



Juzgado N° 2 Secretaría N°3

“TUNESSE DA COSTA MARIA DEL CARMEN FLAVIA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”, EXPTE A13059-2014/0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 07 de abril de 2015.

Vistos los autos indicados en el epígrafe para dictar sentencia de los que **resulta:**

1. La presente acción de amparo es iniciada por **María del Carmen Flavia Tunesse Da Costa**, por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. Jorge Eduardo Freijo, **contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Cementerios) a efectos de que se le autorice la exhumación y posterior traslado del féretro que contiene los restos de quien en vida fuera su madre Mercedes da Costa.**

Refiere que su madre Mercedes da Costa falleció el 2 de mayo de 2012 y que sus restos fueron inhumados en el Cementerio de la Chacarita. Explica la amparista que posteriormente surgió la necesidad de ausentarse del país por un plazo incierto, *“ante la posibilidad cierta de conseguir un trabajo estable [...]”* en Holanda. Por tal razón, agrega que considera oportuno y conveniente trasladar los restos de su madre hacia un cementerio privado, con el objetivo de que, ante su partida y posterior ausencia del país, *“[...]se encontraran cubiertos todos los extremos relativos al lecho de descanso de mi madre”*.

Al respecto señala que en los cementerios del Gobierno de la Ciudad existen *“una serie de tramitaciones burocráticas, como ser pago de cánones anuales, renovaciones de arrendamiento y demás, frente a cuyo incumplimiento, la ley en análisis autoriza a la Administración a lisa y llanamente disponer libremente del cuerpo”*. Así, refiere que el servicio que provee el Gobierno demandado en materia mortuoria *“ciertamente no se adapta a las necesidades de la suscripta, quien difícilmente podrá gestionar desde otro país los variados trámites necesarios para, insisto, renovar arrendamientos, abonar cánones anuales y demás”*. Expresa también que es la única hija aún con vida de la difunta, y que no posee otros familiares que puedan hacerse cargo de las gestiones relativas al sepulcro de su madre.

Por tal razón, relata que en julio de 2014 adquirió una parcela en un cementerio privado y que en agosto del mismo año consultó a una empresa privada de servicios funerarios respecto de los pormenores del traslado que sería necesario realizar.

Frente a su consulta la empresa le hizo saber que previo a su intervención en el procedimiento debía contar con la autorización de la Dirección General de Cementerios. A tal fin se apersonó en dichas dependencias donde “[...] *la Administración en dicha oportunidad me manifestó que no autorizaría el traslado del cuerpo de mi madre sin esgrimir fundamentación alguna, aunque deslizando que no habiendo transcurrido 5 años desde la inhumación del cadáver, no se encontraban garantizadas las condiciones de seguridad e higiene mortuorias que se encuentran previstas en la normativa vigente para autorizar el traslado del cuerpo. Recomendó entonces solicitar la correspondiente autorización judicial para que se habilite el traslado*” (subrayado agregado).

En sustento de su pretensión la amparista invoca las disposiciones contenidas en la ley 4977, y pone de resalto que el artículo 1 de dicha norma establece que la política mortuoria del Gobierno demandado debe atender **a garantizar la dignidad en el trato y respeto al difundo y los deudos, a resguardar la oportunidad de entierro digno para todos los habitantes de la Ciudad, y a incentivar y propender a mejorar la calidad de la prestación de los servicios funerarios públicos y privados.**

Invoca luego el artículo 36 de la misma ley, y al respecto argumenta que dicha norma condiciona la exhumación a una cuestión fáctica, cual es la reducción natural del cadáver. Explica que el tiempo estimado que debe pasar para la reducción del cuerpo depende del lugar donde ha sido inhumado, y que “*los expertos en la materia indican que lógicamente la reducción propiamente dicha sólo puede determinarse por medio del examen del cuerpo*”.

Afirma también que la norma prevé casos de excepción, autorizando las exhumaciones previa autorización judicial con fines de autopsia o reconocimiento de cadáveres, y agrega que “*el singular caso que aquí se plantea, no se encuentra expresamente previsto en la legislación local*”.

Señala finalmente que en tanto y en cuanto la norma habilita las exhumaciones con fines de autopsia o reconocimiento, se da por sentado que



Juzgado N° 2 Secretaría N°3

“TUNESSE DA COSTA MARIA DEL CARMEN FLAVIA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”, EXPTE A13059-2014/0

efectivamente existen técnicas en materia de seguridad e higiene que hacen viable tal operación, y que no atentan contra la seguridad de la salud pública en general ni afectan al personal de la Dirección General de Cementerios. Refiere que el deceso de su madre se produjo a los 85 años, y a causa de un paro cardiorrespiratorio no traumático, por lo que su cadáver no presenta riesgo sanitario alguno.

Así, precisa que el *thema decidendum* se enmarca en la cuestión de **derechos personalísimos, y en el derecho a la dignidad de trato y respeto a los difuntos y a los deudos, y a la libertad de éstos de disponer del cuerpo de sus seres queridos.**

Funda en derecho y cita jurisprudencia. Adjunta prueba documental y ofrece informativa.

2. A fojas 27/34 contesta la demanda el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y solicita su rechazo.

Afirma en primer lugar que la vía del amparo intentada es inadmisibile, en tanto la amparista no acredita la existencia de conducta manifiestamente arbitraria o ilegítima por parte de las autoridades del GCBA, *“ni tampoco demuestra la existencia de un perjuicio cierto, concreto y directo de imposible o difícil reparación ulterior imputable al GCBA, como así tampoco demuestra la vulneración concreta de algún derecho de alto rango, presupuestos básicos de la postulación de cualquier pretensión amparista”*.

Asimismo señala que los restos de la madre de la actora se encuentran inhumados en el Cementerio de la Chacarita, con fecha de vencimiento del arrendamiento al 3 de mayo de 2016 y que en consecuencia la acción intentada sólo versa sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 4977, que establece la prohibición de *“ [...] exhumar las sepulturas de cadáveres que no se encuentren totalmente reducidas, salvo disposición emanada de autoridad judicial competente, con fines de autopsia o reconocimiento de cadáveres [...]”*. Alega que la legislación vigente prioriza aspectos relacionados con la higiene mortuoria y la salud pública, y que establece el cumplimiento de requisitos sin los cuales no podría realizarse la exhumación *“sin que*

ello implique el cercenamiento o afectación de derechos personalísimos, los cuales en modo alguno son absolutos sino que se encuentra sujetos a la reglamentación específica”.

Con respecto a la disposición contenida en el artículo 36 de la ley 4977, afirma el demandado que la finalidad de la norma se encuentra dirigida a prohibir las exhumaciones durante el plazo de vigencia del arrendamiento de este tipo de sepulturas, que oscila entre cinco y tres años según se trate de cadáveres de personas de más de cuatro años de edad o menores de dicha edad. Agrega que “ [...] *Esta situación atiende exclusivamente a razones de higiene mortuoria, toda vez que la exhumación por vía excepcional prevista en la norma ... exige tomar determinados recaudos, tales como la utilización de elementos de protección para los operarios que efectúan la tarea (barbijos, guantes, ropa especial, etc.)*” y que “ [...] *Asimismo se debe contemplar un horario especial, primordialmente durante la mañana, toda vez que durante dicho procedimiento se producen fuertes emanaciones correspondientes a la descomposición del cadáver y debido a ello debe evitarse su superposición con el servicio mortuario diario*”.

Finalmente señala que para el caso de exhumación por orden judicial de conformidad con lo previsto en el artículo antes citado, existe un costo “*que deberá asumir la parte interesada*”.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende aplicable a su defensa, acompaña prueba documental y formula reserva del caso constitucional y federal.

3. Producidas las pruebas ordenadas por el Tribunal, y oído el representante del **Ministerio Público Fiscal**, se pasan los autos a resolver.

Considerando:

I. Idoneidad de la vía elegida.

1. De conformidad con lo reglado en los artículos 43 de la CN y 14 de la CCABA, la vía procesal escogida requiere que la pretensión amparista acredite una lesión, restricción, alteración o amenaza, actual o inminente. La doctrina señala que



Juzgado N° 2 Secretaría N°3

“TUNESSE DA COSTA MARIA DEL CARMEN FLAVIA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”, EXPTE A13059-2014/0

dicha lesión debe ser “*real, efectiva, tangible, concreta e ineludible*”¹. Asimismo, debe configurarse una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Es decir, si se viola el derecho positivo o, aún de existir legalidad en sentido amplio, si el plexo normativo invocado en el supuesto de autos es írrito por apartarse de la voluntad del legislador o es irracional.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la lesión de los derechos o garantías debe resultar del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate y prueba².

Una vez reunidos estos extremos básicos, los mismos deben ser pasibles de lograr una decisión judicial en un tiempo razonable, dentro del marco de un proceso signado por la celeridad y desprovisto de rigorismos procesales que dificulten esta vía expedita y rápida. En tal sentido, cabe recordar que Bidart Campos explicita la idoneidad de la vía en cuestión desde la elección de aquella que sea más apta para la tutela inmediata que debe depararse al justiciable³.

Conforme lo dicho por la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, “*La idoneidad de la vía debe determinarse en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente violatorio de derechos o garantías constitucionales o legales y de la concreta necesidad de acudir a la garantía en examen para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos*”⁴.

Vale decir que será el juez quien deberá sopesar si la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que ostente el acto o conducta impugnada necesita de un eficaz y pronto remedio judicial, obtenible a través de la eficacia de este proceso constitucional.

2. En el *sub examine*, la naturaleza del derecho debatido referido a la dignidad de trato y respeto a los difuntos y a los deudos, y a la libertad de éstos de disponer del cuerpo de sus seres queridos, permite advertir que la utilización de la vía contenciosa prevista en el título VIII del CCAYT implicaría un menoscabo al derecho a

¹ LAZZARINI, José Luis, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 243 y siguientes.

² CSJN, *Fallos*: 306:1253; 307:747, entre muchos otros.

³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, 1995, p. 312.

⁴ Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, “*Del Piero Fernando Gabriel c/ GCBA s/ ejecución de sentencias contra autoridad administrativa*”, expediente n° 979/01, resolución del 11/12/2001.

la tutela judicial efectiva. Por ello, la dilación en el tiempo de la presente acción importaría una negativa a una respuesta eficaz en el tiempo para el justiciable ⁵.

En atención a cómo ha quedado trabada la litis, la cuestión a decidir se centra en la aplicabilidad, vigencia e interpretación de las normas invocadas por las partes y la consiguiente injerencia sobre una posible afectación del aludido en el párrafo precedente. Entonces, para determinar si la conducta asumida por la demandada es arbitraria o ilegalmente manifiesta, sólo bastará remitirse a los dichos de las partes, a la compulsión de la prueba documental acompañada y al estudio del marco normativo aplicable. Por ende, la cuestión planteada no requiere de mayor complejidad de debate y prueba para su dilucidación.

Con respecto a las alegaciones formuladas por la demandada al plantear la inidoneidad de la vía elegida por la amparista, cabe destacar que en casos como el presente, en el que el agotamiento de la vía administrativa importaría un inconducente y excesivo rigor formal, dilatorio de la defensa en juicio garantizada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, **resulta de aplicación el principio *pro accione***. Es que los tratados internacionales de derechos humanos que desde la reforma constitucional de 1994 poseen rango supralegal, reconocen el derecho de todas las personas a obtener, en condiciones de igualdad, un rápido acceso a un tribunal de justicia independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos.

En virtud de lo expuesto, dable es concluir que en el caso concreto la acción de amparo resulta ser la vía idónea para dilucidar los derechos constitucionales que la amparista considera vulnerados por el GCBA.

Por ello, se valora la presente acción constitucional –libre, en el decir de Morello, de vasallajes procesales– como pertinentemente idónea para la resolución del entuerto de autos.

II. Marco normativo

1. Como se señalara, en el *sub lite* se encuentran en juego un derecho personalísimo de la actora, como lo es la dignidad de trato y respeto a los

⁵ Este tribunal, “*Vera María Alejandra c/ GCBA s/ amparo*”, sentencia del 14/03/2005.



Juzgado N° 2 Secretaría N°3

“TUNESSE DA COSTA MARIA DEL CARMEN FLAVIA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”, EXPTE A13059-2014/0

difuntos y a los deudos, y a la libertad de éstos de disponer del cuerpo de sus seres queridos.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza expresamente ese derecho, al establecer que “ [...] La Ciudad garantiza [...] 3. El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte de la dignidad humana [...] 4. El principio de inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia[...].

2. A su vez la Ley n° 4977 regula las cuestiones relativas a la **exhumación de cadáveres inhumados** en los cementerios públicos y privados en el ámbito de la Ciudad.

Así, en el artículo 1° define que la política mortuoria del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe regirse por los siguientes principios: “[...] **Garantizar la dignidad en el trato y respeto al difunto y a los deudos; Resguardar la oportunidad de entierro digno para todos los habitantes de la Ciudad; Asegurar el respeto por los diversos cultos, religiones, costumbres y creencias; Promover el mantenimiento de la Higiene Ambiental; [...] Incentivar y propender a mejorar la calidad en la prestación de los servicios funerarios públicos y privados**”.

Más adelante, en el capítulo destinado a regular las sepulturas de enterratorio, se regulan los plazos por los que se otorgan los arrendamientos y se dispone lo siguiente:

“Art. 31.- Las sepulturas se concederán previo pago de la tarifa que establezca la Ley Tarifaria vigente al momento de efectivizarse el mismo. Las inhumaciones bajo la modalidad de "nucleación familiar" serán acordadas en los sectores denominados Parque, previo pago del derecho correspondiente. Los plazos de otorgamiento serán los siguientes: - Por el término de cinco (5) años para cadáveres de personas mayores de cuatro (4) años de edad. - Por el término de tres (3) años para cadáveres de personas hasta cuatro (4) años de edad inclusive”.

“Art. 34.- A los cadáveres procedentes de la Morgue Judicial o establecimientos hospitalarios que no fueren reclamados, se les dará sepultura individual y gratuita por el término de cuatro (4) años. Vencido dicho plazo, podrán ser

exhumados y cremados de oficio, previa publicación de edictos en el Boletín Oficial por el término de tres (3) días. Igual tratamiento podrá darse a los indigentes declarados como tales por la autoridad competente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

“Art. 35.- Vencido el término de los arrendamientos de sepulturas de enterratorio se dispondrá la apertura de las sepulturas a efectos de comprobar si los cadáveres se encuentran totalmente reducidos, de conformidad al procedimiento previsto en el artículo 21 de la presente Ley. En caso negativo se considerará prorrogado el arrendamiento por períodos sucesivos de dos (2) años cada uno, debiendo comprobarse el estado de los cadáveres para su remoción al vencimiento de cada uno de ellos”.

“Art. 36.- Se prohíbe exhumar las sepulturas de cadáveres que no se encuentren totalmente reducidos, salvo disposición emanada de autoridad judicial competente, con fines de autopsia o reconocimiento de cadáveres”.

Por otra parte, en el capítulo destinado a regular las cremaciones, se prescribe lo siguiente:

“Art. 119.- Denominase reducción por cremación a todas las cremaciones de cadáveres que fueren solicitadas después del año de fallecimiento”.

“Art. 120.- La reducción por cremación podrá ser solicitada por los herederos forzosos del fallecido, lo que se acreditará con la documentación detallada a continuación: [...]”.

III. Sustento probatorio.

Las pruebas aportadas durante la tramitación del presente amparo son las siguientes:

1. Copia certificada de contrato de cesión a favor de la amparista, por una parcela en el cementerio privado Parque Memorial. (fojas 13/14).

2. Copias certificadas de las partidas de defunción de la madre de la reclamante, y de nacimiento de esta última, que da cuenta del vínculo filiatorio invocado (fojas 15 y 17)



Juzgado N° 2 Secretaría N°3

“TUNESSE DA COSTA MARIA DEL CARMEN FLAVIA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”, EXPTE A13059-2014/0

3. Copia certificada de la constancia emitida por la Dirección de Cementerios del Gobierno de la Ciudad, que da cuenta de que la amparista es la arrendataria de la sepultura de su difunta madre. Del instrumento también surge que el arrendamiento se extiende desde el 3 de mayo de 2012 hasta el 3 de mayo de 2016.

4. A fojas 53 obra la contestación de oficio de la firma Jardín del Pilar S.A. , en la que se expresa que la empresa brinda el servicio de traslado de cadáver desde un cementerio a otro, y que la intervención del personal depende del servicio contratado, del lugar donde se encuentren inhumados los restos y del lugar al que se quieran trasladar. Al respecto aclaran que en caso de realizarse el traslado desde un cementerio público, el servicio de exhumación debe ser realizado por personal del parque en donde se encuentren los restos y que la empresa únicamente pone a disposición su propio personal para realizar el traslado.

5. A fojas 62/63 obra la contestación de oficio cursada por la Dirección General de Cementerios de la Ciudad, en la que se ratifica que la exhumación que se realiza antes del vencimiento del plazo de arrendamiento de la sepultura *“exige tomar determinados recaudos, tales como la utilización de elementos de protección para los operarios que efectúan la tarea (barbijos, guantes, ropa especial, etc.) como así también contemplar un horario especial, primordialmente durante la mañana, toda vez que durante dicho procedimiento se producen fuertes emanaciones correspondientes a la descomposición del cadáver y debe evitarse su superposición con el servicio mortuario diario”*.

6. A fojas 61/110 obra copia de la historia clínica de la madre de la amparista, remitida por el Sanatorio Guemes.

IV. La cuestión de fondo.

1. La cuestión a decidir se centra, entonces, en determinar si la autorización solicitada para exhumación y traslado de restos se compadece con el bloque de legalidad vigente.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 36 de dicha norma, cuando prohíbe la exhumación de cadáveres que no se encuentren totalmente reducidos, no determina cuál es el lapso de tiempo en el que se presume que un cadáver se ha reducido, dato que debe extraerse del resto del articulado de la ley 4977.

En consecuencia, y a efectos de determinar cuál sería el plazo promedio para un cadáver sepultado en enterratorio, resulta necesario recurrir a las disposiciones contenidas en los artículos 31, 34 y 35 de la ley. Dichas normas disponen un plazo de duración de entre tres (3) a cinco (5) años, según se trate de menores de 4 años, de adultos, o de cadáveres no reclamados procedentes de la morgue judicial o indigentes.

Por otra parte, el artículo 35 dispone que vencidos dichos plazos corresponde proceder a la apertura de la sepultura a efectos de comprobar si los cadáveres se encuentran reducidos. En caso negativo el arrendamiento se considera prorrogado por dos años. Ahora bien, cuando se trata de cadáveres no reclamados o de indigentes, la exhumación se realiza a los cuatro (4) años, para proceder a reducir el cadáver mediante cremación.

Es decir que la norma establece una presunción de que la reducción de un cadáver sepultado en enterratorio se produce en un lapso de tiempo que oscila entre los 3 y los 5 años, pero que dicho lapso puede ser aún mayor, y que se trata de una circunstancia que sólo puede ser comprobada mediante la apertura de la respectiva sepultura.

Por otra parte, el propio Gobierno demandado, tanto en la contestación de demanda, como en la nota obrante a fojas 62/63 da cuenta de que existe un procedimiento para la exhumación de cadáveres antes del vencimiento del plazo de arrendamiento, que consiste en: a) la utilización de elementos de protección para los operarios que efectúan la tareas, tales como barbijos, guantes, ropa especial, etc., y b) la implementación de la exhumación en un horario en el que no haya asistencia de público. Asimismo manifestó que en estos casos el interesado debe pagar una tasa especial por el servicio.

Lo concreto es que más allá de estos recaudos que se deben adoptar para exhumar un cuerpo antes del vencimiento del plazo de arrendamiento, lo cierto es



Juzgado N° 2 Secretaría N°3

“TUNESSE DA COSTA MARIA DEL CARMEN FLAVIA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”, EXPTE A13059-2014/0

que por un lado existe la posibilidad de arbitrar los medios necesarios a fin de preservar cuestiones de salubridad e higiene y que, por el otro, la parte demandada no ha invocado ni acreditado un riesgo sanitario concreto para los operarios, ni tampoco para la salud pública.

Por otra parte, la posibilidad de exhumar un cadáver aún cuando no esté totalmente reducido está prevista en la misma norma que se analiza. En efecto, los artículos 119 y 120 permiten la exhumación de cadáveres luego de un año del fallecimiento, a los fines de proceder a su reducción por cremación, a pedido de los herederos forzosos.

Cabe concluir entonces que si los familiares de un deudo pueden pedir su exhumación a los fines de su cremación, la negativa a que lo hagan para su traslado a otro cementerio resulta irrazonable. Así, la prohibición de exhumar un cadáver antes del vencimiento del respectivo arrendamiento no puede entenderse como absoluta, y debe ceder frente a los diversos supuestos que la misma ley contempla.

2. Frente a las cuestiones operativas precedentemente reseñadas, se encuentra **el inalienable derecho de los deudos del difunto a disponer de los restos de su ser querido**, dentro del marco de reglamentación dispuesto por la legislación vigente, y siempre que no se afecte la salud pública.

Al respecto, cabe señalar que la doctrina ha destacado que la facultad que corresponde a los sobrevivientes para resolver el destino del cadáver de sus deudos se funda en el nexo que los unía con el causante, que se trata de un derecho-deber de cuidado y custodia y que se traduce en una tutela de tipo moral y afectiva⁶. También la jurisprudencia ha destacado que cuando 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**, con arreglo a las creencias religiosas del fallecido⁷, y que los sobrevivientes tienen el poder jurídico de **no permitir actos**

⁶ Llambías, J.J. “Derecho Civil - Parte general”, t. I pág. 280

⁷ CNCiv., Sala E, 4/4/2001, “K.A.F. y otros s/autorización”,

contrarios a los usos y costumbres corrientes sobre sepulturas y custodia de cadáveres ⁸.

Es de destacar asimismo que, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, si se pretende exhumar cadáveres de parientes con el exclusivo propósito de trasladarlos para facilitar el culto por parte de los deudos, tal motivación constituye, suficiente fundamento para conceder autorización judicial a tal fin. Ello así, dado que la prerrogativa en cuestión no puede verse frustrada por cuestiones de exclusivo corte administrativo, siempre que se suministren las garantías mínimas tanto para resguardar las normas de salubridad e higiene mortuoria.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho que *“El respeto debido a los muertos no sólo es una tradición arraigada en los sentimientos de la comunidad y en normas de cultura no codificadas [...] , sino que se vincula con los afectos, el sentimiento de piedad sobre el difunto y las creencias más profundas de las personas y forma parte de sus derechos extrapatrimoniales, merecedores de respeto y tutela por parte del orden legal. La facultad que corresponde a los sobrevivientes para resolver el destino del cadáver de sus seres queridos se funda en el nexo que los unía con el causante. Se trata de un derecho-deber de cuidado y custodia, que es independiente del orden sucesorio (conf. Llambías, J. J., "Parte general", t. I, p. 280; Borda, Guillermo, "Parte general", t. I, N° 24 e), y se traduce en una tutela de tipo moral y afectiva. Es que, cuando en vida la persona no ha dejado instrucciones sobre el destino de su futuro cadáver, debe interpretarse que encomendó el cuidado o decisión sobre sus restos a los familiares sobrevivientes (conf. Goldschmidt, Werner, "Mejor derecho sobre los restos mortales de una persona", en ED, 28-691) y éstos tienen el poder jurídico de custodiarlos, de venerarlos conforme a sus creencias y de no permitir actos contrarios a los usos y costumbres corrientes”* (destacado agregado).⁹.

3. En este marco cobra relevancia la necesidad invocada por la amparista de evitar al vencimiento del arrendamiento de la sepultura de su madre que las autoridades administrativas dispongan su traslado a un osario común o su cremación,

⁸ Highton, Elena I. – Lambois, Susana “¿Quién dispone de nuestro cuerpo cuando morimos? ED, t. 136-104 en anotación a fallo CApel. Civ. y Com. Junín, 12/9/89 “Brandone, Orfelía y otros c. Peticara de Cassola, Adela”

⁹ Cámara Civil, Sala 1, 29/6/99, “P.R. y otros” publ. en LA LEY 1999-E , AR/JUR/2262/1999.



Juzgado N° 2 Secretaría N°3

“TUNESSE DA COSTA MARIA DEL CARMEN FLAVIA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”, EXPTE A13059-2014/0

lo cual contrariaría la voluntad familiar en cuanto al destino de los restos de la difunta. Ello así, ante su ausencia del país y la inexistencia de otros familiares que puedan encargarse del destino de los restos de su progenitora.

Por otra parte, razones humanitarias básicas que no deben ser perdidas de vista al momento de sentenciar confirman que en el presente caso la prohibición –no absoluta- de exhumar un cadáver antes de los cuatro años debe ceder frente al derecho de los familiares del deudo a disponer el modo y lugar en que éstos serán sepultados. No es ocioso en tal sentido traer a colación que ahora, mas allá de haber sido reconocido desde antaño por la jurisprudencia y la doctrina, el derecho en cuestión encuentra regulación expresa en el Código Civil y Comercial que entrará en vigencia en agosto próximo¹⁰,

V. Por las razones precedentemente expuestas corresponderá hacer lugar al reclamo de la amparista y **autorizar la exhumación de los restos de Mercedes da Costa, inhumados en la sección 3, manzana 3, tablón 7, sepultura 11, del Cementerio de la Chacarita, para su posterior traslado a un cementerio privado a elección de la parte actora.** Dicha exhumación se realizará previo pago por la interesada de los cánones y tasas pertinentes, así como de cualquier gasto que irrogare la exhumación y traslado, y con la asistencia en el lugar de personal de una empresa debidamente autorizada al traslado de restos humanos.

En virtud de lo precedentemente expuesto y en el marco de la normativa y jurisprudencia citada, **SE RESUELVE:**

1º) HACER LUGAR a la presente acción de amparo, y consecuentemente ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que proceda a exhumar, en las condiciones descriptas en el apartado V. del presente resolutorio, los restos de quien fuera en vida **Mercedes da Costa, que se encuentran inhumados en la sección 3, manzana 3, tablón 7, sepultura 11, del Cementerio de la**

¹⁰ En el artículo 61 se dispone que “[...] 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, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

Chacarita, previo pago por la interesada de los cánones y tasas pertinentes, así como de cualquier gasto que irrogare la exhumación y traslado, y con la asistencia en el lugar de personal de una empresa debidamente autorizada al traslado de restos humanos.

2º) IMPONER las costas por su orden, en atención a las particulares circunstancias del caso (art. 62, 2º párrafo del Código CAyT).

Regístrese, notifíquese, y oportunamente archívese.