

Santiago, catorce de julio de dos mil veinte.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos tercero y cuarto, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que doña Teresa Díaz Abarca ha deducido recurso de protección en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Antofagasta, por la dictación de la Resolución Exenta N° 4.700 de 11 de noviembre de 2019, que dejó sin efecto la autorización sanitaria originalmente otorgada para exhumar y proceder a la cremación de los restos mortales de su cónyuge. Acusa que este acto es arbitrario e ilegal y que conculca los derechos y garantías establecidos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Por dicha razón, solicita que esta Corte deje sin efecto la referida resolución, recobrando plena validez aquella que la autorizó para disponer de los restos mortales de su cónyuge, con costas.

Por sentencia de ocho de enero de dos mil veinte la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso de protección, alzándose la recurrente a través del respectivo recurso de apelación.

Segundo: Que, en su informe, el órgano público recurrido reconoció que por Resolución Exenta N° 4.406 de 27 de septiembre de 2019, autorizó la exhumación y



cremación de los restos mortales de don Luis Orellana Orellana, fallecido el 27 de agosto de 2018, para ser trasladado al Cinerario del Cementerio Parque San Cristóbal de Antofagasta, y proceder a su posterior cremación, acto administrativo con validez de treinta días a contar de la fecha de emisión y notificado a la interesada con la misma data.

Agrega que el 1 de octubre de 2019, la Coordinadora General del Cementerio Parque San Cristóbal le remitió un correo electrónico explicando que, sin perjuicio que dará cumplimiento a la citada Resolución N° 4.406, la cónyuge sobreviviente, doña Teresa Díaz Abarca, no tiene vinculación alguna con el cementerio, no es dueña, tenedora o poseedora de derechos de sepultación de ningún tipo y que la propiedad en que se encuentra enterrado el difunto pertenece a la hija del difunto. Por esta razón, el cumplimiento de la resolución podría afectar el derecho de propiedad de aquella.

Refiere que ese mismo día, la hija del señor Orellana se presentó en dependencias de la SEREMI de Salud de Antofagasta, manifestando ser la propietaria del nicho donde se encuentra sepultado su padre y que no está de acuerdo con la apertura del nicho para su exhumación y cremación. Añade que el difunto tenía una relación de convivencia con su madre desde hace más de treinta años y



que se encontraba separado de hecho de la recurrente hace unos cuarenta años.

A continuación, la SEREMI recurrida expone que en uso de las atribuciones que le confiere la letra e) del artículo 9° del Código Sanitario, solicitó a la Coordinadora General del Cementerio Parque San Cristóbal, toda la documentación relativa al contrato que el cementerio mantiene con la hija de don Luis Orellana. Fue en este contexto que dictó la Resolución Exenta N° 4.530, suspendiendo la ejecución de la Resolución Exenta N° 4.406 durante el tiempo en que se recopilaran más antecedentes, en atención a que la ejecución del acto podría causar un daño irreparable en los derechos de la hija que asumió los costos funerarios.

Posteriormente, y una vez que la administración del cementerio envió los antecedentes requeridos por la autoridad sanitaria, el órgano contra el cual se dirige la presente acción cautelar dictó la ya individualizada Resolución Exenta N° 4.700, dejando sin efecto la también mencionada Resolución Exenta N° 4.406. El nuevo acto administrativo se fundamenta en la existencia del contrato de compraventa de derechos de sepultación y/o servicios funerarios celebrado entre el Cementerio Parque San Cristóbal y doña Francisca Alejandra Orellana Santa Ana, hija del difunto señor Orellana.



Enseguida, discurre sobre la normativa aplicable al caso, citando los artículos 136 y 144 del Código Sanitario y el Decreto Supremo N° 357 de 1970 del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento General de Cementerios, específicamente sus artículos 73, 75 y 59.

Además, transcribe parte de los artículos 21, 32, 35 y 61 de la Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Culmina su exposición señalando que el acto impugnado cumple con las exigencias formales y de fondo, por lo que resulta plenamente válido, amén que ha sido dictado por la autoridad competente y con conocimiento cabal de los antecedentes del caso, los que fueron apreciados en conciencia, por lo que pide rechazar el recurso, con costas.

Tercero: Que, para resolver el recurso en examen, es preciso considerar que el artículo 136 del Código Sanitario, inserto en el Título VIII De las Inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres, dispone: "*Sólo el Servicio Nacional de Salud [mención que en la actualidad debe entenderse realizada a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud] podrá autorizar la instalación y funcionamiento de cementerios, crematorios, casas funerarias y demás establecimientos semejantes. Un Reglamento contendrá las normas que regirán para la*



instalación y funcionamiento de los mencionados establecimientos y sobre la inhumación, cremación, transporte y exhumación de cadáveres”.

A su turno, su artículo 140 establece: “La obligación de dar sepultura a un cadáver recaerá sobre el cónyuge sobreviviente o sobre el pariente más próximo que estuviere en condición de sufragar los gastos o la persona con la que el difunto haya mantenido un acuerdo de unión civil vigente al momento de su muerte”.

A nivel reglamentario, el artículo 61 del Decreto Supremo N° 357 de 1980, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento General de Cementerios, prescribe: “Toda persona mayor de edad, cualquiera que fuere su estado civil, tiene derecho a disponer por anticipado acerca del lugar y forma en que habrá de procederse para la inhumación de sus restos, al producirse su fallecimiento, dentro de las normas legales y reglamentarias vigentes.

Esta manifestación de última voluntad se hará en el registro que para este efecto se llevará en todos los cementerios, o mediante instrumento extendido ante notario. En este último caso, el interesado deberá entregar una copia del documento al Director o administrador del cementerio que corresponda, el que lo incorporará al archivo que para estos efectos se mantendrá en todo cementerio; otra copia deberá estar en poder de la persona encargada de cumplir la voluntad del fallecido.”.



Por su parte, y en lo que interesa al recurso que se examina, el artículo 73 del mismo Reglamento preceptúa: *"Para que en un crematorio se proceda a incinerar un cadáver, se requerirá autorización previa otorgada por el Director General del Servicio Nacional de Salud o por su delegado.*

Esta autorización se concederá siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se haya dado cumplimiento a todos los requisitos exigidos para la sepultación de un cadáver, en el Título VIII del Código Sanitario, y

b) Que exista petición escrita de incineración del cadáver, conforme a las siguientes normas:

1.- Que se acredite la manifestación de voluntad en tal sentido, formulada por escrito, antes de su fallecimiento, en las condiciones señaladas por este reglamento, por la persona cuyos restos se desee incinerar;

2.- A falta de esta manifestación de última voluntad, que la solicite el cónyuge sobreviviente;

3.- A falta de cónyuge sobreviviente, que la soliciten los hijos del fallecido, si existieren y fueren mayores de edad o de ambos padres o del que sobreviviere en caso contrario; en el caso que corresponda la petición de los hijos, se deberá contar con el voto favorable de por lo menos la mayoría de ellos".



Por último, el inciso primero del artículo 75 del mismo reglamento señala que: *"La exhumación, transporte internacional, internación y traslado dentro del territorio nacional, de cadáveres o de restos humanos, sólo podrá efectuarse con autorización del Secretario Regional Ministerial de Salud competente, sea a petición de los parientes más cercanos del fallecido o de terceros, según el orden señalado en el artículo 73°. Se exceptúan de esta exigencia las exhumaciones que decrete la justicia ordinaria"*.

Cuarto: Que, como se aprecia, la legislación sanitaria establece un procedimiento para la exhumación y posterior cremación de un cadáver. Es así como el artículo 61 del Reglamento General de Cementerios prescribe, en primer término, que se debe respetar la última voluntad de la persona fallecida explícitamente manifestada en alguna de las formas allí señaladas, y siempre que se trate de una persona mayor de edad.

Sin embargo, el legislador se puso en el caso de que una persona no hubiere manifestado en forma explícita -por escrito- su última voluntad en orden a solicitar la cremación de sus restos mortales. Por tal razón, el artículo 73 del Código Sanitario consideró un orden de prelación para suplir dicha falta de voluntad. De esta manera, disponiendo la letra b) N° 2 de dicho precepto que *"a falta de esta manifestación de última voluntad, que la*



solicite el cónyuge sobreviviente". Los numerales siguientes discurren sobre la base que, sólo a falta de la cónyuge sobreviviente, pueden comparecer otros parientes del difunto.

Quinto: Que no existe controversia respecto de que, al momento de fallecer don Luis Orellana Orellana, doña Teresa del Carmen Díaz Abarca era su cónyuge, de manera que -al no existir manifestación expresa (por escrito) del difunto-, nació para ella el derecho de disposición establecido en el artículo 73 letra b) N° 2 del ya citado Reglamento General de Cementerios.

Sexto: Que, en lo medular, la negativa del servicio recurrido se asienta en tres argumentos: a) que la recurrente no habría dado cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 140 del Código Sanitario; b) que los gastos de sepultación del señor Orellana fueron pagados por su hija, doña Valeska Soraya Orellana Díaz, quien se opuso -en el procedimiento administrativo- a la exhumación y posterior cremación de los restos mortales de su padre, y c) que autorizar la exhumación podría causar daños en la sepultura, cuya propiedad no le corresponde a la recurrente, sino que a un tercero interesado en los resultados de este pleito.

Séptimo: Que, antes de abordar la defensa del recurrido, se hace necesario reflexionar sobre la naturaleza jurídica de los cadáveres en nuestro



ordenamiento jurídico, puesto que ello tiene incidencia en lo que se resolverá. En efecto, la muerte es "el inexorable destino de todo ser" (Martha Caycedo, "La muerte en la cultura occidental: Antropología de la muerte". Revista colombiana Psiquiatría, vol. XXXVI. No.2. p.333, 2007). En sus inicios, desde una perspectiva médica, se consideró la muerte como una variable que generaba enfermedades y focos infecciosos. De allí que "el cadáver pasó a convertirse en el resumen de la podredumbre de la ciudad, razón por la cual, este mal debía extirparse de raíz. Así los olores de la descomposición se transformaron en una de las prioridades para los funcionarios del Estado" (Marco Antonio León, "Sepultura sagrada, tumba profana: los espacios de la muerte en Santiago de Chile, 1883- 1932". Santiago, Chile: DIBAM: LOM: Centro de Investigaciones Barros Arana. p. 236, 1997).

Sin embargo, desde el Siglo XX, nuestro ordenamiento jurídico regula la creación de cementerios, su instalación, uso, localización y regulación, admitiendo que el cadáver no es una simple cosa equiparable a un bien mueble. Ello ha adquirido especial relevancia respecto de la exhumación de cadáveres, donde se conjugan valores como el derecho a la identidad, la filiación, la libertad de culto y el derecho a la vida e intimidad familiar, entre otros -algunos de los cuales están presentes en la acción cautelar que debe resolver esta magistratura-.



Es así como la dogmática nacional que ha estudiado la materia, sostiene que *"normalmente la doctrina del Derecho Civil ha calificado al cadáver de la persona difunta como una cosa, pero muy singular porque el respeto que inspira la dignidad humana se proyecta también a sus despojos mortales. Se trata, por tanto, de una cosa de alguna manera sagrada (res sacrae) y por ello inenajenable (res extra commercium). Si bien los familiares se hacen cargo del cuerpo, no tienen un poder absoluto de disposición sobre él, y están obligados a darle sepultura, salvo algunos destinos específicos señalados en el Código Sanitario: donación con fines de investigación científica, docencia universitaria, elaboración de productos terapéuticos y realización de injertos (art. 146 del Código Sanitario) (Hernán Corral T. "Cremación y cenizas mortuorias", disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2016/10/30/cremacion-y-cenizas-mortuorias/>).*

En una publicación más reciente, el mismo autor ratifica que *"no parece haber dudas de que un cadáver ya no es una persona y, no siéndolo, deberá admitirse que se trata de una cosa. Pero esto no quiere decir que pueda dársele cualquier destino o uso. El hecho de haber sido el cuerpo de una persona le transmite algo de la propia dignidad de ésta, y lo transforma en una cosa especialísima, que está fuera del comercio y que es*



inapropiable. En principio, los cadáveres, con todos sus órganos, deben ser inhumados o cremados, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias. Los familiares más cercanos no son los dueños del cadáver, o tienen un dominio muy acotado y restringido en cuanto la ley les otorga algunas facultades para autorizar cómo debe ser la inhumación, el lugar de ella, y también para disponer que el cadáver sea usado en algunos destinos especialmente autorizados" (disponible en

[https://corraltalciani.wordpress.com/tag/naturaleza-](https://corraltalciani.wordpress.com/tag/naturaleza-juridica-del-cadaver/)

[juridica-del-cadaver/](https://corraltalciani.wordpress.com/tag/naturaleza-juridica-del-cadaver/)). En el mismo sentido, este autor se ha manifestado en sus trabajos "Vida familiar y derecho a la privacidad", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 26, N° 1), pp. 63-86, 1999; "¿Subsisten discriminaciones en el actual régimen legal chileno de filiación?", en *Derecho y Humanidades* (Vol. 16, N° 2), pp. 31-42, 2010; e "Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y el donante de gametos", en *Revista Ius et Praxis* (año 18, N° 2), pp. 57-88, 2010.

Octavo: Que, con la precisión dogmática que antecede, parece no haber discusión que un cadáver no es una persona pero tampoco un simple bien mueble, sino una cosa especialísima y *sui generis*, merecedora de algún nivel de protección y regulación; por una parte, por el hecho de haber sido una persona transmite algo de la propia dignidad



de ésta, y, por la otra, por la amenaza a la salud pública que implica el mal manejo de un cadáver.

Por su parte, la legislación sanitaria permite que ciertas personas -los familiares más cercanos, que acrediten su condición de tales- pueden realizar ciertos actos de disposición a su respecto, uno de los cuales es la exhumación con fines de cremación.

En consecuencia, resulta posible concluir que el derecho a disposición de un cadáver es de carácter familiar y difiere del orden común de las relaciones jurídicas para erigirse en un derecho *sui generis*, cuyo contenido -para el caso específico que nos importa, y sin perjuicio de las excepciones que contempla el ordenamiento jurídico- es de carácter moral y afectivo; así, el derecho compete a los parientes que, por lazos de estimación, afecto, respeto y piedad, están más vinculados con el difunto y tales vínculos no pueden ser otros, más fuertes, que los establecidos naturalmente o por vínculo matrimonial o acuerdo de unión civil.

Noveno: Que, de la manera en que se reflexiona, se desvanece el argumento de que la recurrente no habría dado cumplimiento al deber de sepultación establecido en el artículo 140 del Código Sanitario, y también decae la justificación de ser la hija del difunto la propietaria del nicho en el que actualmente se encuentra el cadáver, toda vez que tales consideraciones carecen de relevancia para



los efectos de determinar la concurrencia del derecho y el orden de prelación establecido en los artículos 73 y 75 del Reglamento General de Cementerios.

Lo propio puede decirse sobre la alegación de que la exhumación podría causar daños en la sepultura, toda vez que ello escapa a la naturaleza cautelar de la presente acción constitucional, siendo un evento futuro e incierto que, en caso de verificarse, sin duda permite la afectada el ejercicio de las acciones de resarcimiento pertinentes.

Décimo: Que, en este entendimiento, no puede sino concluirse que la recurrida ha privado a la recurrente, de manera ilegal y arbitraria, de su derecho de disposición sobre el cadáver de su cónyuge, para cumplir su última voluntad, establecido en el artículo 136 del Código Sanitario, en relación con los artículos 73 letra b) N° 2 y 75 del Reglamento General de Cementerios, vulnerando la garantía de igualdad ante la ley prevista en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, al impedir el legítimo ejercicio de un derecho establecido por la ley, respecto de otras personas que sí han podido ejercerlo en situaciones análogas.

Undécimo: Que, por consiguiente, el recurso de protección habrá de ser acogido.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia,



se revoca la sentencia apelada de ocho de enero de dos mil veinte y, en su lugar, **se acoge** el recurso de protección deducido por doña Teresa del Carmen Díaz Abarca en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Antofagasta. En consecuencia, se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 4.700 de 11 de noviembre de 2019, recobrando plena validez y eficacia la Resolución Exenta N° 4406 de 27 de septiembre de 2019, que autorizó la exhumación y cremación de los restos mortales de don Luis Orellana Orellana, fallecido el 27 de agosto de 2018, para ser trasladado al Cinerario del Cementerio Parque San Cristóbal de Antofagasta, y proceder a su posterior cremación, acto administrativo que tendrá una validez de treinta días a contar de la fecha de emisión.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Pallavicini.

Rol N° 2845-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A., y Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Pierry y Sr. Pallavicini por estar ausentes. Santiago, 14 de julio de 2020.





En Santiago, a catorce de julio de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

