 - Maria Gabriela de Assis Souza
 - Marta Biagi
 - Messias de Moraes Junior
 - Nildes Carvalho da Silva
 - Pablo Agustín Zambrano Albuja
 - Rafaela Azevedo Dourado
 - Ricardo Rabinovich-Berkman
 - Rosely Aparecida Stefanés Pacheco
 - Tânia Mota de Oliveira
 - Vanessa Chaves de Jesus de Moraes
 - Wagner Ribeiro Rodrigues
 - Wilson Alves de Souza

**“BARAJAR Y
DAR DE NUEVO”:**
trabajos sobre temas de derecho,
de sociología y de historia jurídicas,
dedicados a la Profesora Dra. Andrea Gastron

Editora  **DOIS DE JULHO**

Salvador, Bahia, Brasil

2016

Direitos autorais:

Reservados, segundo legislação em vigor, à Editora Dois de Julho.

Capa:

- Valnei Mota Alves de Souza.

Diagramação eletrônica:

- Couto Coelho – coutovsk@yahoo.com.br

Editora Dois de Julho

- www.editoradoisdejulho.com.br

Conselho Editorial

- Antonio Adonias Aguiar Bastos (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Andrea Gastron (Universidade de Buenos Aires – Argentina)
- Antonio Gid (Syracuse University – EUA)
- Camilo de Oliveira Carvalho (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Carlos Ramos Núñez (Pontificia Universidade Católica do Peru – Peru)
- Cynthia de Araújo Lima Lopes (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Diego M. Papayannis (Universidade de Girona – Espanha)
- Fábio Periandro de Almeida Hirsch (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Georges Louis Hage Humbert (UNIJORGE – BRASIL)
- João Glicério de Oliveira Filho (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- João Marinho da Costa (Universidade Católica do Salvador – Brasil)
- Johnson Barbosa Nogueira (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Juliana Pinheiro Damasceno e Santos (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Luiz Antonio dos Santos Bezerra (Universidade Estadual Santa Cruz – Brasil)
- Maria José Oliveira Capelo Pinto de Resende (Universidade de Coimbra – Portugal)
- Marta Biagi (Universidade de Buenos Aires – Argentina)
- Paulo César Santos Bezerra (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Ricardo Rabinovich-Berkman (Universidade de Buenos Aires – Argentina)
- Vallisney de Souza Oliveira (Universidade de Brasília – Brasil)
- Valnei Mota Alves de Souza (Instituto Baiano de Pesquisa e Estudos Jurídicos – Brasil)
- Wagner Mota Alves de Souza (Instituto Baiano de Pesquisa e Estudos Jurídicos – Brasil)
- Wilson Alves de Souza (Universidade Federal da Bahia – Brasil) – Presidente.

B224 “Barajar y dar de nuevo”: trabajos sobre temas de derecho, de sociología y de historia jurídicas, dedicados a la Profesora Dra. Andrea Gastron / coordenadores: Wilson Alves de Souza y Ricardo Rabinovich-Berkman – Salvador: Ed. Dois de Julho, 2016.
472 p.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-65057-37-0

1. Direito. 2. Direitos humanos. 3. Sociologia jurídica. 4. Direito fundamentais. 5. Direitos dos animais. 6. Gênero. 7. Gastron, Andrea – Homenagem. I. Souza, Wilson Alves de, II. Rabinovich-Berkman, Ricardo, III. Título.

CDD: 340

**EL DERECHO SOBRE EL CADÁVER
EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA:
UN ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DESDE
LA ÓPTICA DEL REALISMO**

Hugo Alexander Garcés Garcés*

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo del derecho existen diferentes objetos de regulación cuyo contenido se amplia conforme varía la dinámica social; por ejemplo, la exploración de nuestro entorno y de nosotros mismos incrementa nuestro conocimiento y, en consecuencia, surge la necesidad de clasificar o nominar esas nuevas realidades dentro del mundo jurídico a fin de establecer los derechos u obligaciones de que puede ser objeto ese nuevo conocimiento. Como ejemplo podemos citar los descubrimientos científicos en temas de trasplantes, anticuerpos, genoma humano, o el derecho sobre el mismo cuerpo o sus partes desmembradas, entre otros, que la mayoría de las veces generan incertidumbres al pensar en los derechos que sobre ellos pueden recaer. Esta no pareciera una inquietud ordinaria, pero en la vida práctica lo es, el asunto es que no siempre conllevan a un estudio jurídico del tema. Dentro de este tipo de análisis surgen expectativas sobre la función social que deben cumplir los restos humanos o los cadáveres, o los derechos que le asisten a los familiares de una persona muerta sobre el cuerpo inerte de ese deudo o, inclusive, el derecho de una persona respecto de una parte amputada de su propio cuerpo. A lo largo de la historia existen diferentes ejemplos que prueban como no solo los cuerpos inertes han sido venerados, sino considerados un patrimonio sagrado y público, como es el caso de los cuerpos embalsamados de los antiguos egipcios, las momias incaicas

(*) Académico, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad del Cauca. Abogado de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Nacional de Colombia. Estudiante de los Cursos Intensivos para Doctorado que imparte la Universidad de Buenos Aires. Profesor ocasional tiempo completo de la Universidad del Cauca. Correspondencia: hggarces@unicauca.edu.co garces.abogado@hotmail.com

en Perú, los cuerpos de algunos santos y beatos y de líderes políticos como Lenin en Rusia, Evita Perón en la Argentina, en los últimos tiempos el de Kim Jong-il en Corea del Norte y el fallido intento por embalsamar al presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, entre otros, que generan inquietudes tanto por las implicaciones jurídicas como por hacer parte de una discusión sociológica, filosófica, religiosa y ética. Por medio de este análisis buscamos indagar, desde el punto de vista sociológico, una de las exiguas sentencias proferidas por la honorable Corte Constitucional de Colombia en materia de disposición del cadáver humano y derechos de los deudos sobre el mismo.

2. EL POSITIVISMO EN LAS REFORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

A diferencia de las cartas políticas que la precedieron, la Constitución Política del año 1991, entre muchas otras novedades, reconoce la diversidad de los pueblos que conforman nuestro Estado y en procura de tal fin establece la jurisdicción especial indígena como parte del sistema jurídico, pretendiendo con ello atender de algún modo la necesidad de acondicionar el ejercicio de la jurisdicción a todos los grupos y comunidades que integran la sociedad colombiana y mantener la presencia del Estado en lugares donde históricamente ha existido resistencia a la regulación positiva del derecho; podemos referirnos a este reconocimiento que hace la carta política como un esfuerzo por unificar el Estado. En palabras de Weber, y al referirse al objeto de la sociología, podemos ver que la inclusión y el reconocimiento de las costumbres y modos de los pueblos no es otra cosa que “la orientación de las conductas de los asociados hacia un orden que considera como válido” (TREVES, 1989) y que justifica las excepciones legales y constitucionales.

El reconocimiento a la jurisdicción especial indígena en principio se puede asimilar a un ejemplo de teoría institucional, pero realmente corresponde al proceder del Estado moderno, pues frente a la imposibilidad de la total eliminación de los grupos nativos americanos se recurre a “la absorción de los ordenamientos jurídicos por medio de un proceso que se podría llamar de *monopolización de la producción jurídica*”, en tanto que esa legislación especial solo tiene existencia jurídica si el Estado así lo reconoce. (BOBBIO, 1987: 8,9).

Con lo anterior, podemos entender cómo el predominio del positivismo jurídico se ha conservado a lo largo y ancho de nuestro sistema jurídico, pues de alguna forma, y muy a pesar de que la “Carta Magna” entró a reconocer las costumbres de grupos sociales minoritarios, se sigue manteniendo la premisa de que “*no existe otro Derecho que el positivo*” y que siendo que después de 1800 y

hasta la actualidad “*el Derecho deja de ser entendido como parte de un orden universal del ser, para ser concebido como una obra humana determinada por factores históricos reales*” (CONTRERAS, 2007), es plenamente justificable que se procure positivizar la mayor parte de las conductas como mecanismo para incrementar la sensación de seguridad jurídica.

3. EL DESARROLLO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO CRITERIO AUXILIAR DE LA JUSTICIA

Históricamente la dinámica del derecho en los estrados judiciales ha estado sometida a la labor del legislador, dejando relegada la aceptación abierta de la jurisprudencia como mecanismo de creación de derecho. La historia nos ha demostrado cómo el desarrollo del derecho ha estado soportado en la codificación de las leyes que se profieren regularmente y cada vez más especializadas. Asimismo, las constituciones han sido de alguna forma atemperadas a la tradición codificadora y sus disposiciones en relación con la administración de justicia lo afirman; para el caso de la Constitución Política de 1991, tomamos como referente lo preceptuado en el artículo 230 que reza: “*los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”, definiendo un derrotero a los aplicadores de justicia, y de manera alguna limitándolos a ceñirse a la producción legislativa al momento de tomar sus determinaciones. Estos conceptos son el producto de la doctrina positivista que considera el derecho como un hecho y no como un valor, y está ejemplificada en estas transiciones jurídicas. Sin embargo, en los últimos años, al parecer las mismas reformas legales, tales como el código general del proceso, hacen que se vislumbre el ejercicio de un derecho más aferrado a la dinámica social y judicial que al producto del trabajo del legislador. Tal como lo expresa Lautmann (1974), en la actualidad “*el juez se vale de las teorías sociológicas, para determinar las consecuencias sociales de su decisión*”.

4. LA SENTENCIA DE TUTELA COMO MECANISMO DE AVANCE Y DESARROLLO DEL DERECHO

El acceso a la justicia se amplió de forma considerable a los asociados con la creación de esta nueva acción constitucional. Su excepción al derecho de postulación les brindó a las personas la posibilidad de acceder directamente a los despachos judiciales y plantear sus problemáticas para exigir una solución concreta mediante la utilización de un cuerpo normativo etéreo e impersonal.

Este mayor acceso a la justicia contrasta con el periodo en el que se origina, pues para autores como CÁRCOVA, la “década infame” de los años 90 expresó de forma perversa la problemática de acceso a la justicia, la cual, sumada a la exclusión económica, la falta de trabajo, de alimentos, de salud, de educación y vivienda digna, hicieron posible afirmar que no existe sociedad o que “*la que tenemos se encuentra desintegrada a niveles extremos.*” (CÁRCOVA, 2009: 51, 52), y pues, he ahí los resultados.

Conforme a la Constitución Política de Colombia, la competencia en materia de control de constitucionalidad, en lo que refiere a la interpretación de la carta magna, corresponde a la Corte Constitucional. Sin embargo, en virtud de acciones constitucionales, como por ejemplo la acción de tutela como instrumento de defensa de los derechos fundamentales, se amplía la competencia de todos los jueces de la república y se concede la posibilidad de que los jueces unipersonales, o de menor rango, puedan conocer de este tipo de acciones y de alguna forma se delega en ellos la potestad de darle verdaderos alcances a nuestras normas superiores.

El ejercicio de esta acción constitucional impone a los jueces la necesidad de profundizar sus conocimientos en el campo constitucional, en tanto que deben sustentarlas con argumentos no solo de carácter legal, sino desde el campo de la sociología y la filosofía, ya que una vez emitidas sus decisiones quedan eventualmente sometidas a la revisión del máximo órgano constitucional y esto es sin duda no solo un mecanismo de presión, sino además de motivación para que sus fallos tengan un reconocimiento que difícilmente puede ser dado en ejercicio de los recursos ordinarios para otros procesos.

4.1. La sentencia analizada

El caso de análisis corresponde precisamente a una providencia emitida en virtud de una acción constitucional de tutela que inicialmente fue conocida por un juez en su primera instancia y, en virtud del recurso de revisión, fue escogida por la Corte Constitucional para su examen. Hemos acudido al análisis de esta providencia en razón a que, por su materia, no forma parte de los pronunciamientos ordinarios de los jueces, permitiéndonos un estudio sociológico de un tema jurídico poco tratado.

La sentencia de tutela N° T-162 de 1994, proferida por la Corte Constitucional de la República de Colombia, corresponde aun fallo en el cual se abordan de manera tangencial de los derechos de las personas sobre los restos de un ser humano. Brinda la posibilidad de analizar un caso en el cual un juez de la república hace referencia directa a elementos de juicio que desbordan la

cotidianidad de la utilización de la ley como fundamento de las decisiones y permite recurrir a conceptos poco frecuentes que desplazan el discurso positivista ordinariamente usado para ingresar en fuentes “presuntas o aparentes”, en este caso la naturaleza de los hechos y de las cosas como fuentes del derecho.

En el asunto examinado se atiende por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional una solicitud de amparo de una viuda a tutelar su derecho a conservar los restos mortales de quien fue su esposo, los cuáles habían sido exhumados de la tumba y trasladados a otro cementerio de forma inconsulta por solicitud de un hijo del difunto. En este evento, el problema jurídico corresponde a un conflicto de intereses entre dos deudos, un descendiente y la cónyuge superviviente (viuda) en relación con el lugar de la disposición final del cuerpo del causante. Al respecto es preciso tener presente que a pesar de que la muerte es una constante en las sociedades, el derecho solo la identifica como el fin de la existencia de la persona. Este concepto lo aceptan la mayoría de las legislaciones que definen la muerte como: “la cesación de las funciones biológicas cardio-respiratorias” o “cuando se entra en proceso de entropía o cuando las células cesan su proceso de organización” (MONTROYA, 2001), dejando a un lado lo atinente a los restos o despojos humanos y obviando los derechos que pueden recaer sobre los mismos. En Colombia la legislación es parca en relación con los cadáveres humanos al punto de que en el Código Civil colombiano ni siquiera hace mención al cuerpo de las personas y la definición más cercana que encontramos es relativa a la muerte real o presunta y sus consecuencias jurídicas, haciendo a un lado cualquier aspecto material en ese sentido.

Este silencio legislativo se aleja por completo del enfoque que les dan las distintas religiones a los restos humanos, pues para el caso colombiano, tal y como ocurre en casi todas las sociedades, la dogmática cristiana como credo predominante ha impuesto el respeto por los muertos y la sepultura de los cadáveres. Como bien es sabido, para todos los cristianos la sepultura es un estado temporal y previo a la resurrección, razón por la cual en el derecho canónico se llegó a reprobear la cremación de los cadáveres (Can, 1203), la cual, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, solo era aceptable en los casos de grandes mortandades como la peste o las guerras.

Desde el punto de vista sociológico, la anomia o la ausencia de norma es una situación que no limita la aplicación del derecho y es un fenómeno que, como el derecho, también puede ser objeto de estudio de la sociología en tanto que uno de los fines de esta última es describir, explicar y predecir un universo social (FUCITO, 1998: 112), el mismo que el derecho propende regular. Asimismo hay quienes desde el punto de vista sociológico pueden llegar a concebir la idea del “panjurismo” que no es otra cosa que la universalidad o la vocación del derecho

de estar en todas partes, caso en el cual dicho obstáculo desaparece, tal como lo puede demostrar la providencia objeto de análisis (CARBONNIER, 1974: 11, 15).

Cuando nos referimos al tema de la anomia, no necesariamente podemos estar hablando de *lagunas jurídicas* y en este sentido podemos citar a BERGBOHM, quien en su razonamiento plantea que *“toda norma jurídica representa una limitación a la libre actividad humana; por fuera de la esfera regulada por el derecho, el hombre es libre de hacer lo que desee”*. Y sobre esa premisa define el hecho de que es absurdo pensar en que un caso no sea jurídico y esté regulado, o que estando regulado, no sea jurídico; razón por la cual, y a pesar de que no existe una legislación que defina claramente el problema jurídico, que en este caso corresponde a los derechos que ostentan los deudos respecto del cadáver, esto no quiere decir que el mismo no sea relevante para el derecho o que no sea jurídico (BOBBIO, 1980: 223).

Ahora bien, teniendo en consideración que las normas de derecho civil no se encargan de aspectos tan propios de la humanidad, sino que se concentran en aspectos materiales diferentes, los cuales difícilmente servirán de soportes que nos puedan ayudar para describir o rendir un concepto sobre el cadáver, se hace necesario acudir a la doctrina, que a diferencia de la ley sí contempla apreciaciones de algunos estudiosos sobre el particular. Entre ellos encontramos, por ejemplo, la “Teoría de la Res” que considera al cuerpo humano como una cosa; esta teoría es bastante criticada por aquellos que pregonan el respeto por los cadáveres humanos, pues al decir de aquellos pretender que un cuerpo sin vida tenga un destino diferente a una sepultura, a la inmersión o a la incineración, es contrario al derecho natural y contraviene las buenas costumbres casi de cualquier sociedad moderna. El doctrinante Coviello considera que *“el cadáver es una cosa en sentido jurídico y el derecho de disponer le corresponde al que algún día va a ser cadáver”* (NUÑEZ, 1.959).

Destacamos que el fallo de la honorable Corte Constitucional es un marínaje entre diferentes doctrinas del derecho, pues al no existir mayores argumentos legales, se citan diferentes razones ajenas a la ley, pero en todo caso razones en derecho para soportar su decisión, ello sobre la base de que según la teoría sociológica del derecho, este no es más que “una producción de la sociedad en todas sus formas y no solamente del Estado” (BOBBIO, 1980: 256).

Para poder entender las razones de la Corte, inicialmente debemos tener presente que Colombia es un Estado con una fuerte y marcada tradición religiosa, al punto de elevar las creencias y la fe de la mayoría de sus pobladores a niveles normativos, un claro ejemplo de ello fue el hecho de que la República estuvo consagrada al “Sagrado Corazón de Jesús”, que los días del calendario están plagados de festividades religiosas y que los gobernantes tienen plenamente institucionalizados el respeto y la veneración por las figuras representativas del

cristianismo. Todo ello a pesar de que desde la llegada de la nueva carta política de 1991 se reconoció la condición de Estado laico. Sin embargo, hoy día las mayorías cristianas siguen justificando que buena parte de su legislación se identifique con las creencias predominantes, y en un claro ejemplo de lo que indica Cossio, su población ha venido asumiendo “conductas conforme a valoraciones vigentes en el medio social en cuestión” (FUCITO, 1998: 113); es por ello que podemos afirmar que la permeabilización de las legislaciones no solo comprende aspectos culturales, sino también religiosos, tal y como se observa a nivel constitucional cuando se reconoce “*el derecho fundamental al culto religioso*”, el cual se concibe en conexidad con el derecho a la libertad, dando origen a la llamada libertad de culto o libertad religiosa, que a su vez genera para el Estado la carga de salvaguardarlas. En el caso en comento encontramos que la accionante es la esposa del difunto y en su calidad de tal se le reconoce la legitimación en causa para incoar el mecanismo constitucional y reclamar de la jurisdicción el amparo al derecho que le asiste a llevar a cabo la inhumación del cadáver y a conservar la tumba de su esposo para sobre ella rendir el culto a su esposo y a su religión. Es pertinente recordar que la sepultura consiste en ritos y plegarias que practican los ministros sagrados en el acto de levantar el cadáver del lugar donde se encuentra durante su traslado a la iglesia para celebrar en ella el funeral, “ósea, todo el orden de las exequias que se consignan en los libros litúrgicos aprobados” (Can, 1215), y, por último, en los ritos y preces que dichos libros señalan para el acompañamiento del cadáver desde la iglesia hasta el cementerio y su inhumación en el mismo.

Diversas acepciones de la “sepultura eclesiástica”, puede tomarse en tres sentidos: material, formal y jurídico.

Materialmente considerada, no es otra cosa que el lugar destinado al enterramiento de los cadáveres, o sea el cementerio bendecido (Can, 1205); en sentido formal, implica lo que expresa el canon 1204; y en sentido jurídico, significa el derecho de los fieles a que se les entierre en un lugar sagrado, cumpliendo todos los requisitos que integran la sepultura formalmente considerada (Can, 1239-1241).

En sendos capítulos se ocupa el Código de la sepultura eclesiástica bajo cada uno de esos tres aspectos.

Atendiendo a los preceptos del positivismo jurídico que definen el hecho de que existiendo una norma y una costumbre que mantiene su vigencia, se acredite la teoría de la legislación como fuente principal del derecho, debemos dar por sentado desde dicha perspectiva que el derecho al culto está revestido de una categoría que conmina a las instituciones a que sea protegido, y en el evento de un conflicto de intereses frente a otros derechos a respaldarlo y procurar su ejercicio tal como ocurrió en el caso *judice*.

Cabe destacar que independientemente de la existencia de las normas que regulen una conducta o una situación particular, tenemos por sentado que el juzgador tiene la obligación de resolver en derecho la acción, y por esta razón la demandante acude al mecanismo constitucional como mecanismo para que su litigio sea resuelto y el Estado avale su petición. En este punto podemos referirnos a la definición de Kelsen, quien al catalogar el derecho como un ordenamiento coactivo, lo define como “un instrumento específico que no tiene una función específica”, dejando claro que en todo caso siempre que el tema tenga relevancia jurídica y aunque la ley sea confusa al atemperarla con los hechos, la solución puede tramitarse por la vía del derecho (BOBBIO, 1980: 267).

Particularmente importante es el problema jurídico de la sentencia analizada, en tanto que si bien es cierto, tal y como se había indicado anteriormente, podemos hablar de que no existen normas que regulen de forma particular los derechos de los deudos sobre los restos de quienes en vida fueron sus seres queridos, la sociedad da por sentado que la titularidad sobre los mismos corresponde a sus parientes más allegados y a su cónyuge o compañera, todo ello sin que medie una disposición legal expresa o sentencias judiciales que así lo dispongan; circunstancia que de alguna forma se antepone tanto a la posición de Kirchman, como a la de Gray, frente a sus justificaciones sobre la ciencia del derecho, al indicar el primero de ellos que: “*la jurisprudencia no es ciencia*” y que en tal caso “*la ciencia del derecho solo puede hacer exegesis de la ley*”, o en el caso de Gray que expone que: “*una ley que no haya pasado por el tamiz de la jurisprudencia de los tribunales no constituye parte verdadera del derecho*” (FUCITO, 1998: 117). Lo dicho por estos autores es difuso frente al hecho de que las personas respetan y hacen respetar sus derechos a disponer de los cadáveres de sus parientes sin que exista una ley que lo ampare y, más aún, sin que los tribunales hayan realizado mayor elucubración al respecto, o dicho de otra forma, los asociados asumen la existencia de un derecho que aunque no proviene del legislador, consideran debe ser resguardado por las autoridades judiciales.

Hay que tener en cuenta que las normas que más se acercan al tema de los restos humanos en materia de derecho privado, se alejan completamente de la perspectiva en la que se enfoca la reclamación de la accionante, pues de forma objetiva podemos decir que de conformidad con el Código Civil, el concepto de cadáver puede encuadrarse dentro del concepto de “cosa mueble” y esto sería concordante con la tan controversial “teoría de la res”, pero dicha interpretación civil no solo es poco conocida, sino que además es negada por el honorable tribunal, y para el efecto se cita a un doctrinante colombiano, quien afirma: “*El derecho sobre el cadáver no puede fundarse en el concepto de dominio, ni siquiera en el de posesión jurídica. Esta sola posibilidad repugna a los sentimientos y a los principios de respeto, veneración y culto a los muertos*”, argumento contradictorio en el sentido de que en la misma sentencia la corte plantea que: “*En lo que*

respecta a la exhumación de los restos, nadie duda de que son los familiares los llamados a reclamar tal derecho. Sin embargo, este criterio no es suficiente para resolver disputas que sobre el particular se susciten entre sus deudos. En estas circunstancias, lo más razonable es pensar que corresponde decidir sobre la exhumación a quienes han definido, organizado y pagado el entierro y la tumba...”, añadiendo un elemento de tipo económico, el cual, aunado al hecho de reconocer importancia, no a los familiares del difunto, sino a los herederos de este, lo que nos permite justificar que la interpretación de la honorable corte para el caso en particular es a conveniencia.

4.2. Los argumentos del tribunal

En los planteamientos de la corporación vemos cómo se acude indirectamente a conceptos del derecho natural para desconocer posibles interpretaciones de las leyes que pueden aplicarse por analogía. Para GUSTAV RADBRUCH *“cuando una ley niega conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando concede arbitrariamente o rechaza los derechos del hombre, adolece de validez...”* (BOBBIO, 1987: 28), pues de otro modo, y de no descartar ese tipo de interpretación que es utilitaria y permite que se perciba el cuerpo inerte como un bien, se ingresaría en una disputa jurídica de mayor calibre, la cual, y tal y como se evidencia, la corte no está dispuesta a asumir, y que siguiendo en la óptica del naturalismo jurídico, hace referencia a lo que HOBBS denomina el instinto utilitario del hombre como una “tendencia natural”, y que de conformidad con este mismo autor debe constreñirse, claro está que en el presente caso ese constreñimiento se dio sin mayor discernimiento.

Este reconocimiento del derecho natural, no es, ni ha sido constante en las sentencias de las altas corporaciones, por el contrario, es evidente, y tal y como se había manifestado anteriormente, que la cultura jurídica de nuestro país se ha destacado por resguardar celosamente una rígida interpretación de las normas, dejando a un lado muchos otros conceptos que, aunque importantes en el mundo jurídico, permanecen sometidos ante la ley y sus alcances, por eso podemos afirmar que los fundamentos de este fallo son excepcionales y en este punto es oportuno citar a n° Luhman que identifica la *“relación del esquema regla/excepción con la llamada regla de la ponderación, entendida en el sentido de un mandamiento de ponderación de bienes p también de ponderación de intereses”* (LUHMAN, 1983), lo que significa que aunque pueden existir excepciones, las mismas deben ser justificadas; un ejemplo que el autor plantea es el de la sacralidad e indisolubilidad del matrimonio frente a la excepción que viene siendo el divorcio, En este caso el cadáver, a pesar de cumplir con las características de una cosa de conformidad con los conceptos de cosa de las

normas civiles, por las justificaciones fácticas pase la corporación a entender que sobre el mismo se debe desconocer “*la pertenencia del concepto de propiedad en el tratamiento jurídico...*” (Sentencia T-162/94).

En palabras del mismo LUHMAN, podemos también entender que el proceder del alto tribunal se explica como el hecho de que: “*Dentro del sistema jurídico hay una obligación de decisión*”, pues aunque el origen del conflicto puede estar en una determinación de una autoridad religiosa, en este caso la iglesia como administradora de los cementerios, lo cual puede constituirse en un argumento para que la competencia fuese trasladada a los tribunales eclesiásticos. Al considerar la función de la iglesia como un servicio público se genera la carga de decidir el litigio. Para LUHMAN una vez el juez conoce del proceso existen tres alternativas: una decisión programada detalladamente (hasta el nivel de computadora) por vía legislativa, o se postula un orden transitivo de todos los valores relevantes, o se produce de manera oportunista, es decir una decisión para el caso particular; en este caso podemos ubicar a la sentencia en el segundo grupo, pues la corte extrae de la constitución valores sociales, culturales y religiosos, y los atempera a principios y libertades que justifican su determinación. No podemos decir que se profundiza en los temas conexos al pedimento de la peticionaria como la propiedad sobre el cadáver, ni tampoco que determina con claridad los derechos que se derivan del cuerpo o los legitimados en causa para reclamar derechos sobre el mismo, así sean de tipo inmaterial. Sin embargo resuelve el litigio asignando un valor jurídico al interés de la viuda sobre los restos de su esposo y reconoce la importancia del derecho al culto religioso sobre dichos despojos mortales.

Es importante resaltar que la sentencia de la Corte motivada por la costumbre y aspectos de carácter religioso, entre otros, a pesar de desconocer algunos postulados legales, puede llegar a tener fuerza vinculante en la medida en que existan otras providencias en igual sentido y su contenido desde ya forma parte del sistema jurídico, aunque para n° LUHMAN “*no todo lo que el derecho es o produce es automáticamente parte de un sistema jurídico*” (LUHMAN, 1983: 46), esta sentencia, por ser pionera en el tema, constituye un precedente importante que difícilmente va a ser desconocido por los jueces, sobre todo por los de inferior jerarquía.

5. LA COSTUMBRE COMO INSTRUMENTO PARA LA SOLUCIÓN A UN PROBLEMA JURÍDICO

Se debe analizar el hecho de que aunque no existiendo un texto legal que defina el concepto de cadáver, o siquiera considere al cuerpo de un ser humano como un bien, a la hora de definir un problema jurídico, la solución emane de

forma tal que se infiera que lo que es más una costumbre o práctica social haya estado integrada al sistema normativo y contenido expresamente en el mismo. De esta manera, podemos afirmar que aunque en los anales jurisprudenciales no existen mayores precedentes con elementos de juicio para resolver el asunto en discusión, el tribunal soporta sus consideraciones y su decisión con fundamento en conductas regulares de las personas, por lo que los planteamientos de HOLMES, quien considera la necesidad de conocer los precedentes de casos concretos y su interpretación de acuerdo con la lógica, la historia y la experiencia, en nuestro caso todo ello se reducen casi que a temas históricos y en lo referente a la experiencia solo en relación con los hechos y la conducta social (FUCITO, 1998: 120).

Al acudir a los planteamientos de POUND, nos damos cuenta cómo la aplicación de ideales y aspiraciones comunitarias son sumamente importantes, pues los valores sociales salen a relucir en un tema en el cual las prácticas de los asociados no solo son estandarizadas sino que además revisten para ellos una importancia que involucra aspectos externos y del fuero interno de las personas como *“la fe”*. De igual forma, nos damos cuenta cómo las providencias se convierten en un instrumento de creación del derecho al interpretar esas aspiraciones comunes y procurar que las mismas se integren a un sistema sin importar que existan procedimientos previos que las reconozcan o procuren su regularidad; en este caso podemos hablar de que existe en el pronunciamiento de la honorable corte una actividad creadora de derecho por absorción de elementos externos, y un claro ejemplo de lo que POUND refiere, al observar cómo dentro de la sentencia el fallador aterriza su discurso del *“cielo de los conceptos”* y lo involucra directamente con la causa, que no es solo del individuo que formula a acción sino de la sociedad misma (FUCITO, 1998: 121).

Los conceptos de POUND pueden tener un asidero fuerte en la redacción de la providencia, pues para muchos juristas serían ilógicos algunos de los planteamientos que se esgrimen en el fallo, como por ejemplo los sentimientos de las personas como razones de importancia, pero que permiten salvaguardar un orden social que los acoge como un elemento esencial, reconociendo un valor importante a la costumbre como fuente de derecho.

Esta providencia está permeada por lo que CARBONNIER define en su obra como la fuerza de las doctrinas del derecho natural, en virtud de que se asume de manera contundente la premisa de que siquiera pensar que a una persona le asiste algún tipo de derecho de dominio sobre un cadáver repugna a los sentimientos y también a principios de respeto, veneración y culto a los muertos, apreciación que de conformidad con el citado autor puede considerarse como un *fixismo*.

Dentro de la sociología y continuando con los planteamientos de la obra de CARBONNIER, que reconoce en la sociedad un símil con un *“organismo vivo o un cuerpo dotado de vida”*, y que indaga sobre *“¿Cuál es la ley de todo organismo vivo? Es una ley de transformación desde la concepción hasta la muerte...”*, también nos deja por fuera la pregunta si existe ley para un organismo muerto, que es la inquietud que corresponde a esta sentencia.

Desde la perspectiva del realismo, y particularmente desde la escuela histórica, podemos analizar que en la providencia se contempla la llamada *“revaluación de la costumbre como fuente de derecho”* la cual como en este caso se contraponen al positivismo, al desconocer parcialmente las normas civiles que pueden contener algo de información en relación al tema y exaltar la importancia de la realidad definiendo la importancia del cuerpo o cadáver así: *“Se trata tan sólo de una evidencia de orden social y antropológica, a partir de la cual se constata que no hay realidad pensable por fuera de un mundo subjetivizado y de un sujeto mundanizado”* (Sentencia T-162/94).

La Corte aprovecha el argumento religioso que se traduce en el hecho material de la costumbre de los pueblos en relación con el destino final de los cadáveres para generar derecho, esto se conoce dentro del realismo como la tarea permanente de los jueces de *“adaptación de la ley a las necesidades concretas de la sociedad”*, en este caso la necesidad está contenida en la veneración y el culto a los muertos y a su sepultura. Siendo este pronunciamiento excepcional, por su materia, podemos entenderlo como uno de los principales referentes de su tipo y un claro ejemplo de lo que KANTOROWICZ denominara *“la libre creación normativa por parte del juez”* (BOBBIO, 1.987: 35), frente a una determinada realidad social, lo que nos lleva a entender que estamos frente a lo que FELIPE HECK denomina *“jurisprudencia de los intereses”*.

Para los realistas *“el derecho vivo es pura y simplemente un hecho o una serie de hechos de los cuales el juez saca el conocimiento de las aspiraciones jurídicas que se van formando en la sociedad”*. Bajo este concepto la sentencia analizada es fruto de este tipo de derecho, es un producto de un discernimiento relativo a los hechos que desconoce las interpretaciones que puedan tener las normas que contravengan unas costumbres sociales, ello sin ir en contra de la ley, pues en este caso lo que hay es el desconocimiento de las analogías que se puedan dar o las interpretaciones extensivas de las normas que no se acoplen a la costumbre, en tanto que no hay regulación expresa para la situación particular que genera el problema jurídico formulado por la accionante.

6. CONCLUSIONES

- Podemos concluir que aunque la anomia, entendida como la ausencia de normas provenientes del aparato legislativo, es una constante en el tema del cadáver, los referentes tales como los conceptos religiosos, son los que realmente le dan valor a los restos humanos y a la vez son los que han permitido analizar a profundidad el tema.
- La Carta Política de 1991 permite el reconocimiento a las costumbres y modos de los pueblos, haciendo más fácil para los jueces y aplicadores del derecho la toma de decisiones sobre temas no codificados.
- Para la Corte Constitucional no es aceptable considerar un cadáver como una cosa, susceptible de la aplicación del concepto de dominio, ni de posesión jurídica, los derechos que se reconocen a los deudos se limitan a una tenencia temporal para custodiar, conservar el cadáver y designar el sitio de su inhumación.
- La Corte Constitucional acoge una realidad social para soportar un fallo judicial, reconociendo la importancia de los usos y costumbres como mecanismo de cohesión social.
- La Corte identifica que al momento de reconocer derechos a la exhumación de los cadáveres, los titulares son los familiares y quienes han definido, organizado, pagado el entierro y la tumba, pero no establece criterios convincentes sobre este derecho.
- En el caso en particular, la doctrina como elemento extra sistemático se constituye en una fuente de derecho, aunque la misma no corresponda a un estudio de amplio reconocimiento; asimismo, nos encontramos frente a la aplicación directa de principios en ausencia de las normas.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALONZO LOBO, Carlos O.P MORAN SABINO, Alonzo. MIGUELEZ DOMINGUEZ, Lorenzo, *Comentarios al código de derecho canónico II*, Madrid MCMLXIII

BERLIN, Jeremy, El Regreso del Rey, Revista National Geographic Vol. 28 Núm. 6, Junio de 2011.

BODIES Real + En: <http://www.bodiescolombia.com/>

BOBBIO, Norberto, El positivismo jurídico, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.

- BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho. Fernando Torres, Valencia. 1980.
- BORRILLO, Daniel, Estatuto y Representación del Cuerpo Humano en el Sistema Jurídico, Revista Reis, Universidad de Paris X, Nanterre, Octubre — Diciembre 1994.
- CARBONIER, Jean, Sociología Jurídica Tecnos, Madrid, 1977.
- CÁRCOVA, Carlos M, LAS TEORÍAS JURÍDICAS POST POSITIVISTAS, segunda edición Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A., 2009.
- CONTRERAS, Francisco J, El debate sobre la superación del positivismo jurídico: Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho, ISSN 1887-2689, NO 5, 2007.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., “La filosofía del derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1969).
- LARRAIN RIOS, Hernan, Lecciones del Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1994.
- PRINGLE, Heather, Genios Incas, Revista National Geographic Vol. 28 Núm. 4, Abril de 2011.
- ROSS, Alf, El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. Academia No 12, 2008, ISSN 1667-4154.
- TREVES, Renato. Kelsen y la sociología del derecho. En “El otro Kelsen”, Comp. por Oscar Coreas, UNAM, México, 1989. Pág. ,195 a 214.
- Sentencia T-162, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Santa Fe de Bogotá, DC, 24 de Marzo de 1994.