

Destino Del Cadaver

JURISPRUDENCIA

Destino del cadáver

Se declara inadmisibile el recurso

extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto por el rechazo de demanda de daños y perjuicios, pues a la fecha de la cremación la actora carecía del poder jurídico de disposición y destino de los restos de su padre fallecido. En la ciudad de Corrientes, a los dos días del mes de marzo de dos mil dieciséis, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Fernando Augusto Niz, Alejandro Alberto Chaín, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri, con la Presidencia del Dr. Guillermo Horacio Semhan, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Marisa Esther Spagnolo, tomaron en consideración el Expediente N° C03 40973/5, caratulado: ?DEMETRIO, MARIA VICTORIA C/ MARIA EUGENIA DEMETRIO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?. Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Guillermo Horacio Semhan, Fernando Augusto Niz, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri y Alejandro Alberto Chaín. EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE PLANTEA LA SIGUIENTE: CUESTION ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice: I.- A fs. 703/720 vta., la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de esta ciudad confirmó la sentencia de mérito del primer grado que fuera objeto de impugnación y que rechaza la excepción de prescripción liberatoria, hace lugar a la defensa de falta de legitimación, rechaza la demanda de daños y perjuicios imponiendo las costas a la vencida. La presente se trata de un proceso de daños sustentada en los detrimentos producidos a la actora por no haber sido consultada respecto del destino de los restos mortales de quien luego fuera declarado su progenitor. Decidió el fallo que no tenía la legitimación para accionar como hija del extinto, si aún no se le había reconocido esa calidad. El tribunal, para decidir como lo hizo, narró en primer lugar acerca de la prescripción de la acción, motivo de apelación de la parte demandada, considera correcta la forma de efectuar el cómputo para la prescripción de la acción efectuada por el inferior y que los mismos no estaban prescriptos confirmando el punto uno de la sentencia. En lo que al punto central refiere, la existencia o no de daño, considera que la conducta de la demandada no constituyó un delito penal y tampoco se encuadra en un acto ilícito civil al no existir prohibición expresa. La conducta de la demandada de cremar los restos mortales del padre de la actora momentos previos a la realización de la prueba de ADN, al decir de ésta, fue maliciosa e inconsulta, que ello produjo un daño directo al imposibilitarle realizar la prueba y así lograr corroboración científica irrefutable de su identidad, debiendo recurrir a presunciones legales que llevaron años en tanto que el accionar de la demandada no permite saber si son las cenizas de su padre, donde rezarle, no tener acceso al lugar donde se encuentran, entre otras cuestiones. A pesar de ello, dice el a quo, la actora logró que su pretensión de filiación sea reconocida merced a la conducta de la demandada y por ello, no puede admitirse luego demande resarcimiento por daños, por ende, no acreditado el presupuesto esencial de procedencia de la acción resarcitoria, el daño, confirma la sentencia. En el voto que concurre para la solución estimada por la Cámara se destaca que la actora no tenía derecho a intervenir en la decisión respecto de la cremación de quien en vida fuera Odisea Tito Demetrio, sino que eran los herederos del causante quienes sí ostentaban ese derecho. Agrega que "... es recién en el recurso de apelación (fs. 628/632 vta) donde manifiesta que la demandada cremó los restos mortales del padre con la intención de afectar el derecho humano a la identidad de la actora" -sic-. II.- Disconforme, la actora dedujo a fs. 722/736 el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en examen. Según lo expresado por la recurrente, los jueces de grado han aplicado erróneamente la ley que rige a las partes en este pleito. Afirma respecto de aquello primero, que la demandada cremó el cadáver de su padre en contra de la normativa vigente con la intención de imposibilitar la realización de la prueba científica en el proceso de filiación y que esa conducta maliciosa e inconsulta llevada adelante por la demandada fue puesta de manifiesto en los considerandos del Fallo N° 30 de fecha 22 de marzo de 2004 de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad. Infiere que como mínimo la demandada tenía que esperar se haga la prueba de ADN que estaba en curso de realización y consultarle para realizar tal acto de cremación, lesivo a caros sentimientos. Asimismo, advierte que la demandada tomó conocimiento en julio de 1996 de que la actora era hija de Odisea Tito Demetrio por medio de informe ya individualizado, y encargado por los mismos demandados. III.- A fs. 744/746 vta. la demandada contesta diciendo que la vía recursiva elegida por la actora es inapropiada para la procedencia del recurso, no se sustenta en doctrina legal alguna o en contradicción a una ley. IV. El remedio intentado se interpuso contra una sentencia definitiva y dentro del plazo legal. Más, por las razones que seguidamente expongo los agravios expresados no habilitan la instancia extraordinaria. V.-La actora promovió demanda de daños y perjuicios "derivado del hecho ilícito doloso y/o culposo de cremar en forma maliciosa e inconsulta los restos mortales de (su) padre". Dijo que "el día 30 de julio de 1996 la demandada tomó conocimiento de que

(ella)...es hija biológica de Odisea Tito Demetrio por medio del informe... encargado al bioquímico Botello", que la sentencia que estimó la demanda de filiación promovida por su parte. "luego de 9 años, es decir, desde el día 30 de julio de 1996 recién en el mes de junio de 2005 quedó firme y pasó en autoridad de cosa juzgada". Agregó que "esa conducta maliciosa e inconsulta llevada adelante por la demandada fue puesta de manifiesto en los considerandos del Fallo N° 30 , de fecha 22 de marzo de 2004, de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta Ciudad" (vide fs. 3/12 vta.) VI- En primer lugar, cabe señalar que en forma reiterada y con cordante, la jurisprudencia ha descartado que sean aplicables a los muertos las normas legales sobre cosas, acudiendo, en cambio, a los principios generales del derecho (conf. CNCiv., 2ª, JA, 52837 y sigtes.; sala "A", ED, 28709; sala "B", ED, 58411; sala "F", ED, 28691). En el mismo sentido, la doctrina nacional es casi uniforme en considerar que los restos mortales no pueden constituir cosa en los términos del art. 2311 del Cód. Civil. Al no ser susceptibles de tener un valor económico o patrimonial, no pueden recaer sobre ellos derechos reales o personales. De allí que nadie pueda ostentar un derecho de propiedad sobre un cadáver (conf. CIFUENTES Santos, "Derechos Personalísimos", N° 78, ps. 406/409; RIVERA, Julio C., "Instituciones de Derecho Civil Parte General", t. II, N° 756, p. 66; SORIA, Luis, "Custodia de cadáver", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, vol. 8, N° 15, julio-dic. 1965, ps. 258/265; HIGHTON, Elena y LAMBOIS, Susana, "¿Quién dispone de nuestros cuerpos cuando morimos?", ED, 13697 y sgtes.; MALICKI, Anahí, "El cadáver. Aspectos dispositivos", LA LEY, 1985-C, 833 y sgtes.). Por ende, los conflictos sobre el derecho a la custodia de los restos de una persona fallecida no pueden resolverse con las normas que contiene nuestra legislación sobre cosas y sujetos de derecho, por lo cual debe acudirse, necesariamente, a los principios análogos y generales del derecho. En este orden de ideas, tanto la jurisprudencia como la doctrina concuerdan que cuando, como en el sub-lite, la persona fallecida no ha dejado instrucciones acerca de sus exequias o el destino a dar a su cadáver, son sus parientes más cercanos quienes deciden acerca de esos extremos (conf. CIFUENTES, op. y loc. cit., N° 79 y 80, ps. 409/417 y sus citas; Rivera, op. y loc. cit., N° 757, ps. 67/68; López Olaciregui, "Y en la hora de nuestra muerte...", JA, t. 4, p. 353 y sgtes.; DÍAZ DE GUIJARRO, "La naturaleza preferencial y relativa del derecho del cónyuge a custodiar los restos del esposo premuerto", en JA, 52837 y siguientes). Y, ello se recepcionó en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina que expresamente prevé "Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio..." (art. 61). En el mismo sentido, Malicki concluye que ante el silencio de una manifestación de voluntad del fallecido, sólo procede arribar a la cremación por la decisión conjunta de los parientes consanguíneos más próximos y del cónyuge supérstite (MALICKI, Anahí S. M. Cremación de cadáveres LA LEY 1986-A, 844 Cita Online: AR/DOC/820/2001). Es evidente, entonces, que a la fecha de la cremación, esto es en el año 2001 la actora carecía del poder jurídico de disposición y destino de los restos de su padre fallecido. Como lo relaté precedentemente, en el escrito postulatorio básico la accionante admite que la sentencia que la declara hija biológica de Odisea Tito Demetrio data del año 2005, es decir, aproximadamente cuatro años después de la cremación. Dato que por lo demás surge de las actuaciones obrantes en la causa de filiación y, que fuera ofrecido como prueba por la ahora recurrente (vide Pruyas, María Victoria, c/Herederos de don Odisea Tito Demetrio s/Ordinario" Expte. N°3560). VII.- Y, sabido es, que en razón del principio de economía procesal, la falta manifiesta de legitimación para obrar debe declararse como cuestión previa, y aún de oficio. Siendo la legitimación para obrar un presupuesto de la actuación del órgano jurisdiccional, se sabe que puede el Juez -en absoluto: debe- declarar en la sentencia definitiva la inexistencia de aquella aún cuando la parte accionada no haya opuesto la defensa del sine actione agit. (Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Nociones generales de Derecho Procesal Civil, ed. Aguiar, 1966, p. 310, U; MORELLO-SOSABERIZONCE, Códigos Procesales..., ed. Librería Editora Platense Abeledo-Perrot, 1990, t.IV-B, p.346; Cám. Nac. Com., sala D, LL 1984-C, p.138; ídem; Cám. Nac. Civ., sala A, LL 1985-A, p.571; ídem sala C, JA 1970, v.7, p.497; ídem sala F, ED 104-682; ídem Cám. Nac. Com. Sala C, ED 188-449, entre muchos otros; STJ de Ctes en "Incidente De Revisión Legajo N° 23 (Promovido por la Sindicatura) En Autos: Club Atlético Huracán Corrientes S/ Quiebra Pedida por Zucarelli, Humberto", sentencia del 24/05/2007). VIII.- Por otra parte, la teoría de los actos propios exige coherencia en las pretensiones mantenidas a lo largo del proceso, no admitiéndose que quien efectúa una afirmación luego se contradiga intentando desentenderse de las consecuencias de su anterior posición. Coherencia que en el sub-examen no se observa cuando demanda los daños derivados de cremar en forma maliciosa e inconsulta los restos mortales de su padre mas al contestar el recurso de apelación de la demandada afirma que recién "adquirió la posición jurídica, capacidad y legitimidad para accionar como hija y heredera de Odisea Tito Demetrio" a partir de que la sentencia que declaró (su verdadera identidad, quedó firme y pasó en autoridad de cosa juzgada y se tomó razón de ella en su partida de nacimiento" (fs. 643/644). Cabe recordar que este Superior Tribunal siguiendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la doctrina de los actos propios ha sido construida sobre una base primordialmente ética, sirve para descalificar actos que contradicen otros anteriores en tanto una solución opuesta importaría restar trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fallos: 323: 3035, considerando 15 y sus citas, entre

otros muchos). Conf. STJ en "Incidente de Tercería de Dominio en Autos Banco Finansur S.A. C/ Constructora Difel SRL S/ Ejecutivo" Expte. N° 102 12651/2, Sentencia N° 80 del 02/09/2013). IX.- Por lo demás, si la actora admite que transcurrieron 9 años desde el informe bioquímico hasta que adquirió firmeza la sentencia que la declaró hija legítima resulta manifiesto que su conducta no fue diligente en mantener mediante una medida cautelar lo que ahora estima como bien susceptible de valor civil y tesoro espiritual. - los restos mortales de su padre - X.- Así los hechos, la conducta de la demandada de cremar los restos de su padre momentos previos a la realización de la prueba de ADN tampoco fue antijurídica formal ni materialmente, concepción última que sostiene que la antijuricidad es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad (conf. BUERES, Alberto J. Su nota al art. 1066 CC en "Código Civil análisis doctrinario y jurisprudencial", Edit. Hammurabi, Tomo 3, pág. 30). Y, si bien esa conducta fue apreciada en el fallo de la Cámara del proceso de filiación sólo fue a los fines de aplicar la presunción en su contra. Cabe señalar que en la actualidad la doctrina se inclina por una concepción material de la ilicitud. Para este criterio la ilicitud desborda el limitado criterio de contrario a una norma expresa. Ello ha llevado a que el art. 1066 del Código de Vélez haya caído en desuso pues no es requisito de la antijuricidad la violación de una norma expresa. De hecho, y a la luz de la doctrina mayoritaria y jurisprudencia de la CSJN y del Superior Tribunal la simple violación del deber de no dañar o *naeminem laedere*, que se infiere del artículo 19 de la Constitución Nacional, ya de por sí importa una conducta contraria a derecho, salvo que esté presente una causal de justificación (conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. La antijuricidad en el Código Civil y Comercial. RCyS 2015-IV, 38 Cita Online: AR/DOC/554/2015; CSJN, 05/08/1986, "Santa Coloma, Luis I. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", JA 1986-IV-624; y CSJN, 05/08/1986, "Gunther, Fernando Raúl c. Nación Argentina", ED, T. 120-522; STJ de Ctes en sent. N° 56 del 25/06/12 dictada en el Expte. 4978/9 caratulado "L., A. por su hijo menor c/ I., B. s/ Filiación y daño moral", entre otras). Postura que se refleja en el actual Código Civil y Comercial de la Nación al disponer que " cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada" (art. 1717). XI.- Y, tampoco se probó la existencia de daño. Por el contrario, la demanda fundada en la conducta de la accionada de "cremar en forma maliciosa e inconsulta los restos mortales de (su) padre", resultó favorable a la accionante, pues permitió la estimación de la demanda de filiación promovida. A su vez, las actuaciones obrantes en el proceso de filiación contradicen el reclamo de daños sustentado en " no saber si realmente esas cenizas que supuestamente trajeron corresponden a su padre, no saber dónde rezarle, no tener acceso al lugar donde supuestamente se encontrarían los restos de su padre, no tener las llaves del panteón y/o nicho en el que se encuentran", En efecto, advierto que del informe de la Municipalidad de la Ciudad de Corrientes - Administración del Cementerio San Juan Baustista- surge que las cenizas de quien en vida fuera el Sr. Odisea Tito Demetrio se encuentran depositadas en el Nicho N° ... ubicado en la Manzana ... Sección Panteones del Cementerio San Juan Bautista (fs. 287). Sabido es que el daño constituye un elemento esencial para que se configure la responsabilidad civil, es inherente a la obligación de resarcir, sin él no existe dicha responsabilidad (conf. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II)", SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., en Tratado de responsabilidad civil, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coordinador), 2ª ed., t. I, p. 361; REGLERO CAMPOS, "Conceptos generales y elementos de delimitación", en Tratado de responsabilidad civil, REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coordinador), p. 68, ORGAZ, El daño resarcible, p. 13; SANTOS BRIZ, La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal, t. I, p. 143, Montecorvo, Madrid, 1981; TRIGO REPRESAS, Reparación de daños por mala praxis médica, p. 51, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, 3ª ed., p. 2, Astrea, Buenos Aires, 2005; ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, "Derecho de Obligaciones civiles y comerciales", p.158, Ed. Abeledo Perrot, 1995; MAZEAUD - TUNC, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t. 1, vol. I, p. 5) Y, que el daño consiste en la lesión a los intereses jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales, en otros términos, a un interés jurídicamente protegido; de tal forma que, será patrimonial cuando se frustre un interés económico, y moral si es producido un menoscabo a un interés extrapatrimonial (conf. AGOGLIA, El daño jurídico: enfoque actual, p. 16, La Ley, Buenos Aires, 1999; AGOGLIA - BORAGINA - MEZA, Responsabilidad por hecho ajeno, p. 48, Hammurabi, Buenos Aires, 1993; BUERES, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en Derecho de daños, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, p. 141-145, 161 y 164, La Rocca, Buenos Aires, 1989; CALVO COSTA, Daño resarcible, ps. 70 y 7, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; ídem, "Las nuevas fronteras del daño resarcible", La Ley, 2005-D, 1413; CARNELUTTI, "El daño y el delito", en CARNELUTTI, Francesco, Teoría del falso y El daño y el delito, Colección Clásicos del Derecho, El daño y el delito, p. 256, El Foro, Buenos Aires, 2004; DE CUPIS, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, p. 91; DOMINGUEZ HIDALGO, El daño moral, t. I, ps. 66 y 67, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000; VISINTINI, Tratado de la responsabilidad civil, trad. de Aída Kemelmajer de Carlucci, t. 2, N° 34, ps. 11, 15, 17 y 18, Astrea, Buenos Aires, 1999; ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, ps. 50 y ss); con lo cual, el daño "es siempre lesión a un interés jurídico personal del damnificado". (BUERES, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, BUERES, A. J. (director) - HIGHTON, E. I. (coordinadora), t. 3 A, p. 12, "comentario al art. 1066".) y, que la

protección de los intereses legítimos encuentra sustento en lo previsto en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional. (MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daño, t. I, p. 258 59). En términos del actual Código Civil y Comercial de la Nación "cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (conf. art. 1737) .Lesión que como he señalado no se acreditó. XII.- En suma; ausente, al menos dentro de los límites de los agravios expresados, de error in iudicando en la sentencia de Cámara para la apertura de la instancia extraordinaria corresponderá declarar inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley deducido a fs.722/736, con costas a la parte recurrente. Regular los honorarios del abogado de la parte recurrida, doctor Gustavo Lozano, en calidad de monotributista, en el ...% de los aranceles que se fijen por la labor en primera instancia para el abogado vencedor (art.14 ley 5822).Sin honorarios para la letrada de la parte recurrente por lo inoficioso de la labor cumplida (CPCC; art.34, inc. 5 e). A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice: Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR LUIS EDUARDO REY VAZQUEZ, dice: Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice: Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAÍN, dice: Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: SENTENCIA N° 15 1°) Declarar inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley deducido a fs. 722/736, con costas a la parte recurrente. 2°) Regular los honorarios del abogado de la parte recurrida, doctor Gustavo Lozano, en calidad de monotributista, en el ...% de los aranceles que se fijen por la labor en primera instancia para el abogado vencedor (art. 14 ley 5822). Sin honorarios para la letrada de la parte recurrente por lo inoficioso de la labor cumplida (CPCC; art. 34, inc. 5 e). 3°) Insértese y notifíquese. Fdo.: Dres. Guillermo Semhan-Fernando Niz-Luís Rey Vázquez-Eduardo Panseri-Alejandro Chaín

Correlaciones: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - LIBRO PRIMERO - TÍTULO I - CAPÍTULO 3 -
Derechos y actos personalísimos (arts. 51 a 61) M., M. E. c/L., S. Z. s/autorizaciones - Cám. Civ. y Com. Junín - 26/10/2010
006702E