

Navarro Floria, Juan G.

Algunas consideraciones sobre la muerte y los muertos en el Código Civil y Comercial

About the death and the deaths in te Civil and Commercial Code

Prudentia Iuris, N° 84, 2017

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Navarro Floria, J. G. (2017). Algunas consideraciones sobre la muerte y los muertos en el Código Civil y Comercial [en línea]. *Prudentia Iuris*, 84.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/consideraciones-muerte-codigo-civil.pdf> [Fecha de consulta:.....]

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MUERTE Y LOS MUERTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

About the death and the deads in the Civil and Commercial Code

Juan G. Navarro Floria¹

Recibido: 17 de abril de 2017
Aprobado: 23 de junio de 2017

Resumen: En el artículo se examinan los cambios legislativos que presenta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en relación al fin de la existencia de las personas humanas: el concepto de muerte y sus implicancias y efectos sobre las diversas relaciones jurídicas; el régimen de declaración de fallecimiento presunto por ausencia y el régimen referido a los desaparecidos; las previsiones respecto del cadáver humano; y el nuevo régimen sobre cementerios y sepulturas.

Palabras clave: Fin de la existencia - Muerte - Fallecimiento presunto - Cementerios - Desaparición forzada.

Abstract: The article deals with the legal changes in the new Civil and Commercial Code of the Argentine Republic: the concept of end of the life and his consequences within many juridical relationships; legislation about presumed death and forced disappearance of persons; previsions about human corpse; and the new legal framework for cemeteries and tombs.

Keywords: End of life - Death - Presumed death - Cemeteries - Forced disappearance.

1 Profesor ordinario de las Facultades de Derecho y de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: jnavarro@nfla.com.ar.

Para citar este texto:
Navarro Floria, J. G. (2017). “Algunas consideraciones sobre la muerte y los muertos en el Código Civil y Comercial”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 73-106.

1. Introducción

Una definición acaso poco científica, pero bastante gráfica, del Derecho Civil, es la que lo conceptualiza como aquella rama del Derecho que se ocupa de la persona en cuanto tal, desde antes de su nacimiento hasta después de su muerte. Como quiera que sea, el Derecho tiene algo que decir respecto de esos hechos jurídicos, el comienzo y el fin de la existencia de la persona humana.

El primero de esos extremos fue objeto de intensos debates durante el proceso de aprobación del vigente Código Civil y Comercial. No era para menos. A la pretensión del Proyecto de abandonar la afirmación de que todo ser humano es persona (y, por tanto, titular de derechos y portador de una esencial e irrenunciable dignidad), se opuso una fuerte defensa de ese principio esencial. Que al cabo quedó plasmado en el vigente art. 19, CCC, más allá de que no falten voces que insisten en relativizarlo.

No hubo en cambio mayores discusiones acerca del otro extremo de la existencia humana, aunque hay en el CCC interesantes definiciones al respecto. Es cierto que hablar de la muerte no es algo que suscite demasiadas simpatías, pero siendo ese el destino inexorable de todo ser humano, es razonable que el Derecho lo tome en consideración.

El propósito de este trabajo es examinar brevemente qué dice el nuevo Código Civil y Comercial acerca de la muerte de la persona humana y algunas cuestiones próximas (como el fallecimiento presunto o la desaparición forzada de personas), el concepto de muerte, y algunas de sus consecuencias en el campo del Derecho Civil, así como alguna otra novedad vinculada al tema, como ser el régimen de los cementerios. No abordaré otros aspectos posibles, como por ejemplo la visión de la bioética y las perspectivas que abre al respecto el art. 59².

2. La desaparición final de la muerte civil

En el viejo y querido Código Civil de Vélez Sarsfield subsistía la mención de una institución antigua y perimida, hecha con el fin de certificar su

2 He abordado parcialmente esa cuestión en Navarro Floria, J. G. (2016). *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires. EDUCA.

desaparición, por las muy buenas razones aportadas por el codificador en una extensa e ilustrativa nota. Pero aún con ese motivo, el concepto (así fuera para ser condenado a convertirse en objeto de la arqueología jurídica) seguía presente en el texto legal. Me refiero a la “muerte civil”.

Decía en antiguo art. 103: “Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas”.

Hay que decir, sin embargo, que, a pesar de la contundencia de esa definición, el viejo Código todavía reflejaba resabios de la muerte civil. El más importante, el contenido en el antiguo art. 1160, cuando establecía que eran incapaces para contratar “los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos”. A esa incapacidad genérica, se sumaban otras específicas tanto en el Código Civil, como en el de Comercio³. Y si bien la pena de “muerte civil” tampoco aparece en la ley penal, subsiste incluso hasta hoy la incapacidad impuesta a los penados en el art. 12 del Código en la materia.

Nada de eso se mantiene en el CCC: ni la referencia a la muerte civil (que claramente ya no era necesaria, porque no queda en nuestro tiempo ni siquiera memoria de esa institución), ni las incapacidades que afectaban a los religiosos profesos. Aunque la profesión religiosa sigue presente en el CCC, como causal de extinción de la responsabilidad parental. Dice el art. 699 que tal responsabilidad se extingue por la “profesión del progenitor en instituto monástico”.

Tanto las supresiones como la previsión residual recién mencionada son correctas. Las primeras, porque para el Estado los religiosos son ciudadanos como cualquier otro, y en todo caso las restricciones acerca de lo que pueden o no hacer corresponden a su régimen propio, que es el Derecho Canónico; que, dicho sea de paso, tiene vigencia y fuerza de ley en nuestro ordenamiento nacional por las remisiones que hacen, por una parte, el art. 147, CCC, y, por otra parte, y en referencia específica a los religiosos, el art. 2° de la Ley N° 24.483 (ahora, Ley E-1998). No es éste el lugar para profundizar ese tema. En cuanto al efecto de la profesión religiosa sobre la responsabilidad parental, si bien se trata de un supuesto harto improbable de que ocurra, no está mal que el reconocimiento se mantenga⁴.

3 Ver al respecto Navarro Floria, J. G.; Padilla, N. y Lo Prete, O. (2014). *Derecho y Religión. Derecho Eclesiástico Argentino*. Buenos Aires. EDUCA, 291 y sigs.

4 Ver Navarro Floria, J. G. (2016). “El Derecho Eclesiástico en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino”. En *ADEE* vol. XXXII, 501.

3. El concepto de muerte en el CCC

El art. 93, CCC, establece: “Principio general. La existencia de la persona humana termina por su muerte”.

Se trata de una norma simple e indiscutible. Lo que no termina de entenderse es qué significa que sea un “principio general”, porque, por una parte, no parece que tenga excepciones, y también porque luego del “principio general” no se enuncia ningún otro principio o norma especial en la materia. Salvo que el legislador estuviese pensando en la presunción de fallecimiento, a la que dedica el capítulo anterior (arts. 85 al 92, que analizaremos luego), o bien en la situación imprecisa que tienen en el Derecho Argentino los desaparecidos, que también veremos.

El CCC no define en qué consiste la muerte, como tampoco lo hacía su antecesor, a pesar de las importantísimas consecuencias jurídicas que tiene ese acontecimiento. Sin embargo, trae una norma novedosa, que de todas maneras no clarifica demasiado. Dice el art. 94: “Comprobación de la muerte. La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver”.

De este modo, la definición de la muerte se convierte en un dato extrajurídico, desde que queda deferida a los “estándares médicos”. Que además de ser imprecisos son variables, ya que en la medida en que avanza la tecnología es posible conocer más acerca de la actividad cerebral profunda, “resucitar” personas a las que se hubiera considerado indudablemente muertas según los estándares médicos de hace algunos años, etcétera⁵.

El art. 94 contiene una remisión a la legislación específica en materia de trasplantes de órganos, ordenamiento que ha quedado fuera del CCC⁶. Esa remisión se repite en el art. 56, segundo párrafo, del CCC⁷. Efectivamente, en ese régimen especial existe una regulación acerca de la comprobación de la muerte de las personas, que también remite a criterios médicos, previendo, incluso, la variabilidad de estos al compás de la evolución de la ciencia. Dice la ley (art. 23)⁸:

5 Sobre el lábil límite entre vida y muerte, ver http://www.observatoriobioetica.org/2016/11/cuando-muere-el-cerebro/17132?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=492.

6 Ley ASA-1856 (antes Ley N° 24.193, y sus modificaciones).

7 “La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial”.

8 El art. 24 de la misma ley agrega: “A los efectos del artículo anterior, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos (2) médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice

“El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b) Ausencia de respiración espontánea;
- c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;
- d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible”.

Lo que no se entiende del todo y resulta ligeramente inquietante es que el CCC prevea que pueda haber criterios diferentes para tener a alguien por fallecido según se trate de extraer de su cadáver órganos para trasplantes, o de otros efectos.

4. Los “conmorientes”

El art. 95, CCC, mantiene, con cambios en la redacción, una previsión que ya existía en el viejo Código. Dice: “Conmoriencia. Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario”.

La norma sólo puede ser entendida a la luz de lo que decía su antecedente y de la doctrina elaborada en su derredor, aunque no tanto en forma aislada. El afán por acortar el texto lo torna algo críptico, porque la referencia a “cualquier otra circunstancia”, sin considerar un elemento temporal, es oscura. Del mismo modo, ha desaparecido del texto legal la consecuencia que del hecho de presumirse la muerte simultánea extraía la norma derogada: que no pueda alegarse transmisión alguna de derechos entre los conmorientes. Hay que pensar que tal consecuencia fue omitida por evidente, y no porque no se produzca.

En rigor de verdad son dos las circunstancias contempladas en la norma, tal como ya ocurría en el régimen derogado.

ablaciones o implantes de órganos del fallecido. La hora del fallecimiento será aquella en que por primera vez se constataron los signos previstos en el artículo 23”.

El primer supuesto es el de quienes han muerto en el curso y como consecuencia de un mismo hecho (un incendio, un naufragio, un terremoto, sintetizados en la expresión “desastre común”), sin que pueda comprobarse quién falleció antes y quién después. El segundo caso es el supuesto en que varias personas han fallecido por causas independientes, sin que pueda probarse el orden de los fallecimientos (por ejemplo, personas que se hallaban en algún lugar remoto y son halladas muertas luego de mucho tiempo y sin que pueda determinarse el orden y aún la causa de las muertes).

La consecuencia es la misma en ambos casos que, como vimos, no aparece en forma expresa en el texto: la inexistencia de transmisión de derechos entre esas personas.

5. El fallecimiento presunto por ausencia

La Ley N° 26.944 derogó a su homóloga, N° 14.394, que desde el año 1954 regulaba, entre otras instituciones, la declaración de fallecimiento presunto. Este asunto ha sido reintroducido ahora en el Código, ocupando los arts. 85 al 92, con el título “Presunción de fallecimiento”. Metodológicamente, ese capítulo ha quedado mal ubicado, porque hubiera debido integrar el que aparece inmediatamente a continuación (“Fin de la existencia de las personas”), por ser un caso especial de lo que se trata en él.

El CCC mantiene cierta ambigüedad terminológica. Los arts. 87 y 89, por ejemplo, disponen con corrección que en estos casos lo que se declara es precisamente “el fallecimiento presunto”. Sin embargo, en otras normas se habla impropriamente de “declaración de ausencia con presunción de fallecimiento” (arts. 435 o 702). Se ha perdido la oportunidad de corregir un vicio del lenguaje jurídico porque, efectivamente, lo que el juez declara es el fallecimiento presunto, y no la ausencia, que en todo caso es el presupuesto que justifica la presunción.

Sustancialmente, se mantiene el régimen anterior, con algunas mejoras y simplificaciones en la redacción de las normas.

El dato que permite presumir el fallecimiento de una persona es la ausencia de su domicilio, sumada al transcurso de un cierto lapso sin que hubiese noticias del ausente. Se mantiene el plazo básico o genérico de tres años sin noticias para poder presumir la muerte (art. 85), y también los mismos plazos abreviados de dos años y de seis meses para los casos extraordinarios que en seguida veremos (art. 86).

Los casos extraordinarios son los mismos que estaban presentes en el régimen anterior, a saber:

- “a) si por última vez⁹ [el ausente] se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido”; y
- “b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido”.

La legitimación activa para pedir la declaración sigue estando atribuida a “Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate”, con la plausible aclaración de que deberá demostrar haber realizado previamente “diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente” (art. 87). Por lo tanto, quien promueve la acción debe demostrar su legitimación, la ausencia del causante, y la realización de esas indagaciones, sin perjuicio de que en el curso del proceso se las reitere o profundice con supervisión judicial. La fórmula elegida excluye que la acción pueda ser ejercida por el Fiscal o promovida de oficio por el juez, aunque el Fiscal habrá de ser parte necesaria del proceso¹⁰.

La competencia para declarar el fallecimiento presunto se atribuye en el art. 87, CCC, exclusivamente al juez del último domicilio del desaparecido, y ya no (como en el régimen anterior) al de la última residencia, o al del lugar en que hubiera bienes de su propiedad¹¹. Pero esta norma restrictiva no guarda coherencia con la del art. 2619, que dice:

“Ausencia y presunción de fallecimiento. Jurisdicción. Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde

9 Lo que ha querido decir el legislador es que la última noticia habida de la persona haya sido que se hallaba inmersa en alguna de las situaciones que la norma describe. Fuera de ese giro confuso, se ha aclarado la norma anterior, reemplazando, por ejemplo, la voz “empresa” por “actividad”, que es más apropiada.

10 La demanda de declaración de fallecimiento presunto por parte del Fiscal sin la voluntad de los familiares o interesados directos e incluso en contra de ella, sólo fue prevista en la Argentina en el régimen de excepción de la Ley de Facto N° 22.068, dictada para declarar muertos a los desaparecidos eludiendo la investigación de las circunstancias de tales desapariciones.

11 No hay explicación para el cambio, que carece de razón aparente. La diferencia con lo que indica el art. 2619, en el capítulo referido a normas de Derecho Internacional Privado, es una de las tantas incoherencias del CCC, probablemente debidas a las muchas manos que intervinieron en su redacción.

están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República”.

El art. 88, CCC, reproduce con simplificaciones de redacción las normas de procedimiento que ya contemplaban los arts. 25 y 26 de la Ley N° 14.394 (de manera que conserva vigencia lo elaborado por la doctrina y la jurisprudencia respecto del proceso de declaración de fallecimiento presunto por ausencia):

“El juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, y citar a aquél por edictos una vez por mes durante seis meses. También debe designar un curador a sus bienes, si no hay mandatario con poderes suficientes, o si por cualquier causa aquél no desempeña correctamente el mandato. La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente”.

La norma actual habla de “la existencia del ausente”, en lugar de “el paradero del ausente”, como hacía el art. 26 de la Ley N° 14.394. Es una modificación equivocada, porque la existencia de la persona no puede estar en duda (si se la entiende como que alguna vez haya existido). En todo caso, se podría haber dicho “la supervivencia”.

Es curioso que se haya mantenido el recaudo, manifiestamente anacrónico e inútil en la sociedad actual, de la publicación de edictos. Hubiera sido mucho más razonable, en todo caso, prever un aviso radiofónico, televisivo o en las redes sociales. Llama la atención que tampoco se exijan otras diligencias probatorias que son de rigor, como el pedido de informes a organismos y registros públicos, aunque es de esperar que los Códigos Procesales la dispongan.

El art. 89, CCC, manteniendo el contenido del art. 26 de la Ley N° 14.394, dispone:

“Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia”.

De aquí se deduce que el proceso ha de durar no menos de seis meses. La norma ordena “la inscripción de la sentencia” sin aclarar dónde: es en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas¹².

12 “Se inscribirán en los libros de defunciones: [...] c) Las sentencias sobre ausencia con presunción de fallecimiento” (Ley E-3079, art. 59).

La sentencia de declaración de fallecimiento presunto supone la convicción del juez acerca de que existe una razonable y seria posibilidad del fallecimiento, aunque no se tenga certeza de él. La inscripción de la sentencia hace que sea oponible *erga omnes*¹³.

La fijación del día y, en lo posible, de la hora del fallecimiento presunto es una cuestión de la mayor relevancia porque determinará el momento de transmisión de los derechos y consolidación de la vocación hereditaria de los eventuales herederos. El art. 90, CCC, reproduce sin cambios más que de redacción lo que disponía en ese sentido el art. 27 de la Ley N° 14.394.

La declaración de fallecimiento presunto extingue el matrimonio si la persona estaba casada (art. 435), y suspende el ejercicio de la responsabilidad parental si tenía hijos menores (art. 702).

El CCC ha innovado respecto del régimen de la Ley N° 14.394, porque en él la declaración de fallecimiento presunto no extinguía el matrimonio, sino que solamente lo tornaba disoluble. La efectiva disolución solamente ocurriría efectivamente en caso de que el cónyuge no ausente contrajese nuevo matrimonio (para lo que quedaba habilitado por la sentencia). Este complicado procedimiento había perdido sentido a partir del dictado de la ley de divorcio vincular, a pesar de lo cual fue mantenido por la Ley N° 23.515.

Es evidente, entonces, que la eventual reaparición del presuntamente fallecido no producirá efecto sobre el estado civil de su ex cónyuge, dado que el matrimonio estaba ya disuelto de pleno derecho. En todo caso, será necesaria una nueva celebración matrimonial para recuperar ese estado. Si entre tanto el cónyuge “no ausente” hubiera contraído nuevo matrimonio, el régimen derogado (art. 31, Ley N° 14.394) aclaraba expresamente que la reaparición del ausente no producía la nulidad del segundo matrimonio. Esa norma no se mantiene explícitamente en el CCC, pero es la lógicamente aplicable¹⁴.

En cambio, como el ejercicio de la responsabilidad parental solamente se suspende por la declaración de fallecimiento presunto, la eventual reaparición del presuntamente fallecido le permitirá retomar ese ejercicio, si aún tuviese hijos menores de edad.

13 Acaso con la salvedad de que no será oponible al presunto fallecido, si es que sigue vivo. Él seguirá obrando válidamente allí donde esté, porque de lo contrario estaríamos ante un supuesto de muerte civil que, como ya vimos, resulta inadmisibile.

14 Queda por supuesto a salvo el caso de que el cónyuge “presente” en realidad hubiera sabido que la presunción de fallecimiento era falsa porque el cónyuge ausente en realidad estaba vivo, de suerte que el segundo matrimonio habría sido contraído de mala fe, lo que permitiría alegar su nulidad.

En cuanto a la sociedad conyugal, a diferencia de lo que ocurría en el régimen derogado, se extingue de pleno derecho por la sentencia de declaración de fallecimiento presunto (art. 475, CCC), con lo que debería liquidarse sin necesidad de ninguna espera.

La muerte presunta determina también la apertura de la sucesión (art. 2277, CCC). Pero el CCC ha mantenido en general las normas preexistentes en la Ley N° 14.394 que imponen el inventario de los bienes (que en una sucesión “normal” como regla no es de factura obligatoria, art. 2342, CCC), y la prenotación respecto de los bienes registrables (arts. 91 y 92, CCC):

“Los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial. Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento¹⁵, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado”.

“La prenotación queda sin efecto transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes.

Si el ausente reaparece puede reclamar: a. la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b. los adquiridos con el valor de los que faltan; c. el precio adeudado de los enajenados; d. los frutos no consumidos”.

Estas normas deben leerse como complemento de las que rigen las sucesiones. La declaración de fallecimiento presunto determina la apertura de la sucesión (art. 2277), que deberá tramitarse con los pasos y las formalidades correspondientes porque el proceso previo de declaración de fallecimiento presunto no requirió la citación de los herederos ni la dilucidación de los derechos que correspondiesen a cada uno. Lo peculiar del caso es que la entrega de bienes se hará con las modalidades recién mencionadas, y quedará sujeta a la eventualidad de la reaparición del ausente con el alcance también mencionado. No hay en esto cambios en relación al régimen anterior.

15 El art. 29 de la Ley N° 14.394 decía que ante la reaparición del ausente, quedaba sin efecto “la entrega de los bienes”. El cambio que se advierte en el CCC es correcto: lo que queda sin efecto es la presunción de fallecimiento, y como consecuencia de ella, se producirá la restitución de los bienes en caso de ser solicitada por el causante. Es también correcta la eliminación de la norma que contenía el tercer párrafo del mismo art. 29 referida a la presentación de herederos de grado preferente, porque basta con las reglas generales en materia de petición de herencia.

El capítulo del CCC dedicado al Derecho Internacional Privado no sólo se ha ocupado de la competencia judicial para la declaración de fallecimiento presunto, sino también de la ley aplicable (art. 2620):

“La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente”.

6. El caso de los desaparecidos

En el CCC hay apenas alguna mención aislada de la “desaparición forzada”, y ninguna de los “desaparecidos”, o víctimas de desaparición forzada. Se ha perdido así la oportunidad de dar a esa situación un tratamiento integrado dentro del Derecho Civil.

La mención aislada es la que se hace en el art. 69, referido al cambio de nombre de las personas humanas. Allí se dice:

“Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad”¹⁶.

La desaparición forzada tiene un tratamiento específico en el Derecho Internacional, mediante la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Convención de Belém de Pará, de 1994)¹⁷, que en el caso argentino tiene jerarquía constitucional. Ella ofrece una definición de desaparición forzada (art. II):

“[...] la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas

16 El caso previsto parece ser el de una persona que habiendo sido víctima de desaparición forzada a muy corta edad (o incluso siendo todavía “persona por nacer”), haya luego salido de esa situación con una identidad alterada o cambiada, que es lo que se señala inmediatamente a continuación en el mismo artículo. Porque si la persona continúa en situación de desaparición forzada es claro que no podrá pedir su cambio de nombre. De manera que la mención en este artículo a la “desaparición forzada” es al menos superabundante, sino directamente incorrecta, ya que bastaba con la referencia a la apropiación ilegal o alteración de estado civil.

17 Esta Convención fue aprobada por la Argentina por la Ley N° 24.556 (ahora, Ley H-2043), y obtuvo jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, por medio de la Ley N° 24.820.

que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”¹⁸.

Dejando de lado las aristas penales del tema, en materia civil advertimos que junto al CCC subsisten leyes que se refieren especialmente al caso, y que colocan a los desaparecidos en una situación jurídicamente ambigua, considerándolos vivos, pero tratándolos como fallecidos; y a sus familiares (no denominados herederos sino “causahabientes”) “casi” como herederos¹⁹.

En primer lugar, hallamos la Ley E-1919 (antes, Ley N° 24.321), referida a “toda aquella persona que hasta el 10 de diciembre de 1983, hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero” (art. 1°), que otorga a esa situación un efecto análogo al fallecimiento en su art. 7°:

“Los efectos civiles de la declaración de ausencia por desaparición forzada serán análogos a los prescriptos por la Ley N° 14.394 para la ausencia con presunción de fallecimiento”²⁰.

Una de las particularidades de ese régimen legal es que permite “resucitar” a fallecidos presuntos, ya declarados tales, “reconvirtiéndolos” en desaparecidos (art. 10).

En segundo lugar, encontramos la Ley N° 24.411²¹, actualmente refundida dentro de la Ley H-1778. Esa ley otorgaba el derecho a percibir una

18 En términos muy similares, el art. 2° de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas (aprobada por la Argentina por Ley N° 26.298, ahora Ley O-3016): “[...] se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

19 Me ocupé hace años de esta cuestión en un trabajo denominado “La condición jurídica de ‘desaparecido’ y sus consecuencias en el Derecho Argentino”, *ED* 19-7-1995, que conserva vigencia en lo que se refiere al análisis de la Ley N° 24.321. La situación allí descrita se ha hecho aún más compleja por una serie de leyes posteriores, como las Nros. 25.985, 26.521, 26.564, 27.143 y otras. Remito a esa nota, en homenaje a la brevedad.

20 El legislador no ha tenido en cuenta esta remisión al derogar la Ley N° 14.394. Deberá suponerse que la remisión hay que hacerla ahora al CCC.

21 El Digesto Jurídico presenta en su Anexo II a la Ley N° 24.411 como “no vigente”, por “fusión” con la Ley N° 24.043, dentro de la categoría H (Derecho Constitucional).

indemnización, a personas que “se encuentren en situación de desaparición forzada” (art. 1º). Según el art. 6º de la Ley H-1778²²:

“La persona cuya ausencia por desaparición forzada se hubiera declarado judicialmente en los términos de la Ley N° 24.321, percibirá dicha reparación pecuniaria a través de sus causahabientes”.

De ese texto se deduce sin esfuerzo que para la ley el desaparecido no es considerado fallecido, ni siquiera en forma presunta (situación a la que por lo demás se refiere el art. 5º de la misma norma), sino vivo, aunque sujeto a representación por sus causahabientes. Es más, la norma agrega en forma terminante:

“Bajo pena de nulidad en lo pertinente, en ningún supuesto, el juez interviniente podrá declarar la muerte ni fijar fecha presunta de fallecimiento”.

Los “causahabientes” a los que se legitima para representarlo (concepto distinto del de “derechohabientes”, utilizado en la norma para referirse a los herederos del fallecido comprobado o presunto) no son solamente los herederos, sino también el conviviente que haya mantenido una unión de hecho por dos años previos a la desaparición (art. 10), y que no tiene vocación hereditaria.

Pero contradictoriamente con lo dicho recién, el art. 59 de la Ley E-3079 (de Registro Civil) ordena que “Se inscribirán en los libros de defunciones: [...] d) Las sentencias que declaren la desaparición forzada de personas”.

Es decir que, en materia registral, la desaparición forzada sí se asimila a la defunción.

En el CCC, en cambio, la desaparición forzada no termina la existencia de las personas. Lo que determina un desajuste con la legislación registral, que ciertamente es más realista que las leyes especiales que venimos refiriendo.

El Código no ha previsto tampoco qué efecto tiene la declaración de desaparición forzada sobre el matrimonio del desaparecido (que no se extingue por esa declaración), ni sobre la titularidad o el ejercicio de la responsabilidad parental²³, la tutela o la curatela.

²² Que se corresponde con el art. 4º bis de la Ley N° 24.411, introducido por Ley N° 24.823.

²³ Dado que el régimen especial de la Ley N° 24.321 está acotado a personas desaparecidas antes del 10 de diciembre de 1983 (en cualquier momento anterior a esa fecha), es claro que no quedan hijos menores de edad de esos desaparecidos, ni desaparecidos en la minoridad que puedan estar hoy sujetos a responsabilidad parental.

Las normas sobre ausencia simple (art. 79 y sigs.) y sobre fallecimiento presunto por ausencia, ya analizadas, naturalmente pueden ser aplicadas a casos de desaparición forzada, pero no prevén esa situación en forma específica. Por supuesto, cabe esperar y desear ardientemente que nunca más se produzcan desapariciones forzadas en forma masiva, que requieran una legislación especial. Sin embargo, la posibilidad de que se produzcan nuevas desapariciones forzadas está abierta en los términos de las convenciones internacionales citadas, y de hecho y tristemente se registran casos de tanto en tanto. Se supone que, en estos supuestos, sí debería acudirse al régimen “normal” de declaración de fallecimiento presunto, y que no sería aplicable la valla aparentemente insalvable del art. 6° de la Ley H-1778, que prohíbe en forma terminante declarar muerto a un desaparecido.

7. La prueba de la muerte

Según la regla general del art. 96, CCC, la muerte de las personas ocurrida en la República, cualquiera fuera su nacionalidad, se prueba por medio de las partidas del Registro Civil²⁴.

Pero si se trata de la muerte de personas ocurrida en el extranjero, hay alguna diferencia según se trate o no de argentinos, para quienes se habilitan también los registros consulares. Dice el art. 97:

“El nacimiento o la muerte ocurridos en el extranjero se prueban con los instrumentos otorgados según las leyes del lugar donde se producen, legalizados o autenticados del modo que disponen las convenciones internacionales, y a falta de convenciones, por las disposiciones consulares de la República. Los certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos son suficientes para probar el nacimiento de los hijos de argentinos y para acreditar la muerte de los ciudadanos argentinos”.

Las normas del CCC deben completarse con las contenidas en las leyes referidas al Registro Civil, que han quedado fuera del Código, por una discutible decisión²⁵. La ley nacional que establece las reglas básicas comunes

24 Esta norma coincide con la del art. 24 de la Ley E-3079: “Ninguna constancia extraída de otro registro que el del estado civil y capacidad de las personas, tendrá validez en juicio para probar hechos o actos que hayan debido inscribirse en él, salvo los documentos que expida el Registro Nacional de las Personas, en ejercicio de sus facultades”.

25 Como es sabido, los redactores del CCC optaron por no incluir en ese cuerpo la totalidad de las normas en materia de Derecho Civil y Comercial, sino que dejaron subsistentes lo que denominaron “microsistemas normativos autosuficientes”, es decir, la mayor parte de las leyes especiales que se habían ido dictando después del viejo Código Civil. En algún caso para

para todo el país (complementadas por las reglas operativas de cada provincia) es la Ley E-3079 (antes, Ley N° 26.413). Porque la organización del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (que el CCC vuelve a llamar simplemente “Registro Civil”) corresponde a cada provincia, sin que exista un registro unificado en todo el país.

Según esa ley (art. 62):

“El hecho de la defunción se probará con el certificado de defunción extendido por el médico que hubiera asistido al fallecido en su última enfermedad y, a falta de él, por otro médico o agente sanitario habilitado al efecto, que en forma personal hubiere constatado la defunción y sus causas”²⁶.

Por lo tanto, la prueba material del hecho jurídico de la muerte es el certificado médico, con los requisitos y las exigencias previstos en la ley del Registro Civil; mientras que la prueba formal es la partida de defunción que asienta el Registro Civil en sus libros (también conforme a las normas de la ley específica), y las copias auténticas o certificados que expide el mismo Registro a pedido de los interesados; que son instrumentos públicos, en los términos del art. 289, CCC.

Del nuevo CCC han desaparecido las normas que contenía el Código de Vélez para algunos supuestos específicos, y cuya subsistencia no se justificaba, además de haber caído en desuso. Me refiero a las reglas para la prueba de la muerte de “militares muertos en combate” (antiguo art. 105) o “dentro de la República o en campaña” (antiguo art. 107); o la excepción prevista en el antiguo art. 106, respecto de “los fallecidos en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales o lazaretos”²⁷.

regular materias civiles novedosas, o no contenidas en él; y en otros simplemente porque se extrajo del Código algún tema. El CCC era la oportunidad, al cabo desaprovechada, de reordenar y compaginar ese caos normativo.

26 “El certificado médico de defunción deberá ser extendido de puño y letra, firmado y sellado por el profesional interviniente, con indicación del establecimiento público o privado donde ocurrió el fallecimiento si correspondiere. En lo posible deberá contener: a) El nombre y apellido del fallecido; b) Lugar y fecha de nacimiento; c) Sexo; d) Nacionalidad; e) Domicilio real; f) Tipo y número de documento nacional de identidad del fallecido. Deberá indicarse si estas circunstancias constan por conocimiento propio o de terceros. Asimismo, el profesional certificará la causa inmediata, mediata y originaria de la defunción, o su imposibilidad por desconocimiento, lugar, día, hora, mes y año en que acaeció la defunción, consignando nombre, apellido y número de matrícula del profesional que lo suscribe y lugar, fecha y hora de expedición del certificado. Si el profesional tuviese la imposibilidad de conocer la causa originaria de la defunción deberá consignar expresamente esta circunstancia en el certificado. Si se desconoce la identidad del fallecido, el certificado médico deberá contener el mayor número de datos conducentes a su identificación” (art. 64, Ley E-3079).

27 Dispone la Ley E-3079, art. 61, que están obligados a solicitar la inscripción de los

En cambio, razonablemente se mantiene una previsión genérica para los casos en que no sea posible la prueba ordinaria, habilitando una prueba supletoria. Dice al respecto el art. 98, CCC:

“Si no hay registro público o falta o es nulo el asiento, el nacimiento y la muerte pueden acreditarse por otros medios de prueba”.

La norma es escueta, y ya no menciona específicamente como medios de prueba “otros documentos” o la declaración de testigos, como hacía el derogado art. 108. Aunque va de suyo que tanto la prueba documental como la testimonial (de personas que hayan visto el cadáver) serán pertinentes.

La falta o ausencia de registro puede deberse a la omisión por parte de quienes están obligados a denunciar el fallecimiento (entre ellos: “El cónyuge del fallecido, sus descendientes, sus ascendientes, sus parientes y en defecto de ellos, toda persona capaz que hubiere visto el cadáver o en cuyo domicilio hubiere ocurrido la defunción”²⁸), o a cualquier otra razón. En esos casos, en primer lugar, será menester explicar o demostrar por qué no existe la correspondiente partida, para recién entonces acudir a la prueba supletoria. Se trata de un trámite judicial, que concluirá en la orden del juez para que el fallecimiento sea inscripto en el Registro.

Finalmente, el ya mencionado art. 98, CCC, contiene en un segundo párrafo una norma equivalente al agregado que la Ley N° 14.394 había hecho al antiguo art. 108²⁹, con una redacción más simple:

“Si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta”.

La situación es la que ya estaba contemplada en la norma derogada, por lo que mantienen vigencia las elaboraciones doctrinarias realizadas en su derredor. No se trata de un caso de presunción de fallecimiento, sino

fallecimientos en el Registro Civil, “Los administradores de hospitales, cárceles, o de cualquier otro establecimiento público o privado, respecto de las defunciones ocurridas en ellos”.

28 Ley E-3079, art. 61, inciso a), a quienes se suman los indicados en la nota anterior, y las autoridades de buques o aeronaves de bandera argentina respecto de los fallecimientos ocurridos a bordo de ellos (art. 61, inc. c).

29 Como se sabe, esa norma tuvo como antecedente el hundimiento del “Rastreador Fournier”, ocurrido en los canales fueguinos, cuyos tripulantes fueron declarados muertos por la certeza que había de esa circunstancia (C1ªCivCom La Plata, 20-5-1952, “Bachiega, Amelia s/ sucesión”).

de certeza, que por lo tanto debe estar fundada en razones objetivas³⁰. La declaración de fallecimiento es resultado necesariamente de un proceso judicial (“el juez podrá...”), que culmina en una inscripción realizada en el Registro Civil.

El CCC mantiene el silencio que ya presentaba el Código derogado acerca de quiénes son los legitimados para demandar esta declaración judicial, quién es el juez competente, y otros aspectos procesales. Parece razonable aplicar analógicamente lo que el propio CCC establece para la demanda de declaración de fallecimiento presunto (art. 87).

8. Los efectos de la muerte

El efecto más inmediato y evidente de la muerte es la extinción de la persona y, con ella, de los derechos inextricablemente unidos a la persona misma; y la transmisión de los derechos que sí son transmisibles, como ocurre en general con los derechos patrimoniales. No hay novedad en esto.

Sin embargo, el CCC ha innovado en algunos aspectos específicos. Por ejemplo, en materia del derecho personalísimo a la imagen, al prever una suerte de subsistencia *post mortem*, quedando su custodia a cargo de los herederos, o bien de la persona que el fallecido hubiera designado expresamente con ese fin (art. 53)³¹. La reproducción de la imagen de la persona fallecida sólo es libre después de los veinte años de ocurrido el fallecimiento, pero en tanto ella sea “no ofensiva”, según expresa el mismo artículo. De donde se deduce que la reproducción “ofensiva” (que la ley no define) seguirá estando vedada aún pasado ese término.

Las acciones de familia, como regla, son inherentes a la persona y, por lo tanto, se extinguen con su muerte (art. 713). Así, la acción de nulidad de matrimonio, en principio, caduca con la muerte de alguno de los contrayentes, con las excepciones previstas en el art. 714. Una excepción al menos aparente es la que existe en el caso de la adopción, donde el trámite iniciado en vida del pretense adoptante que fallece, pendiente su resolución, habilita a establecer con él un vínculo adoptivo *post mortem* (art. 605). La acción de filiación que tiene el hijo no reconocido se extingue con su muerte, salvo

30 Es el supuesto de personas atrapadas en alguna situación en la que resulte físicamente imposible la supervivencia, aunque no se haya llegado a ver el cadáver, o a poder identificarlo. Como el caso de los astronautas que abordaron a la vista de una multitud una aeronave que estalló a poco de despegar, o un montañista que hubiera caído en una grieta de hielo de profundidad desconocida, o quien hubiese estado indudablemente a bordo de un avión cuya caída pudo comprobarse, pero sin que se pudieran identificar los restos de sus tripulantes.

31 Ver Navarro Floria, J. G. (2016). *Los derechos personalísimos*. Ob. cit., 189.

que haya muerto en su minoridad o siendo incapaz, en cuyo caso pasa a los herederos (art. 582).

La muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio (art. 435, inc. a), lo mismo que la sentencia firme que declara el fallecimiento presunto (art. 435, inc. b), como hemos visto, en lo que constituye una innovación respecto del régimen anterior de la Ley N° 14.394.

La muerte de uno de los cónyuges extingue también la comunidad de bienes, si el matrimonio estaba sujeto a ese régimen patrimonial (art. 475, CCC). Y también se extingue ahora esa comunidad en caso de declaración de fallecimiento presunto (en otra diferencia con el régimen derogado de la Ley N° 14.394), con efecto retroactivo al día presuntivo de ese fallecimiento (art. 476). En estos casos, surge el estado de indivisión postcomunitaria, sujeto a las reglas de la indivisión hereditaria (art. 481, primer párrafo).

La muerte comprobada (lo mismo que la sentencia firme que declara el fallecimiento presunto) también pone fin al régimen de unión convivencial (art. 523). En estos casos, no hay herencia, pero sí nace el Derecho Real de habitación por dos años sobre la vivienda común en cabeza del conviviente supérstite, en los términos del art. 527.

Las obligaciones alimentarias también se extinguen por la muerte del alimentado, o del alimentante (art. 554); y más importante, se extingue también la responsabilidad parental tanto por muerte del menor como del progenitor (art. 699). La muerte de uno de los progenitores obliga al sobreviviente a hacer inventario de los bienes de los cónyuges o convivientes, en beneficio de los hijos, con pena de multa (art. 693).

La muerte comprobada extingue la curatela del ausente (art. 84). La muerte del tutor o del pupilo extingue la tutela (art. 135). La muerte del adoptante habilita una nueva adopción de quien ha quedado así huérfano si todavía es menor de edad (art. 599). La muerte del albacea extingue el albaceazgo (art. 2531).

El fallecimiento produce la caducidad de las acciones para impugnar los actos que hubiera realizado la persona afectada en su capacidad mental, salvo los casos previstos en el art. 46.

En materia de obligaciones patrimoniales, aunque la regla es la transmisión de derechos, según sea la naturaleza o modalidad de la obligación, el fallecimiento del acreedor o del deudor puede tener diversos efectos, en una variedad de supuestos que no podemos analizar aquí de manera pormenorizada³². El art. 356, CCC, reproduce con variantes de redacción las reglas que ya traía el art. 562 del viejo Código en materia de obligaciones con cargo y el efecto sobre ellas de la muerte del obligado a ejecutar el cargo.

³² Ver, por ejemplo, arts. 843, 849, 891, 976.

La muerte de quien es parte en un contrato afecta de diversas maneras las obligaciones que resultan de él, según la naturaleza del contrato.

Así, la muerte del poderdante o del apoderado extingue el mandato (art. 1329)³³, salvo la primera en los casos de mandato irrevocable (previsto en el art. 380, inc. b). Pero no extingue, por ejemplo, la locación, salvo previsión expresa en ese sentido (art. 1189)³⁴. En el contrato de obra la muerte del comitente resulta indiferente, salvo que haga inútil o imposible la ejecución (art. 1259); pero la muerte del contratista en principio sí extingue el contrato (art. 1260). La muerte de cualquiera de las partes produce el cierre de la cuenta corriente (art. 1441), lo mismo que la del cuentacorrentista en la cuenta corriente bancaria (art. 1404). La muerte del agente pone fin al contrato de agencia (art. 1494), con derecho para los herederos de una compensación por la clientela (art. 1497). El contrato de franquicia se extingue por la muerte de cualquiera de las partes (art. 1522). La muerte del comodatario extingue el comodato, salvo previsión expresa en contrario o la circunstancia prevista en el art. 1541. El fideicomiso puede durar en ciertos casos hasta la muerte del beneficiario (art. 1668). El rol del fiduciario persona humana se extingue con su muerte y no pasa a los herederos (art. 1678). Obviamente, la muerte del beneficiario de una renta vitalicia la extingue (art. 1606).

Una novedad del CCC aparece en materia de donaciones. La donación debe ser aceptada en vida del donante, y caduca por la muerte de éste si no hubiese sido ya aceptada.

Otros contratos, en principio, continúan más allá de la muerte de alguna de las partes, sin perjuicio de que el propio contrato pueda haber previsto algo diverso³⁵.

En materia de Derechos Reales, se mantiene la regla según la cual el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario (arts. 2140 y 2152), lo mismo que el derecho de habitación (art. 2160) y las servidumbres personales (arts. 2172 y 2182).

Fuera de esos casos, la regla es la transmisión de los derechos patrimoniales a los herederos, según se prevé en el Libro V del CCC (arts. 2277 y sigs.).

El CCC no contiene ninguna previsión respecto del efecto de la muerte sobre lo que podríamos denominar “relaciones digitales” o “bienes digitales”.

33 El art. 1333 contiene las reglas para los herederos de mandante o mandatario en estos supuestos.

34 La locación puede ser continuada por los herederos del locatario, pero también y con preferencia sobre ellos por quien convivía con el locatario fallecido en una relación de trato familiar ostensible (art. 1190).

35 La continuidad está expresamente prevista en el caso de las uniones transitorias de empresas (art. 1469) y de consorcios de cooperación (art. 1478).

Fallecida una persona, ¿qué ocurre con sus perfiles o sitios en las redes sociales, y con toda la información contenida en ellos, con las “identidades virtuales”, “avatares” o similares que la persona hubiera construido en vida? ¿Pueden los herederos disponer de ellos, hay alguna obligación para las empresas que los administran (llámese Facebook, Google, LinkedIn o cualquier otra)? ¿Deben esos datos ser eliminados, o pueden permanecer otorgando al muerto una suerte de inmortalidad virtual? Y en este último caso, ¿deben quedar cristalizados, o pueden ser modificados por alguien, y en ese caso, por quién? ¿Qué persona que use con frecuencia redes sociales, no ha recibido en algún momento la invitación a “hacerse amigo” o relacionarse con alguien que sabe ya fallecido, pero que el robot que maneja la red sigue teniendo como miembro de ella?

Es ocioso decir que no tengo respuestas para esas preguntas, pero que bien hubieran merecido, o merecerían en el futuro, la atención del legislador³⁶.

9. Obligaciones que nacen por la muerte de una persona

Así como la muerte produce la extinción de algunas relaciones jurídicas, y la transmisión de otras, puede también originar obligaciones nuevas. Obviamente no en cabeza del muerto, pero sí en la de otras personas.

La muerte de la víctima de un acto ilícito legitima a sus herederos (damnificados indirectos) para obtener la indemnización de los daños no patrimoniales, legitimación de la que, en caso contrario, en principio carecen (art. 1741, CCC)³⁷.

También, si la muerte ha sido consecuencia de un acto ilícito, el CCC ha regulado con mayor precisión las indemnizaciones debidas. Mejorando notoriamente las reglas que antes contenían los arts. 1084 y 1085 del Código derogado, dice el art. 1745, CCC:

“Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

36 Sobre estas cuestiones y otras conexas, puede verse el interesantísimo artículo de Ziccardi, G. “La ‘morte digitale’, le nuove forme di commemorazione del lutto online e il ripensamento delle idee di morte e d’immortalità”. En *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 19/2017 ISSN 1971- 8543.

37 Una novedad del CCC es que el mismo efecto produce la “gran discapacidad” del damnificado directo, situación que no estaba prevista en el anterior Código, aunque sí había sido admitida en algunos casos por la jurisprudencia.

- a. los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;
- b. lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;
- c. la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”.

Las reglas así expresadas reflejan en buena medida lo que ya venía reconociendo la jurisprudencia. En cada caso se precisa quién es el legitimado para recibir la indemnización, en calidad de damnificado indirecto.

Se trata de daños que se presumen por el hecho de la muerte injusta de la víctima del acto ilícito. Los damnificados tienen derecho a la indemnización *iure proprio*, y no *iure hereditatis*. Es de notar que, en este caso, las pautas de apreciación para cuantificar el monto indemnizatorio son amplias, y no estrictamente matemáticas, como en el caso de la indemnización por incapacidad que se contempla en el artículo siguiente (1746). Esto es porque se ha asentado el criterio de que la vida humana no tiene un valor intrínsecamente económico, sino que integra valores materiales y espirituales. Por lo que su privación injusta demanda una reparación que no está atada a cálculos matemáticos acerca de la productividad del fallecido.

Una de las novedades normativas del CCC es la ampliación de la legitimación activa de los damnificados indirectos para reclamar la indemnización del daño no patrimonial derivado de la muerte, antes limitada a los herederos forzosos (viejo art. 1078), mientras que ahora el art. 1741, CCC, expresa:

“Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible”.

El último concepto mencionado parece ir más allá del “conviviente” unido en una unión convivencial formal y registrada y extenderse a otras personas.

La muerte de la víctima de un ilícito también produce el efecto de transmitir a los herederos la acción para la reparación de las “consecuencias no patrimoniales” (reparación del daño espiritual, al proyecto de vida, a los derechos personalísimos) que había sufrido el muerto; pero esto únicamente ocurre si el fallecido había promovido la demanda en vida (tal como dice el segundo párrafo del art. 1741).

10. La previsión de la propia muerte

La muerte es inexorable, y por ende cualquier persona que sabe que tarde o temprano se enfrentará a ella puede tomar previsiones al respecto.

Por lo pronto, puede otorgar testamento, como expresión de última voluntad para tener efecto después de la muerte. En principio toda persona puede hacerlo (arts. 2462 y sigs.), porque aun teniendo herederos forzosos o legitimarios siempre existe una porción disponible, que ha aumentado en el CCC. Además de otras múltiples posibilidades que ofrece el testamento para la distribución de la herencia y la formalización de otros actos.

La previsión de la muerte inminente permite aliviar las formalidades en la celebración del matrimonio, para que éste pueda ser realizado (art. 421, CCC).

El CCC ha expandido el concepto de los actos de última voluntad. No solamente caben dentro de él los testamentos en sentido estricto, dirigidos a la designación de herederos o la distribución del patrimonio para después de la muerte del causante, sino que se admite expresamente la existencia de previsiones respecto del propio cuerpo (como veremos en seguida) y también de derechos personalísimos, como la propia imagen (art. 53), además de mantenerse esta forma como idónea para el reconocimiento de hijos (art. 571, CCC, que reproduce el texto del derogado art. 248).

Dentro de las previsiones en materia patrimonial sigue estando contemplada la posibilidad de destinar todo o parte del patrimonio a la constitución de una fundación por actos de última voluntad (art. 193, CCC).

Así como la Ley N° 14.394 preveía la constitución de un “bien de familia” por disposición testamentaria, el CCC prevé la afectación de un inmueble al régimen de protección de la vivienda organizado a partir del art. 244 por acto de última voluntad.

11. Exequias y destino del cadáver

El cuerpo humano, antes o después de la muerte, está como regla fuera del comercio (art. 17) y no puede ser objeto de actos jurídicos (art. 1004).

El CCC, en el capítulo dedicado a los derechos personalísimos, trae una norma que recoge algunos principios ya antes establecidos por la doctrina y la jurisprudencia³⁸. Dice el art. 61:

“Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. 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”.

Hay en la norma un reconocimiento implícito de que el cadáver, no siendo ya una persona, tampoco es una “cosa” (en el sentido de objeto con valor económico); y que al menos merece una consideración especial en homenaje a la persona que lo habitó³⁹.

La norma llena un vacío legal, tal como propusieron hacerlo anteriores proyectos de reforma del Código Civil⁴⁰.

La posibilidad de disponer respecto del propio cadáver para después de la muerte está restringida a quienes son “plenamente capaces”. Esto parece excluir no solamente a los incapaces, sino a quienes tienen “capacidad restringida” aunque fuera en mínima medida (art. 32), a los inhabilitados por prodigalidad (art. 48), y a los adolescentes mayores de dieciséis años, que sin embargo son habidos por adultos para decidir sobre su cuerpo en vida (art.

38 Ver sobre este punto Navarro Floria, J. G. (2016). *Los derechos personalísimos*. Ob. cit., 107.

39 Ver al respecto: Navarro Floria, J. G. (marzo 2013). “Disposición de un cadáver: problemas jurídicos y religiosos”. *ED* 251-407. El cadáver o los restos humanos reciben también una protección específica del Derecho Penal. El art. 171 del Código Penal dispone: “Sufrirá prisión de dos a seis años, el que substrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución”. La figura está colocada inmediatamente después del secuestro extorsivo (art. 170) que tiene como víctima a una persona viva.

40 El Proyecto de 1936 preveía: “[...] no habiendo disposiciones del causante, relativas a su cadáver, las adoptará el cónyuge supérstite si lo hubiere, y, en su defecto, los descendientes y ascendientes por el orden en que son llamados a la sucesión. Podrá modificarse este criterio si concurriesen motivos especiales, que apreciará el juez” (art. 1979). El anteproyecto de 1954 decía que a falta de disposición del causante, decidiría el cónyuge supérstite, y en defecto de éste, los demás herederos, pero ninguno de ellos podría dar al cadáver un destino reprobado por los principios religiosos del difunto (art. 74). El proyecto de 1998 disponía: “[...] si no se expresa la voluntad del fallecido, la decisión corresponde al cónyuge no separado judicialmente, y en su defecto a los parientes en el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos” (art. 116).

26). Esto parece contradictorio con el principio general de excepcionalidad a las restricciones a la capacidad que asume el propio CCC en los arts. 31 y siguientes.

El acto de disposición del cadáver no está sujeto a formalidad alguna. Puede tener la forma testamentaria, haberse expresado por escrito, o aun verbalmente, más allá de la dificultad probatoria que ello implica. En todo caso, la ley presenta una sucesión de posibilidades:

- a) que haya existido una voluntad expresa de la persona, que debe ser respetada en tanto no contraríe de manera ostensible la moral, las buenas costumbres o la salud pública;
- b) que pueda conocerse una voluntad presunta. Por ejemplo, si la persona en vida compró una parcela en un cementerio; o si venía pagando las cuotas de una mutual que administra un cementerio: en esos casos puede presumirse que su voluntad era ser inhumado allí;
- c) que a falta de voluntad expresa o presunta decidan las personas indicadas en la norma, pero en todo caso sin contrariar lo que puede pensarse que hubiera deseado el difunto. En ese supuesto, era más explícito el proyecto de 1998, que expresaba que los parientes “no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos del difunto”. No hubiera sido ocioso mantener esa mención, coincidente con lo que también era pauta jurisprudencial⁴¹.

La falta de previsión por la propia persona traslada la decisión a quienes le hayan sobrevivido. En este caso, el CCC ha optado por un orden de prelación diferente al seguido en el tema de la disposición de órganos cadavéricos para trasplantes (art. 20, Ley ASA-1856, ex N° 24.193), ya que si bien coincide en dar prioridad al cónyuge o conviviente, luego remite al orden sucesorio.

La prioridad del cónyuge en general había sido ya reconocida por la jurisprudencia, en el bastante clásico conflicto entre el (último) cónyuge del fallecido y sus hijos habidos en un matrimonio previo, u otros parientes. La equiparación del cónyuge al conviviente es una constante en el CCC, que sin embargo deja abierta una duda. Desde que el CCC ha legislado acerca de las uniones convivenciales (arts. 509 al 528) no queda claro si cuando habla de “conviviente” hace referencia a quien cumple los requisitos propios de esa unión, o al mero conviviente, aunque no haya mediado pacto expreso ni antigüedad en el vínculo para tenerla por configurada.

41 CNCiv., Sala E, 4-4-2001, “Krasucki”, LL 9-10-2001 (fallo 102.704).

La norma no ha previsto la posibilidad de que el causante haya designado a una persona para decidir acerca del destino de su cadáver. Teniendo en cuenta que el propio Código prevé la posibilidad de nominar a alguien para custodiar la imagen luego de la muerte de la persona (art. 53) o para tomar decisiones médicas en su nombre (art. 60), parece que debería admitirse esa posibilidad. En tal caso, el así designado tendría prevalencia sobre los parientes, dado que estaría expresando la voluntad de la propia persona, que es el primer criterio a considerar. Ocuparse del destino de los restos del causante puede ser una de las atribuciones conferidas al albacea en el testamento (art. 2523, CCC).

Vale la pena recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha producido una rica jurisprudencia acerca de la relevancia para las personas, familias y comunidades, del destino de los cadáveres de sus seres queridos, y la necesidad de preservar y respetar las creencias sociales y religiosas al respecto, los ritos y tradiciones. Dijo la Corte:

“La Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de ‘enterrar a los muertos’. La Corte Interamericana ha abordado este tema no como un derecho sustantivo, sino en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí esté previsto en la Convención. Así, por ejemplo, el Tribunal ha ordenado que, de encontrarse los restos de una persona desaparecida, éstos sean entregados a sus familiares y que el Estado cubra los gastos funerales o de sepultura”⁴².

En otros casos, el Tribunal se ha referido a la imposibilidad de enterrar a los muertos como un hecho que incrementa el sufrimiento y la angustia de los familiares, lo cual puede ser considerado en las reparaciones para determinar un monto como indemnización inmaterial a favor de ellos⁴³. Particularmente, la Corte ha considerado que la imposibilidad de enterrar a los muertos en los lugares y de acuerdo a los rituales propios de las religiones indígenas constituye una violación grave a los derechos a la identidad y a la libertad religiosa⁴⁴.

La Ley de Trasplantes (Ley ASA-1856, ex N° 24.193), más allá de las previsiones específicas referidas a las condiciones para la ablación de órga-

42 Caso “La Cantuta vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 232, y Caso “González Medina y familiares vs. República Dominicana”, párr. 291.

43 Caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”. Reparaciones y Costas, párr. 87.a, y Caso de la “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, §§ 226 y 292.

44 Corte IDH. Caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

nos provenientes de un cadáver, se ha preocupado también de la protección y del cuidado que merecen los restos remanentes, mediante una serie de indicaciones que bien pueden ser analógicamente aplicadas en otras circunstancias en que no haya existido necesariamente ablación para trasplante. Dice en su art. 25:

“El establecimiento en cuyo ámbito se realice la ablación estará obligado a: a) Arbitrar todos los medios a su alcance en orden a la restauración estética del cadáver, sin cargo alguno a los sucesores del fallecido; b) Realizar todas las operaciones autorizadas dentro del menor plazo posible, de haber solicitado los sucesores del fallecido la devolución del cadáver; c) Conferir en todo momento al cadáver del donante un trato digno y respetuoso”.

El descanso del cadáver luego de la inhumación en principio debe ser respetado. Sin embargo, el CCC ha previsto el caso de que exista una acción de filiación en la que fuera necesario realizar una prueba genética, que requiere de material genético del presunto progenitor fallecido. En ese caso, el material genético puede ser obtenido de los padres de éste o, a falta de él, del cadáver del fallecido que será exhumado a esos efectos (art. 580). Es el juez quien decide entre esas alternativas.

Hay aquí una opción, en un caso de conflicto de derechos: el derecho del pretense hijo a conocer su filiación, vinculado al derecho a la identidad, *versus* el derecho de la familia a preservar el reposo del fallecido y la integridad del cadáver. La ley hace prevalecer el derecho a la identidad de quien demanda la filiación.

La jurisprudencia también ha admitido hacer excepción a la prohibición genérica de exhumar cadáveres, contenida en normas municipales, cuando tiene por objeto su traslado para facilitar “el culto por parte de los deudos”⁴⁵. Obviamente, la exhumación también es posible por orden judicial, si es indispensable para una investigación criminal (por ejemplo, para practicar una autopsia).

Para la inhumación, además de las normas provinciales e incluso municipales en materia de higiene y policía mortuoria, rigen las disposiciones pertinentes de la Ley E-3709, que no ha sido modificada por el CCC, a saber:

“Artículo 67.- La licencia de inhumación o cremación será expedida por el oficial público del Registro Civil, teniendo a la vista el acta de defunción, salvo orden en contrario emanada de autoridad competente.

Artículo 68.- Para autorizar la sepultura o cremación de un cadáver el encar-

45 CNCiv., Sala I, 29-6-1999, “Pereira, Rosa”, ED 14-3-2000 (fallo 49.907).

gado del cementerio o crematorio, en su caso, exigirá licencia de inhumación o cremación expedida por la autoridad del Registro Civil de la localidad donde se produjo el fallecimiento. De igual forma se procederá cuando se requiere el traslado de cadáveres a otra localidad para inhumación o cremación.

Artículo 69.- Cuando medien razones de urgencia o imposibilidad práctica para registrar un fallecimiento, se extenderá la licencia correspondiente siempre que se haya acreditado la defunción con el certificado médico. La inscripción se registrará dentro de los dos (2) días hábiles subsiguientes al otorgamiento de la licencia.

Artículo 70.- Cuando el fallecimiento hubiere ocurrido por causa traumática, deberá tomar intervención la autoridad judicial competente, la que dispondrá el destino transitorio o final de los restos, debiendo comunicar esta circunstancia mediante oficio con transcripción del auto que lo disponga, al Registro Civil, para la posterior expedición de la licencia que corresponda”.

12. Los cementerios y las sepulturas

Una importante novedad del CCC es la creación del Derecho Real de sepultura, así denominado en el art. 2112 CCC, que establece:

“Derecho Real de sepultura. Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre Derechos Reales”.

Sin embargo, en el elenco de Derechos Reales del art. 1887, CCC, no se menciona el “Derecho Real de sepultura”, sino el de “cementerio privado”, que el art. 1888 caracteriza como “Derecho Real sobre cosa propia o parcialmente propia”.

En el art. 2112 arriba transcrito hay una notoria ambigüedad, porque no dice que el derecho de sepultura sea efectivamente un Derecho Real, sino que “se le aplican las normas” de los Derechos Reales. Sin embargo, el acápite del artículo sí habla explícitamente de un “Derecho Real de sepultura”, que no está mencionado como tal en el art. 1887 ni en el art. 1888. ¿Se trata de un “Derecho Real no enumerado”, contraviniendo el principio básico del *numerus clausus* en materia de Derechos Reales? ¿Se trata de un derecho personal otorgado al titular de una parcela, en el marco del “Derecho Real de cementerio privado”, que tendría por objeto al cementerio en su conjunto?

El art. 2112 está contenido en un capítulo formado por los arts. 2103 al 2113, dedicado a los cementerios privados, que son, a su vez, una subespecie de los “conjuntos inmobiliarios” a los que se dedica el Título VI del Libro IV del CCC. Los “conjuntos inmobiliarios” están definidos y enumerados en

el art. 2073, que, sin embargo, omite mencionar a los cementerios. Estos conjuntos inmobiliarios han sido legislados como una subespecie de la propiedad horizontal, cuyas reglas les son aplicables (art. 2075, CCC). Hay que decir que las reglas generales sobre conjuntos inmobiliarios (arts. 2073 al 2086) parecen pensadas para otros supuestos, y no para cementerios⁴⁶. La inadecuación del sistema de propiedad horizontal a los cementerios privados ya había sido advertida por la doctrina: a diferencia de lo que ocurre en la propiedad horizontal general, y en la especial aplicada a barrios cerrados, parques industriales y emprendimientos similares, el adquirente de una sepultura no tiene ningún interés en integrar un consorcio, o involucrarse en la administración del conjunto⁴⁷.

¿Cuál es, entonces, el objeto de este Derecho Real? ¿El cementerio privado en su conjunto, como podría pensarse a partir del art. 1887, o cada sepultura individual, como podría deducirse del art. 2112? ¿Existe un Derecho Real de sepultura sobre los sepulcros existentes en cementerios públicos (estatales)? ¿Se aplican a esas sepulturas las reglas del capítulo pertinente del CCC, o solamente se rigen por las normas del Derecho Administrativo, con exclusión de las civiles? Es difícil saberlo.

Cementerios privados, según define el art. 2103, son “los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos”.

La afectación se realiza por medio de una escritura pública otorgada por el propietario e inscrita en el Registro de la Propiedad, juntamente con el “reglamento de administración y uso del cementerio”, a lo que debe seguir la habilitación por parte de la autoridad municipal (art. 2104). A partir de esa habilitación, el cementerio no puede ser gravado con Derechos Reales de garantía ni ver alterado su destino, que se presenta como perpetuo porque el Código no ha previsto una posible desafectación. Hasta aquí parece estar siendo considerado el cementerio como un todo.

El art. 2105 establece los contenidos mínimos que deberán incluirse en el reglamento “de administración y uso” (que no se llama “de propiedad”, como en el caso de la propiedad horizontal, lo que parece dar a entender que el derecho que se adquiere sobre las parcelas del cementerio no se asimilaría al de dominio, sino al de uso).

46 Este título no existía en el Proyecto de 1998, que como se sabe fue base del proyecto que dio origen al CCC. Aquél se limitaba a mencionar los cementerios privados en el art. 2029, diciendo: “Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal”. El texto sancionado coincide con el Anteproyecto de la comisión redactora de 2012, que no sufrió cambios en el iter legislativo.

47 Conf. De Reina Tartièrre, G. (2014). “Las denominadas nuevas formas de dominio: revisión conceptual y perspectivas de futuro”. *ED*, 51, y sus citas.

Esa misma conclusión se extrae del art. 2111, que define como “relación de consumo” a la que se establece “entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas”.

Hay entonces tres sujetos distintos:

- a) el propietario del cementerio privado, entendido como conjunto inmobiliario (donde parece haber un Derecho Real sobre cosa propia), que podría ser transferido como tal, “en bloque”, conservando intacto su destino. Este propietario podría ser una persona humana o jurídica, y nada parece impedir que sea un sujeto plural (copropietarios o condóminos). La ley no ha previsto reglas para supuestos tales como la quiebra del propietario, su muerte sin dejar herederos en caso de personas humanas, o su disolución en caso de personas jurídicas, y el destino que habrá de correr en esos casos el cementerio del que era propietario;
- b) el administrador, que podría ser o no el propietario, y que tiene obligaciones específicas impuestas por la ley (arts. 2106 y 2109); entre ellas, llevar el registro de inhumaciones. Pero a diferencia de la propiedad horizontal, donde el administrador es designado por el conjunto de los propietarios de unidades reunidos en asamblea (art. 2066), en este caso no está claro cómo es elegido, sobre todo porque el Código no prevé ni menciona una “asamblea” de propietarios de sepulturas. La designación del administrador pareciera ser prerrogativa del propietario del cementerio, aunque habrá que estar a lo que diga el Reglamento;
- c) el “titular del Derecho Real de sepultura”, que como vimos es definido como un Derecho Real autónomo pero que se asimila más al derecho de uso que al derecho de dominio (o incluso al del titular de unidades de propiedad horizontal). Aunque es claro que el Derecho Real de uso se extingue precisamente con la muerte de su titular (arts. 2152 y 2155, CCC), lo que será absolutamente antifuncional en el caso del derecho de sepultura⁴⁸. El derecho del titular tiene como contraprestación el pago de un “canon por administración y man-

48 Cabe suponer que si alguien ha adquirido una parcela en un cementerio privado, probablemente lo hiciera con la intención de ser sepultado en ella, lo que no podría ocurrir si su derecho sobre la parcela se extingue a su fallecimiento. Tampoco parece necesaria ni oportuna para el Derecho Real de sepultura la restricción del art. 2154, según la cual el derecho de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana: una institución podría razonable y legítimamente adquirir parcelas en un cementerio privado para construir un panteón destinado a sus asociados, tal como históricamente ha ocurrido en los cementerios públicos.

tenimiento” (art. 2105, inc. c)⁴⁹, pagado periódicamente o por única vez a perpetuidad, lo que refuerza la idea de estar ante un Derecho Real sobre cosa ajena. La ley no aclara si este derecho de sepultura (sobre las parcelas individuales) es objeto de inscripción registral independiente, aunque la lógica indicaría que sí, por lo que las leyes registrales deberían preverlo.

El “titular del derecho de sepultura” tiene varios derechos reconocidos (art. 2107); entre ellos, inhumar y exhumar restos humanos, cumpliendo “la normativa dictada al respecto” (se supone que municipal), construir sepulcros cumpliendo “las normas de construcción” (que podrán estar contenidas en el reglamento, en las ordenanzas municipales o en ambas), acceder al cementerio y a la parcela, y “utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas” (se supone que en el reglamento); y otros tantos deberes (art. 2108).

Los “sepulcros afectados a su destino” están excluidos de la garantía común de los acreedores, salvo por deudas derivadas de su adquisición, construcción o reparación (art. 744). Esto los convierte en inembargables e inejecutables. Esta regla está establecida con carácter general y no está limitada a las parcelas existentes en cementerios privados, sino que se aplica también a los sepulcros en cementerios públicos. Respecto de los sepulcros en cementerios privados, en el capítulo específico se repite la norma con alguna variante (art. 2110):

“Las parcelas exclusivas destinadas a sepultura son inembargables, excepto por: a. los créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros⁵⁰; b. las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas”.

Fuera de la ejecución forzada, en principio vedada, ¿es transmisible el Derecho Real de sepultura? No habiendo prohibición expresa, parece que sí. La transmisión entre vivos podría ser gratuita u onerosa. Sin embargo, el CCC no exige que haya reglas para la transmisión en el reglamento (art. 2105), ni ha mencionado entre los derechos del titular el de transferir las parcelas (art. 2107). En cambio, sí se prevé la posibilidad del “abandono” de

49 El “canon” es así llamado en el art. 2105, pero el art. 2108 habla de “cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio”, y el art. 2110, de “expensas”. Cabe suponer que se habla siempre de lo mismo, por lo que no se entiende la diversidad de nombres.

50 Si se considera la norma del art. 2110 como una norma especial (para sepulcros en cementerios privados) respecto de la norma general del art. 744, habría que decir que el crédito por gastos de reparación no habilita el embargo en este caso, lo que no tiene demasiada lógica.

la sepultura (art. 2105, inc. f), cuya consecuencia no es prevista por la ley sino deferida al reglamento, que es de naturaleza privada.

Respecto de la transmisión *mortis causa*, cabe advertir que en otra parte del CCC se dispone que los derechos sobre los sepulcros no estén comprendidos en las cesiones de herencia (art. 2303), salvo convención en contrario⁵¹. Esta norma no se refiere en particular a las sepulturas en cementerios privados, sino a los sepulcros en general, incluyendo los existentes en cementerios públicos sobre los que puede existir un derecho de propiedad en sentido amplio⁵², pero parece que incluye también a aquellas.

Para concluir con lo referido a los cementerios privados, cabe traer a colación lo dispuesto en el art. 2113, CCC, de manera innecesaria por lo obvio:

“Normas de policía. El administrador, los titulares de sepulturas y los visitantes deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria”.

En relación a los sepulcros (todos ellos, sea en cementerios privados o públicos) subsiste en el CCC una norma curiosa, aunque no novedosa. Es el art. 1951, que define los tesoros, tema que tanto había preocupado a Vélez Sarsfield:

“Es tesoro toda cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble. No lo es la cosa de dominio público, ni la que se encuentra en una sepultura de restos humanos mientras subsiste esa afectación”⁵³.

En relación a los sepulcros, cabe recordar la jurisprudencia que admitía su adquisición mediante usucapión, considerando que el principal acto posesorio idóneo para esa prescripción adquisitiva es la posesión del título de la bóveda en cuestión, a los que se añaden el hecho de haber inhumado familiares en ella, pagado reparaciones o mantenimiento, contratado un

51 Es una norma novedosa como tal, ya que como es sabido Vélez había omitido regular la cesión de herencia en su Código, pero que coincide con lo que en general postulaba la doctrina.

52 Normalmente se trata de concesiones administrativas por muy largo plazo, pero en algunos casos (como en el cementerio de la Recoleta, en Buenos Aires) existe verdadero derecho de dominio. En un conocido fallo, la Corte Suprema estableció que el derecho sobre un sepulcro integra el derecho de propiedad en sentido amplio protegido por la Constitución (“Bourdieu, P. c/ Municipalidad de la Capital”, 16-12-1955, *Fallos*: 145:307).

53 En el Código de Vélez (art. 2551) el concepto era ligeramente distinto: no eran tesoro “los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos, destinados a la sepultura de los muertos”.

cuidador, entre otros⁵⁴. Este criterio jurisprudencial debe reputarse subsistente en el CCC, donde la regla es la prescriptibilidad de los derechos (art. 2536). Si bien originalmente fue elaborado en relación a los sepulcros en cementerios públicos, no se ve motivo para no hacerlo extensivo al Derecho Real de sepultura en cementerios privados.

13. Reflexiones finales

La muerte se ha convertido en la sociedad occidental contemporánea en algo obscuro, en el sentido literal del término: algo que no debe ser mostrado, que conviene ocultar, que es socialmente inapropiado mencionar. Sin embargo, nada hay más inexorable y, por lo mismo, más humano. Por lo tanto, no sólo es razonable, sino que es indispensable que el Derecho se ocupe de ella.

Lo que se haga con los muertos, y cómo se lo haga, es algo muy significativo, preñado de sentido ético y religioso. Lo pone de manifiesto una reciente Instrucción de la Iglesia Católica, aprobada por el Papa Francisco:

“Enterrando los cuerpos de los fieles difuntos, la Iglesia confirma su fe en la resurrección de la carne, y pone de relieve la alta dignidad del cuerpo humano como parte integrante de la persona con la cual el cuerpo comparte la historia. No puede permitir, por lo tanto, actitudes y rituales que impliquen conceptos erróneos de la muerte, considerada como anulación definitiva de la persona, o como momento de fusión con la Madre naturaleza o con el universo, o como una etapa en el proceso de reencarnación, o como la liberación definitiva de la ‘prisión’ del cuerpo.

Además, la sepultura en los cementerios u otros lugares sagrados responde adecuadamente a la compasión y el respeto debido a los cuerpos de los fieles difuntos, que mediante el Bautismo se han convertido en templo del Espíritu Santo y de los cuales, ‘como herramientas y vasos, se ha servido piadosamente el Espíritu para llevar a cabo muchas obras buenas’. [...] (L)a Iglesia considera la sepultura de los muertos como una obra de misericordia corporal.

Por último, la sepultura de los cuerpos de los fieles difuntos en los cementerios u otros lugares sagrados favorece el recuerdo y la oración por los difuntos por

54 Conf. CNCiv., Sala L, 8-6-2006, “F. de Z., M. A. c/ V. de R., A. s/ prescripción” (exp. 85053/98); C2°CC La Plata, Sala I, 29-5-1986, “Gómez c/ Gil”, ED 139-652; y antes CNCiv. en pleno, “Viana”, LL 27-657. Ello a pesar de señalada doctrina que negaba la posibilidad de prescripción adquisitiva en este ámbito (Marienhoff, M. “Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales”. LL 1990-D-973), controvertida por otros importantes autores (conf. Alterini, J. “Prescripción adquisitiva del *ius sepulcri*”. ED 139-650).

parte de los familiares y de toda la comunidad cristiana, y la veneración de los mártires y santos. Mediante la sepultura de los cuerpos en los cementerios, en las iglesias o en las áreas a ellos dedicadas, la tradición cristiana ha custodiado la comunión entre los vivos y los muertos, y se ha opuesto a la tendencia a ocultar o privatizar el evento de la muerte y el significado que tiene para los cristianos”⁵⁵.

Pueden compartirse o no esas creencias, pero su exposición demuestra en todo caso el significado profundo de las decisiones que las personas tomen en esta materia. El Derecho debería facilitar el cumplimiento de los deberes de piedad, respetar la autonomía de la voluntad en el marco del orden público y las normas indispensables de moralidad, salubridad e higiene, y brindar las herramientas apropiadas para que las familias enfrenten el trance de la muerte. Sin desatender, por supuesto, las consecuencias patrimoniales que tiene también ese hecho.

La intención de estas líneas ha sido revisar someramente de qué modo el legislador argentino se ha ocupado de la cuestión en el Código Civil y Comercial de reciente vigencia, a veces repitiendo normas antiguas (como ocurre, en general, en materia de fallecimiento presunto por ausencia), a veces innovando (como en el tratamiento novedoso dado a los cementerios, o la previsión acerca de las exequias en el marco de la regulación de los derechos personalísimos, o el efecto de la declaración de fallecimiento presunto sobre el matrimonio del ausente), a veces suprimiendo (como en lo referido a supuestos especiales de prueba de la muerte).

En este, como en muchos otros temas, se advierten en el nuevo Código inconsistencias e incoherencias internas, y otras que resultan de confrontar ese *corpus* con el resto de la legislación que permanece vigente. Un ejemplo claro es el de la diferencia de criterio entre los arts. 87 y 2619, respecto de la competencia para la declaración de fallecimiento presunto. Otro caso notable es la forma diversa de denominar a la misma institución en lugares distintos del Código: “fallecimiento presunto por ausencia” (la correcta) o “ausencia con presunción de fallecimiento”, tal como hemos visto. O la exigencia de “capacidad plena” para disponer acerca de las exequias, poco consistente con el régimen general de capacidad del Código y su elevación a la categoría de principio de la capacidad progresiva de los menores, o la idea de la mínima restricción a la capacidad de los enfermos mentales.

55 “Instrucción *Ad resurgendum cum Christo* acerca de la sepultura de los difuntos y la conservación de las cenizas en caso de cremación”, 25-10-2016, en <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/publico/2016/10/25/instr.html> (último acceso: 28-11-2016).

Tales contradicciones e incoherencias son consecuencia de la precipitación con la que se legisló, omitiendo una revisión más cuidadosa del conjunto de la legislación, y omitiendo también –en forma deliberada– la inclusión en el Código de materias que han quedado libradas a legislación especial, cuando bien pudieron ser incluidas en él (por ejemplo, en lo que nos ocupa, la referida a la prueba de la muerte, o las normas sobre desaparición forzada de personas y sus efectos civiles).

En definitiva, encontramos en el nuevo Código algunas soluciones a problemas antiguos, muchas veces mediante una saludable recepción de criterios jurisprudenciales; muchos interrogantes para los que no hay una respuesta definitiva, en general, debidos a una falta de cuidado en la legislación y una carencia de uniformidad conceptual; y la aparición de problemas nuevos que necesitarán ulteriores clarificaciones, como ocurre con el confuso régimen de los cementerios privados.